2002 77

ARGENTINA

LexisNexis
Abeledo-Perrot

Lecciones y Ensayos

LECCIONES
Y
ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO

Decano
Dr. Atilio Aníbal Alterini

Vicedecana
Dra. Mónica Pinto

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora
Mary Beloff

Subdirector
Nicolás Eliaschev

Secretario
Pablo Perel

REVISTA LECCIONES Y ENSAYOS

Director
Diego Martín Papayannis

Subdirectora
Victoria Martínez Aráoz

Secretario de Redacción
Diego Freedman

Redactor
Shunko Rojas

Colaboradores
Ana Aliverti
Enrique Alonso
Santiago Eyherabide
María Florencia García de Salterain
Laura Denise Koch
Yu-Sheng Liao
Mariano López
Jorgelina Luján
Carolina Moyano Vargas
Romina Pezzot
Sergio Ariel Roselló
Guillermo Semeniuk
Alejandro Turyn

Agradecemos a Maximiliano J. Bayón por el diseño de nuestro logo, y a Inés María Fraschina por el diseño de nuestra tapa.

Nuestra dirección en Internet:
www.fder.uba.ar/academicas/revista/index.htm

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS

2002-77

LexisNexis™
Abeledo-Perrot
BUENOS AIRES

300 LEC
Lecciones y ensayos / Diego Martín Papayannis..[et. al.]
1° ed.- Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2002.
344 p. ; 23x16 cm.

ISBN 950-20-1450-2

I. Papayannis, Diego Martín- 1. Ciencias Sociales 2. Filosofía del Derecho

Todos los derechos reservados
© by ABELEDO-PERROT
LexisNexis Argentina S.A.
Lavalle 1280 - (C1048AAF) - Buenos Aires – Argentina
Tel. (54-11) 5382-8802 – info@lexisnexis.com.ar
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

I.S.B.N.: 950-20-1450-2

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

Correspondencia: Dirigirse a

FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Publicaciones

Figueroa Alcorta 2263
1425 – Buenos Aires – Argentina

IMPRESO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA
Se terminó de imprimir el día 9 de septiembre de 2002,
En ARTES GRÁFICAS CANDIL,
Nicaragua 4462, Buenos Aires, Argentina

ÍNDICE

Editorial 9

LECCIONES

Gargarella, Roberto, La política del republicanismo: vida pública y libertad de expresión 13

Corti, Horacio Guillermo, La Ley de Presupuesto ante la Constitución 35

Pino, Guillermo, Acerca del positivismo y la ciencia 85

Ferreyra, Raúl Gustavo, Tensión entre principios constitucionales. A propósito de los "piquetes": ¿abuso o ejercicio regular de los derechos constitucionales que parecen antagonizar? 91

Pasten de Ishihara, Gloria Marina, Derecho del trabajo: su relación e integración con los Derechos Humanos, la Economía y la Sociología 109

ENSAYOS

Alanis, Sebastián D., Responsabilidad de las empresas de análisis crediticio 175

Parise, Agustín, Un crisol utilizado por la Historia, el Derecho y la Ciencia del Pueblo 201

Spaventa, Verónica, Género y control social 213

MISCELÁNEAS

Souza Del'Olmo, Florisbal de, Augusto Teixeira de Freitas. El protojurista del Mercosur 237

ENTREVISTAS

Entrevista al profesor doctor Julio Maier 245

UNIVERSITARIAS

45 aniversario de la Revista Lecciones y Ensayos (1956-2001) 283
Primer Encuentro entre Profesores y Alumnos sobre la Enseñanza del Derecho 285
V Congreso Internacional de Derecho Civil, Salto, Uruguay 293
Less, Pedro, Ecomder. Primer Congreso Internacional por Internet sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico 295

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

Aliverti, Ana, "Reconstruyendo las criminologías críticas": un comentario a la revista 307

COMENTARIOS DE FALLOS

Papayannis, Diego Martín, SIDA y medicina prepaga 319

LITERATURA Y DERECHO

Literatura y Derecho 331

¿LO SABÍA?

¿Lo sabía? 341

EDITORIAL

En los últimos meses hemos vivido lo que algunos consideran la mayor crisis política de nuestra historia. Saqueos y cacerolazos de por medio, el país sufrió un deterioro institucional en el que, en sólo dos semanas, cinco presidentes se sucedieron en el mando de la Nación. Pero ello no fue casual. La indiferencia de la clase dirigente ante las recientes y notorias señales emanadas de un pueblo que había permanecido en silencio —tal vez también por indiferencia— durante demasiado tiempo, nos condujo inexorablemente a un estado de rebeldía. En las elecciones del 14 de octubre, el 40% del electorado se expresó mediante el llamado voto bronca, es decir, no votó, votó en blanco o impugnó su voto. El mensaje fue claro: una sociedad que se sentía defraudada estaba exigiendo un cambio de rumbo, un cambio en la forma de hacer política, estaba exigiendo, en definitiva, un futuro. En esa oportunidad, el mensaje tampoco fue asimilado.

Algunas voces no identificables pretenden atribuir el fracaso de la clase política a la democracia representativa. Es así como surgen infundados rumores respecto de un eventual golpe militar a la vez que se oyen reivindicaciones de los gobiernos *de facto*. Con este tipo de actitudes, la confusión imperante se nutre y sigue creciendo. A la alta tasa de desempleo se suma el fantasma de la hiperinflación que aparece nuevamente en nuestras vidas profundizando el grado de exclusión social. El sentimiento generalizado puede resumirse en dos palabras: incertidumbre y desesperanza.

En este contexto, continuar el arduo camino emprendido por el fundador de *Lecciones y Ensayos* es cada vez más difícil. Sin embargo, estamos convencidos de que —ahora más que nunca— debemos redoblar nuestro empeño. Creemos que *Lecciones y Ensayos* no es una más de las tantas publicaciones con contenido jurídico. La edición de la Revista es una forma de canalizar la búsqueda de la excelencia académica, el progreso, la integración de todos los estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales a un proyecto que excede el marco del simple trayecto hacia la graduación. Es algo mucho más amplio, es un proyecto de carrera que tiende a formar profesionales serios y responsables. Es un proyecto que, a largo plazo, pretende reproducir este esquema en toda la socie-

dad. Es un proyecto de país. Un proyecto pluralista. Es una forma de saltar el "corralito", ya no financiero sino intelectual, en el que solemos estar atrapados. Es, también, una alternativa para quienes con gran pesimismo creen estar en un pozo del cual difícilmente puedan salir. Ortega y Gasset dijo que aun cuando en apariencia no haya más que un camino que seguir, siempre las opciones son dos: elegir ese camino o salirse del sistema. Nosotros ya elegimos. Elegimos trabajar para que nuestro futuro vuelva a ser lo que era.

LECCIONES

LA POLÍTICA DEL REPUBLICANISMO: VIDA PÚBLICA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

ROBERTO GARGARELLA *

En este trabajo presentaré una cierta versión del republicanismo —una versión que, según entiendo, no es extraña a la historia habitualmente asociada con dicha postura— y procuraré mostrar el impacto de las ideas republicanas en el diseño de políticas públicas concretas. En especial, me interesará mostrar de qué modo tales ideas desafían a las que son propias del pensamiento liberal. Para ello, concentraré mi atención, en particular, en las diferentes respuestas que presentarían los republicanos en un área muy sensible para la teoría liberal: la vinculada al derecho de libertad de expresión. Dado que —según asumo— no existen mayores acuerdos acerca de cómo definir al republicanismo, dedicaré la primera parte de este ensayo a la caracterización de una cierta visión del republicanismo que, según entiendo, resulta normativamente atractiva.

I. ¿QUÉ REPUBLICANISMO? [1]

Con raíces en la antigüedad clásica, el republicanismo representa una corriente de pensamiento que ha comenzado a "renacer", a finales del siglo XX, a partir del trabajo de un notable grupo de historiadores —norteamericanos en su mayoría— que, desde fines de los 60, rastrearon los orígenes teóricos de la tradición político-institucional angloamericana en fuentes hasta ese entonces no consideradas [2]. J. Pocock, por ejemplo, hizo referencia a las conexiones entre la tradición mencionada y el humanismo cívico que se desarrollara en la Italia renacentista. B. Bailyn demostró que las principales apoyaturas teóricas de los revolucionarios norteamericanos se encontraban tanto en el Iluminismo o el puritanismo como en el radicalismo inglés (siglos XVII y XVIII) y (más notablemente) en el pensamiento clásico. Este revisionismo de la historia angloa-

[1] La presentación que hago del republicanismo la tomo de Gargarella (1999).

[2] BAILYN (1967); POCOCK (1975); WOOD (1969).

* Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

mericana implicaba desafiar los entendimientos hasta entonces compartidos, según los cuales las principales influencias intelectuales de dicha cultura política se vinculaban, casi exclusivamente, con un pensamiento liberal e individualista.

Ahora bien ¿qué es, en definitiva, lo que podemos entender por republicanismo? Hasta cierto punto, el significado propio del republicanismo resulta demasiado vago e inasible (y quizás resida en dicha vaguedad parte del atractivo repentino generado por esta corriente). Alexander Hamilton pudo afirmar, al respecto, que la noción de republicanismo a la que se apelaba en su tiempo, era empleada con demasiados sentidos diferentes; y John Adams confesaba no haber llegado a entender nunca el significado de dicho término (más aún, sostenía que nadie que él conociese había alcanzado tal entendimiento) [3].

De todos modos, tampoco es cierto que nos encontremos frente a una situación de indeterminación conceptual radical. La historia habitualmente asociada con el republicanismo remite a autores, tiempos, y temas más o menos repetidos: el pensamiento clásico, en general (Homero, Sófocles, Eurípides, Tucídides, Herodoto, Plutarco, Cato, Ovidio, Juvenal, Cicerón, Séneca), y la república romana, en particular; el resurgimiento de la idea de república en algunas ciudades-estado de la Italia renacentista; las provincias holandesas apenas liberadas de la monarquía hispana; el republicanismo inglés que alcanza principal expresión en el influyente modelo de la (así llamada) "Constitución mixta"; los años fundacionales del constitucionalismo norteamericano, sobre todo desde los años inmediatamente posteriores a la independencia; parte del ideario propio de la revolución francesa [4].

Por supuesto, las épocas, las regiones, y los nombres mencionados nos hablan de ciertos elementos que, efectivamente, podríamos considerar como distintivos del republicanismo. Sin embargo, los mismos datos citados nos refieren también a la presencia de factores muy disímiles dentro de tales versiones del republicanismo. Consciente de tales posibilidades y problemas, en este escrito me inclinaré por presentar al republicanismo distinguiéndolo a partir de (lo que podríamos denominar) un "mínimo común denominador": ciertas notas aparentemente comunes —"propiamente republicanas"— que no niegan la presencia de fuertes diferencias por encima y por debajo de tal "mínimo común" (ni la existencia de diferencias respecto de cómo interpretar, aún, tales notas comunes).

En búsqueda, también, de dicho núcleo común, Philip Pettit destaca la concepción "anti-tiránica" —contraria a toda dominación— del republicanismo [5]. La reivindicación de la libertad —la ausencia de dominio, la vida en un

[3] WOOD (1992).

[4] HAAKONSSEN (1993), p. 569.

[5] PETTIT (1997).

"estado libre"— unificaría, sintéticamente, a las distintas visiones republicanas. Q. Skinner (preocupado, especialmente, por el examen de lo que podríamos llamar el "republicanismo clásico") remite también a la defensa del "estado libre" como ideal republicano más característico. En su opinión, "Este enfoque decididamente deriva de la filosofía moral romana, y especialmente de aquellos autores que reservaron su mayor admiración para la condenada república: Livio, Salustio y, particularmente, Cicerón. Dentro de la teoría política moderna, su línea de argumentación fue recogida por la Italia del Renacimiento y empleada para defender las tradicionales libertades de las ciudades-estado tanto contra los *signori* como contra los poderes de la Iglesia. De los muchos autores que abrazaron la causa del *vivere libero* en su etapa de formación, el más importante fue, sin duda, Maquiavelo en sus *Discorsi* sobre los primeros diez libros de la *Historia de Roma* de Livio. Una defensa similar de los 'estados libres' fue emprendida con posterioridad —bajo la clara influencia de Maquiavelo— por James Harrington, John Milton y otros republicanos ingleses en el curso de la revolución constitucional del siglo diecisiete. Incluso más tarde, varios elementos de la misma perspectiva fueron condensados... en la oposición al absolutismo de la Francia del siglo dieciocho y, con particular nitidez, en el análisis de la virtud republicana que Montesquieu desarrolla en *De'l Esprit des Lois*" [6].

Esta dimensión reactiva, distintiva del republicanismo, se acompañó, sin embargo, de al menos otra dimensión igualmente característica de esta corriente: la persistente defensa de ciertos valores cívicos —valores (según se asumía) indispensables para el logro de la libertad buscada—. La lista de valores defendidos por el republicanismo es muy extensa. Los pensadores inscriptos dentro de dicha corriente tendieron a exaltar, por ejemplo, valores como el de la igualdad, la simplicidad, la prudencia, la honestidad, la benevolencia, la frugalidad, el patriotismo, la integridad, la sobriedad, la abnegación, la laboriosidad, el amor a la justicia, la generosidad, la nobleza, el coraje, el activismo político, la solidaridad y, en general, el compromiso con la suerte de los demás. De acuerdo con Maquiavelo, por ejemplo, este compromiso con los demás podía llegar al extremo de requerir que cada ciudadano luchase y diese la vida por el bien común. Sólo de este modo —sólo gracias a la presencia de ciudadanos así dispuestos hacia su comunidad— es que la república iba a tener *chances* de sobrevivir frente a contratiempos seguros.

Frente a valores como los citados, los republicanos contrapusieron otra larga lista de males sociales y vicios de conducta. Así, tendieron a denostar la ambición, la avaricia, el orgullo, el egoísmo, la prodigalidad, la ostentación, el refinamiento, el cinismo, la cobardía, la extravagancia y el lujo —lujo en el

[6] SKINNER (1992). El párrafo citado lo tomo de la traducción de S. Mazzuca, en SKINNER, *Agora*, nro. 4 (Buenos Aires, 1996), ps. 107/108.

vestir, comer, tomar, o en el mismo modo de adornar el propio hogar—. Sus principales críticas sociales apuntaban, normalmente, hacia la corrupción y las actitudes opresivas de los sectores gobernantes. La monarquía aparecía, entonces, como la obvia fuente generadora de los males mencionados.

Así caracterizada, la propuesta de los republicanos implicaba fuertes demandas sobre los ciudadanos, y fuertes riesgos para la vida común en el caso de que tales demandas no resultaran satisfechas. Para ellos, conforme a Pocock, "[l]a comunidad debe representar una perfecta unión de todos los ciudadanos y todos los valores dado que, si fuera menos que eso, una parte gobernaría en el nombre del resto [consagrando así] el despotismo y la corrupción de sus propios valores. El ciudadano debe ser un ciudadano perfecto dado que, si fuera menos que eso, impediría que la comunidad alcanzase la perfección y tentaría a sus conciudadanos... hacia la injusticia y la corrupción... La negligencia de uno sólo de tales ciudadanos, así, reduce las *chances* de todo el resto, de alcanzar y mantener la virtud, dado que la virtud [aparece] ahora politizada; consiste en un ejercicio compartido donde cada uno gobierna y es gobernado por los demás" [7].

En la articulación de dicho discurso contrario a toda dominación y defensor del autogobierno, los republicanos fueron desarrollando los rasgos más *radicales* de su postura. De hecho —podría decirse siguiendo a Gordon Wood— el republicanismo constituyó en buena medida "una ideología radical". Ello, fundamentalmente, a través de su desafío de cada una de "las principales prácticas y presupuestos de la monarquía —su jerarquía, su desigualdad, su devoción por el nepotismo, su patriarquía, su patronazgo, y su dependencia. [Frente a ella, supo defender] concepciones nuevas sobre el individuo, la familia, el estado, y las relaciones del individuo con la familia, el estado, y los demás individuos. El republicanismo ofreció nada menos que nuevas formas de organizar la sociedad. Desafió y disolvió las viejas conexiones monárquicas y le presentó a la gente tipos de compromiso alternativos, nuevas formas de relaciones sociales. Transformó la cultura monárquica y preparó el camino para los levantamientos revolucionarios de fines del siglo dieciocho" [8].

[7] POCOCK (1975), p. 75.

[8] WOOD (1992), ps. 96/97. De todos modos, los mencionados atractivos "radicales" del republicanismo, no debieran llevarnos a ver en ésta una concepción radicalizada en el sentido que hoy podríamos darle al término, ni debieran hacernos ignorar sus rasgos más opacos. En efecto, si bien es cierto que, en su rechazo de los regímenes opresivos, el republicanismo defendió un orden político más abierto a la ciudadanía, también resultó habitual, dentro de la historia de esta corriente, vincular el reconocimiento de la ciudadanía al previo cumplimiento de requisitos muy exigentes en materia de propiedad (la posesión de propiedad privada aparecía como una exigencia necesaria, ante todo, para que el votante desarrollara vínculos de pertenencia y un sentido de responsabilidad hacia la comunidad de la que formaba parte). Ello, hasta el punto tal que algunos hablen de la tradición republicana como una tradición "básicamente antidemocrática" y distintivamente "propietarista" (ver, por ejemplo, de Francisco, 1998). Por otro lado, en su búsqueda de la armonía e integración sociales, el republicanismo tendió a ser relativamente desconsiderado frente a los derechos individuales, sobreexigente sobre las cualida-

En la sección que sigue, completaremos el cuadro presentado sobre el republicanismo y sus principales características, examinando el significado de estas nuevas relaciones entre el individuo y el estado a las que se refería G. Wood.

II. LAS PRECONDICIONES DE LA VIDA REPUBLICANA

Las consideraciones hechas hasta aquí nos ayudan a reconocer cuáles son y cómo se articulan los engranajes fundamentales del republicanismo. 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, 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.

Ahora bien, y más específicamente ¿qué medidas podría sugerir un defensor del republicanismo, con el objeto de alcanzar los fines que se propone? ¿cómo habría de organizar, efectivamente, el sistema político y económico de la república buscada?

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-dominación*—. Por supuesto, son múltiples los mecanismos a los que, teóricamente, dicha corriente teórica podría recurrir con el objeto de satisfacer esta primera finalidad. Pero vale la pena mencionar algunos de los mecanismos concretos a los que, de hecho, recurrieron los republicanos, en distintos tiempos y circunstancias.

---

des de carácter de la ciudadanía (volveremos sobre estos puntos más adelante), y más bien hostil hacia el pensamiento disidente y la heterogeneidad social, en general. Como señala Sunstein, "mucho de lo que forma parte propia del pensamiento republicano tradicional nos da pocas razones para la celebración. Existe una diversidad de estrategias de exclusión —de los no-propietarios, los negros, las mujeres— internas a la tradición republicana. La creencia republicana en la deliberación sobre el bien común se encontró siempre asociada a estas prácticas de exclusión" (Sunstein [1988], p. 1539). Finalmente, cabe dejar en claro, también, que en su rechazo a la autoridad despótica, el republicanismo no pretendió avanzar en una concepción definitivamente antijerárquica y hostil a la autoridad. Más bien, dada su confianza en las virtudes de la ciudadanía, el republicanismo tendió a asumir la posibilidad de una plena entrega del individuo a su comunidad, entrega que —se esperaba— iba a traducirse en una ordenada y respetuosa relación con la autoridad. La "verdadera libertad" era vista, entonces, como "la libertad natural restringida de manera tal que convirtiese a la sociedad en una gran familia; donde cada uno debe consultar la felicidad de sus vecinos tanto como la propia" (testimonio citado en WOOD [1969], p. 60).

A pesar de las distintas versiones del republicanismo con las que podemos encontrarnos, muchos de los autores o dirigentes políticos que podríamos inscribir dentro de dicha tradición tendieron a defender mecanismos políticos más o menos similares. Para asegurar aquella *no-dominación*, los republicanos buscaron herramientas capaces de facilitar el control de los ciudadanos sobre sus representantes y, capaces, al mismo tiempo, de tornar posible una más plena expresión de aquéllos [9]. Por ejemplo, en Roma "[e]l punto clave del tipo ideal de la *res publica* —según Haakonssen— era el de que la gente (*populus*, dando el adjetivo *publicus*) tuviera la palabra decisiva en la organización del ámbito público" [10]. En consonancia con dicho ideal, un incipiente republicanismo aparecido en las primeras comunas italianas formadas en los siglos XI y XII, así como en Florencia y Venecia, durante la época del renacimiento, recurrió a mecanismos de lotería para la selección de funcionarios públicos: dicho mecanismo parecía asegurar mejor que cualquier otro alternativo, por un lado, una adecuada representación de la sociedad, y por otro, una deseada neutralidad en la selección de los funcionarios, frente a los riesgos impuestos por el faccionalismo que distinguía a la política local [11]. Maquiavelo, por su parte, consideraba también que el pueblo debía involucrarse activamente en la aceptación o el rechazo de los planes de gobierno propuestos por sus líderes. A partir de criterios semejantes, muchos republicanos ingleses (claramente desde fines del siglo XVII), tendieron a defender, por ejemplo, una extensión de los derechos políticos (restringidos por ese entonces a una pequeñísima elite), y a reclamar una mayor frecuencia en la convocatoria de dicha ciudadanía a elecciones políticas (esto último, especialmente, frente al espaciamiento de los comicios reclamado por el conservadurismo). En muchos estados norteamericanos se defendieron, por razones similares —y, normalmente, también, bajo la inspiración del radicalismo inglés— la convocatoria a elecciones anuales ("cuando se terminan las elecciones anuales —afirmaban— comienza la esclavitud"); la adopción de métodos de rotación obligatoria en los cargos (un método que ya había sido empleado en la antigua Grecia y en el republicanismo florentino, para impedir que los ciudadanos electos pudieran llegar a abusar de sus posiciones de poder) [12]; instruc-

[9] En principio, el solo dictado de una Constitución republicana era visto como una necesidad imperiosa. Para John Adams, por ejemplo, la adopción de una constitución republicana podía ayudar a introducir "el conocimiento entre la gente". Dicha Constitución —continuaba— iba a inspirar a tales sujetos a "convertirse en hombres libres; [e iba a ayudar a que] tenga lugar una emulación general en donde el buen humor, la sociabilidad, las buenas maneras, la buena moral [llegarían a convertirse en] hábitos comunes". "Es la Forma de Gobierno —concluía Adams— lo que da el Color decisivo a los Modales del Pueblo, más que cualquier otra Cosa". Citado en Wood (1969), ps. 119/120.

[10] HAAKONSSEN (1993), p. 569.

[11] MANIN, Bernard, "Elections, elites and democracy: on he aristocratic character of elections", manuscrito. Universidad de Chicago, 1993. Actualmente, el artículo forma parte de Manin (1997), cap. 2.

[12] La rotación en los cargos era defendida tanto con el objeto de asegurar una mayor apertura política (con cargos rotativos iban a ser más los ciudadanos que iban a poder tomar control directo de los

ciones para los representantes (con el objeto de limitar la discrecionalidad de aquellos en sus decisiones); o derechos de revocatoria de los mandatos (a ser utilizados frente a los mandatarios que desafiaran las demandas de sus electores y los compromisos asumidos frente a estos últimos) [13].

Junto a estas instituciones dirigidas a asegurar la independencia de los ciudadanos —y a disminuir, así, los riesgos de abuso por parte de los gobernantes— los republicanos tendieron a valorar aquellas *instituciones que alentaban la discusión pública en torno al bien común*. La discusión sobre el bien común era vista como una forma de servir al autogobierno —de permitirle a la ciudadanía que tuviera voz respecto del modo en que pretendía que se organizase la vida dentro de su comunidad [14]—. Por ejemplo, conforme a algunos autores (y en una afirmación que podríamos considerar bastante polémica), las bases del sistema constitucional diseñado en los Estados Unidos en el siglo XVIII deben entenderse como fundamentalmente dirigidas a la implementación de un sistema político deliberativo.

En definitiva, para el republicanismo lo que distingue a la política es "como Arendt y Aristóteles dijeron... la posibilidad de una intervención activa, compartida, colectiva, deliberada, sobre nuestro propio destino, sobre lo que resultaría, de otro modo, el mero subproducto de decisiones privadas. [Ello, porque] sólo en la vida pública es que podemos, de modo conjunto, y como una comunidad, ejercer nuestra capacidad humana para 'pensar lo que hacemos' y hacernos cargo de la historia en la que estamos constantemente comprometidos" [15].

---

asuntos de la comunidad), como para impedir que los gobernantes, desde sus posiciones de poder, instrumentaran los medios para permanecer en sus cargos de por vida. En tal sentido, por ejemplo, muchos estados norteamericanos, luego de la independencia, modificaron sus constituciones para incluir, entre otras cosas, cláusulas de este tipo. En las constituciones de New York, Delaware, y Virginia, por ejemplo, se reguló la posibilidad de reelección de los senadores. En Pennsylvania se restringió dicha posibilidad aún para la cámara baja. En todos los estados mencionados, sobre todo en North Carolina y Georgia, se obligó también a la rotación obligatoria del gobernador y los más altos funcionarios ejecutivos.

[13] Mucho antes, en el ámbito británico, se habían comenzado a defender prácticas similares. En su famoso libro "Oceana", publicado en 1656, James Harrington había defendido, por ejemplo, la obligatoriedad de la rotación en los cargos públicos. El inglés James Burgh y su discípulo John Cartwright se habían pronunciado, también, por una estricta subordinación de los representantes a sus representados. El radical Joseph Priestley, en idéntico sentido, defendió la adopción de instrucciones obligatorias hacia los representantes, a los fines de asegurar una estrecha relación entre electores y elegidos. Esa vinculación tan cercana iba a obligar a que los representantes se abstuvieran "por un sentido de pudor, de proponer o consentir [cualquier tipo] de medidas que los electores no aprobarían". Haciéndose eco de tales reclamos, muchos estados norteamericanos pidieron por la inclusión de instrucciones y derechos de revocatoria, en la propia Constitución, cuando la misma fue puesta a ratificación popular. Analizo este tipo de remedios institucionales en Gargarella (1995).

[14] Por otra parte, cabe anotar que esta defensa de la discusión pública acerca del bien común, entre otras cosas, implica rechazar la visión "pluralista" de la democracia según la cual "los intereses primarios de los ciudadanos aparecen como prepolíticos, y la política, de modo acorde, resulta un medio secundario e instrumental para la protección o el avance de aquellos intereses "exógenos". Michelman (1988), p. 1503.

[15] PITKIN (1981).

En su habitual defensa de las virtudes cívicas, los republicanos se preocuparon, también, por asegurar el establecimiento de un tipo particular de *organización económica, funcional al surgimiento de tales virtudes*. Así, por ejemplo, algunos pensadores republicanos defendieron el establecimiento de una "república agraria" o, en otros casos, de una "república de artesanos", en donde los individuos podían llegar a tener una relación más cercana con los medios de producción, y en donde iba a resultar más fácil que prevalecieran los valores más apreciados por el republicanismo. Por similares razones, los republicanos acostumbraron a mirar críticamente a aquellas sociedades organizadas a partir de la industria o el comercio dado que, según entendían, dichas sociedades iban a tender a alentar el desarrollo de cualidades disvaliosas, como la codicia o el afán de lucro.

Un excelente ejemplo de lo señalado lo representa el inglés James Harrington quien, ya en 1656, se pronunciaba en favor de reorganizar la vida económica de su comunidad, de modo tal de ponerla al servicio de la república. Harrington defendió, en tal sentido, la adopción de estrictas normas destinadas a limitar la adquisición de tierras y, así, las desigualdades profundas en la riqueza. Su ideal de república, manifestado en su obra *Oceana*, se vinculaba con una sociedad igualitaria, con ciudadanos dedicados fundamentalmente a la agricultura.

En el ámbito americano, muchos republicanos parecieron adoptar un modelo ideal similar. Reconocemos así, notablemente, el caso de Thomas Jefferson, y su firme convicción de que debía organizarse una república agraria, dado que sólo de ese modo iban a poder obtenerse buenos ciudadanos. En sus "Notas sobre el Estado de Virginia", escritas en 1787, Jefferson criticaba el desarrollo industrial incipiente de su país, y aconsejaba la importación de bienes manufacturados. Ello era preferible, decía, al aliento de la corrupción moral y las formas de comportamiento que normalmente aparecían asociadas a la producción de manufacturas. En un sentido similar, John Adams sostenía "la virtud y la simplicidad de modales son indispensables en una república, en todos los órdenes y grados humanos. Sin embargo —continuaba— nos encontramos con tanta corrupción y venalidad, tanta avaricia y ambición que a veces dudo de que exista el grado de virtud pública necesario para el mantenimiento de la república" [16].

Para Jefferson, como para muchos republicanos, la defensa de una particular organización de la economía, como la economía agraria (alejada de la industria y el comercio), no sólo iba a ayudar al desarrollo de ciertas cualidades de carácter, sino que también iba a resultar beneficiosa al permitir el mantenimiento de relaciones más o menos igualitarias dentro de la sociedad. Una economía agraria, de ese modo, iba a limitar la influencia perniciosa del dinero entre los ciudadanos y dentro del poder. "Si hubiese algo así como una igualdad

[16] Citado en SANDEL (1996).

[en la distribución de] propiedades —afirmaban los antifederalistas norteamericanos—, ello ayudaría mucho a la preservación de la libertad civil". "El lujo —agregaban— es siempre proporcional a la desigualdad de riqueza" [17]. En este sentido, el también antifederalista Charles Lee proponía alcanzar una "Esparta igualitaria", una sociedad simple, agraria, y libre de los efectos perniciosos del comercio. Con las limitaciones arriba señaladas, los republicanos veían en este igualitarismo una vía segura hacia el establecimiento de una sociedad más unida y homogénea.

Ahora bien, y para comprender los verdaderos (y más bien preocupantes) alcances de las demandas del republicanismo conviene enfatizar lo que en ellas estaba implicado: resulta razonable, para dicha concepción, *disponer el aparato coercitivo del estado, directamente, para el "cultivo" de ciertas virtudes y el desaliento de otras*. Esto es, para el republicanismo resulta aceptable que el estado se comprometa activamente con cierto/s modelo/s de excelencia humana.

En su decidido respaldo a instituciones orientadas a promover la discusión pública sobre el bien común; mecanismos capaces de dar mayor voz a la ciudadanía, una economía al servicio de la virtud cívica, o el uso de la coerción estatal para sostener (eventualmente) una determinada religión, o alentar la identificación de los ciudadanos con su comunidad, el republicanismo aparece como una concepción claramente contrapuesta al liberalismo. En la sección siguiente nos detendremos a examinar con mayor detalle esta afirmación.

III. El republicanismo contra el liberalismo

El análisis presentado en la sección anterior nos ayuda a advertir cuáles son las principales diferencias que separan a republicanos de liberales [18]. Fundamentalmente, el republicanismo intenta disolver cualquier distinción drástica entre el ámbito de lo público y lo privado: dado el principal interés republicano por contar con una ciudadanía activa, comprometida con la salud política del Estado, resultaban justificables, luego, los intentos de promover ciertas cualidades de carácter en los individuos. El liberalismo, por el contrario, aparece normalmente caracterizado a partir de una actitud directamente opuesta: la pretensión de distinguir, del modo más firme y tajante posible, las esferas de lo

[17] Testimonios citados en WOOD (1969), p. 70.

[18] Dado que existen múltiples concepciones disímiles dentro de la concepción liberal, en lo que sigue procuraré apelar a ciertos elementos que —según entiendo— son comunes a la mayoría de estas distintas versiones. La caracterización que hago al respecto es, fundamentalmente, similar a la que presenta M. Sandel en su obra sobre la evolución (involución?) del pensamiento republicano (ver SANDEL, 1996). En mi opinión, la presentación de Sandel se orienta a describir, fundamental, pero *no exclusivamente* a las versiones menos igualitarias del liberalismo. Cuando me ocupe de alguna versión más específica del liberalismo —típicamente, cuando me refiera a las versiones más igualitarias de esta teoría— procuraré dejarlo en claro.

público y lo privado; lo político y lo personal. Para el liberalismo, los individuos preexisten a cualquier organización social, y son más importantes que los grupos a los que pueden pertenecer. Como seres "independientes" y "separados" entre sí, merecen ser protegidos contra cualquier sacrificio que se les pretenda imponer en nombre de los demás. En tal sentido, el liberalismo reclama, habitualmente, que el Estado no interfiera con la moral privada de los individuos. En particular, al liberalismo le interesa "blindar" o "acorazar" la vida personal de cada uno frente a las preferencias circunstanciales que, al respecto, pueda tener el gobierno de turno (reclamando, por ejemplo, ciudadanos activos, o valerosos, o religiosos, o castos). Este tipo de ejercicio en favor de la neutralidad hace que se asocie al liberalismo con un "arte de la separación". Ello, en contraposición con una visión orgánica de la sociedad, más afín con el republicanismo, en donde la sociedad es vista como un todo cuyas partes deben convivir armónicamente e integradas entre sí [19].

Las consideraciones anteriores nos ayudan a reconocer otra diferencia fundamental entre las concepciones republicanas y las liberales: el modo muy diferente en que examinan la relación entre los derechos individuales y las políticas orientadas a maximizar el bienestar general [20]. El punto resulta importante dado que, para el liberalismo, tales políticas para el bien común han de reconocer un límite infranqueable en los derechos individuales. En términos de R. Dworkin, los derechos deben ser vistos como "cartas de triunfo" frente a las pretensiones mayoritarias. Tanto es así que, en caso de que la norma en cuestión carezca de esa capacidad de "bloqueo" ante políticas orientadas a maximizar el bienestar general, ello debe tomarse como una muestra de que no nos encontramos frente a un derecho. Para el republicanismo, en cambio, dicha relación debe ser vista de modo inverso: los derechos deben encontrar su límite en las políticas del bien común.

La posición del liberalismo en materia de derechos tiene su origen, probablemente, en la amenaza más temida por dicha concepción: la "tiranía de la mayoría". A partir de tal riesgo es que le preocupa sostener un conjunto de derechos individuales inviolables, y a partir de allí, también, es que concibe a la libertad como "libertad frente a la voluntad democrática", esto es, como límite a, y no continuidad de, la política democrática [21]. El republicanismo, por el con-

[19] De acuerdo con LARMORE, Charles, "El liberalismo es visto... como un 'arte de la separación', opuesto a la idea de la sociedad como un todo orgánico. Esta visión encuentra su exposición paradigmática en las teorías de la tolerancia de Bodin, Locke, y Bayle, para quienes la importancia suprema de la religión es compatible con el hecho de que el estado se oriente a asegurar la paz civil antes que la salvación. Y ha sido el objeto de oprobio por parte de numerosos pensadores políticos, desde Rousseau a Marx y otros tantos quienes, viendo en esta diferenciación entre ámbitos una vía abierta para la 'alienación' han tendido a defender al hombre como 'totalidad' ". LARMORE (1987), p. 76.

[20] Nuevamente, en este punto, se reconoce la vinculación que existe entre el pensamiento republicano y el comunitarista, en su crítica frente al liberalismo.

[21] SANDEL (1996), cap. 2.

trario, busca apoyarse en [más que ponerle límites a] la voluntad mayoritaria. La principal amenaza, en este caso, parece provenir de la potencial amenaza de minorías opresoras. Desde esta cosmovisión, luego, el republicanismo tiende a concebir a la libertad no como libertad frente a las mayorías, sino como consecuencia del autogobierno de la comunidad: "soy libre en la medida en que soy miembro de una comunidad que controla su propio destino, y participante en las decisiones que gobiernan sus asuntos" [22]. Este ideal del autogobierno —objeto central de la política republicana— parece resistido, en cambio, por la política liberal: un énfasis en el mismo tendería a abrir la puerta a aquella temida amenaza tiránica de las mayorías.

Como resultado de los mencionados contrastes, ambas tradiciones se plantean interrogantes diferentes en materia de diseño institucional. Conforme vimos, uno de los elementos distintivos del republicanismo, a lo largo de toda su historia, ha sido el de subordinar la organización política y económica de la sociedad a la obtención de buenos ciudadanos —una pretensión que ha tendido a ser rechazada por el liberalismo—. Sandel ha resumido los desacuerdos entre ambas corrientes del siguiente modo: "El liberal comienza preguntándose de qué modo el gobierno debería tratar a sus ciudadanos, y procura obtener principios de justicia capaces de tratar a las personas de modo equitativo en su persecución de intereses y fines distintos. El republicano comienza preguntándose de qué modo es que los ciudadanos pueden alcanzar su autogobierno, y procura obtener las formas políticas y las condiciones sociales que promuevan su ejercicio significativo" [23].

[22] *Ibidem*, p. 26.

[23] *Ibidem*, p. 27. Desde otra óptica —la del "republicanismo clásico"— pero mostrando preocupaciones similares a las de Sandel, Q. Skinner reafirma el orden de prioridades defendido por el republicanismo. De acuerdo con este autor, para el republicanismo, la maximización de la libertad requiere de individuos decididos a entregar su vida, incondicionalmente, a la causa pública. El ideal del bien común debe ser puesto por encima de cualquier otra consideración relacionada con la obtención de beneficios individuales (Skinner, 1996, p. 108). Pero ¿por qué es tan necesaria —de acuerdo con la presentación que hace Skinner— esta defensa prioritaria del bien común? En primer lugar, ello se debe a que, para el "republicanismo clásico", sólo una ciudadanía que privilegie los destinos de su comunidad sobre los propios puede defender a su comunidad contra las fuerzas externas que la amenazan. Y, parece claro, si la propia comunidad cae doblegada frente a otras externas, luego, la libertad y hasta la vida de sus miembros quedan expuestas a los peores riesgos. En segundo lugar, el contar con una ciudadanía activa resulta indispensable, también, para evitar que la comunidad quede a la merced de la ambición de algunos gobernantes o la voracidad de ciertos grupos facciosos. A partir de estos presupuestos, el republicanismo ("clásico") pudo considerar "indispensable para el mantenimiento de un gobierno libre que todo el cuerpo político de los ciudadanos esté imbuido de un sentido de la virtud pública tan poderoso que no pueda ser sobornado ni obligado a que las fuerzas externas o las ambiciones facciosas socaven el bien común" (*ibidem*, p. 110). Si el ciudadano no reuniese las condiciones apuntadas —concluye Skinner— hablaríamos de "un ciudadano corrupto, por oposición a virtuoso; y el precio de la corrupción es siempre la esclavitud. El único camino que lleva a la libertad individual [entonces] es el sendero del servicio público" (*ibidem*).

IV. Republicanismo, liberalismo y libertad de expresión. La crítica al "libre mercado de las ideas"

El derecho a la libertad de expresión representa un caso clave para comprender los vínculos y tensiones existentes entre republicanos y liberales. Ningún derecho parece ocupar un lugar más relevante —y pocos han merecido una protección tan alta— dentro del esquema de derechos avalado por el liberalismo, como el de la libertad de expresión. Sin embargo —y tal vez por ello mismo— pocos derechos han recibido, como éste, una mirada tan crítica por parte de los republicanos.

Un antecedente fundamental de la posición de los liberales en la materia quedó definido por la presentación milleana conforme a la cual siempre era importante tomar conocimiento de las opiniones adversas a las de uno, ya sea para conocer toda o parte de la verdad —que podía estar encerrada en la postura opuesta y no en la propia— ya sea para que cada uno se vea obligado a repensar críticamente las propias convicciones, al no afirmarlas dogmáticamente [24]. A nivel jurisprudencial, dicha postura tomó cuerpo en una opinión de extraordinaria importancia dentro de la vida jurídica norteamericana, como fue la ofrecida por el famoso juez Holmes en el fallo "Abrams v. United States" [25]. Holmes sentó entonces una posición, por un lado, consistente con la teoría liberal, y por otro lado, decisiva para moldear —desde entonces y hasta la actualidad— el pensamiento liberal en materia de libertad expresión. Holmes (contradiciendo alguna opinión dada por él mismo, en ese mismo año, en el caso "Schenk v. US"), propuso entonces asegurar una sobreprotección para la opinión de los críticos del poder, bajo el presupuesto de que la fuerza de las ideas se medía confrontando cada idea con las que se le opusieran: el *test* que debía aceptarse era el que imponía el "libre mercado de las ideas". El famoso juez defendió dicha postura, entonces, sosteniendo que "el mejor *test* de verdad es el poder que tiene un pensamiento para ser aceptado en la competición en el mercado, en donde la verdad es la única base segura a partir de la cual los deseos pueden llevarse a cabo" [26].

El republicanismo, según entiendo, tiene buenas razones para desconfiar de esta visión, y del optimismo que se desprende de ella —una desconfianza que acompaña el escepticismo que suelen tener los republicanos frente a la noción del "libre mercado"—. Ocurre que la existencia de un mercado desregulado tiende a provocar la aparición de fuertes disparidades entre los individuos; disparidades que permiten que algunos cuenten con ventajas desproporcionadas para hacer conocer y difundir sus puntos de vista. Por supuesto, esto no nos

[24] Mill (1975).
[25] 250 US 616 (1919).
[26] *Ibidem*.

permite afirmar (algo así como) que "la opinión que triunfa será siempre la del más rico", sino algo más básico y obvio, y es que no es dable esperar —como anunciaba Holmes— que la opinión que se termine imponiendo sea la verdadera, ni la mejor, cuando son tantos los factores que "envician" la "libre" confrontación entre posturas diversas.

Los republicanos resisten esta visión de la libertad de expresión porque ella, de algún modo, implica renunciar al principal ideal que defienden: el del autogobierno colectivo. Este ideal requiere mantener vivo el compromiso según el cual cada individuo es igual a los demás en su dignidad moral. Lo que este compromiso afirma es que cada persona cuenta sólo por uno —es éste el mismo principio que sostiene la idea de "una persona, un voto"— y que nadie merece acceder a privilegios que se le deniegan a los demás. Este tipo de compromisos aparecen, en la práctica, desplazados por la política del liberalismo, cuando algunas voces resultan sistemáticamente silenciadas, u otras opiniones ocupan —por razones independientes de su contenido— los principales espacios de la escena pública.

Michael Sandel se ha preocupado especialmente por llamar la atención acerca de este punto, mostrando de qué modo, en la jurisprudencia de su país, los argumentos basados en el autogobierno fueron dejando paso a otros basados en el ideal de la "autoexpresión". Sostiene Sandel que "con el advenimiento de la neutralidad como principio [de interpretación de] la Primera Enmienda, se produjo un cambio en la justificación subyacente a la libertad de expresión, un cambio que se orienta a afirmar la concepción liberal sobre la persona". En su opinión, actualmente, "tanto los tribunales como los teóricos del derecho constitucional defienden a la libertad de expresión en el nombre de la realización individual y la autoexpresión". De acuerdo con esta postura —concluye— el gobierno "debe ser neutral respecto de las visiones que exponen los ciudadanos con el objeto de respetar 'la soberanía moral última que reside en los individuos'" [27].

Sandel examina dicha evolución jurisprudencial a partir del análisis de los argumentos aparecidos en casos como "Cohen v. California", de 1971 —en donde la Corte absolvió a un sujeto que había sido detenido por portar una chaqueta con la inscripción "Fuck the Draft", dentro de los tribunales. Igualmente, podría acompañarse dicha descripción citando el paulatino deterioro de la "doctrina de la equidad" (luego de "Red Lion Broadcasting Co. v. FCC", un notable caso decidido por la Corte en 1969, en donde se reconoció el derecho de la comunidad a limitar la libertad de los dueños de emisoras de radio o TV para organizar discrecionalmente la programación de sus medios, y en protección de los derechos de los oyentes y televidentes a "recibir un acceso adecuado a ideas sociales, políticas, estéticas y morales" que de otro modo resultan de difícil ac-

[27] SANDEL (1996), ps. 79/80.

ceso para la ciudadanía); o la gravísima decisión "Buckley v. Valeo" [28], en donde la Corte consideró inconstitucionales las medidas más importantes adoptadas por el Congreso con el fin de regular el uso del dinero en las campañas políticas. La Corte afirmó entonces: "resulta totalmente ajena a la Primera Enmienda la idea de que el gobierno puede restringir la voz de algunos con el objeto de aumentar la voz relativa de otros".

Esta interpretación "triunfante" en torno a la libertad de expresión representa sin dudas un golpe serio contra los ideales del republicanismo. El igualitarismo de los republicanos parece más afín con una política de controles y subsidios públicos, destinados a asegurar (algo así como) una "igual distribución de la palabra". Dentro de la historia jurídica norteamericana, la tensión entre estas dos posturas (la liberal y la republicana) se puede advertir cuando se compara la línea de argumentación judicial presente en el caso "Buckley" con los argumentos legales y judiciales que aparecieron en torno a la citada "doctrina de la equidad", o detrás de la "Federal Election Campaign Act", de 1971 (desafiada en "Buckley"). Aunque deba argumentarse más al respecto diría que, en principio, los republicanos tenían muy buenas razones para defender este tipo de prácticas, como forma de servir a la idea del autogobierno, y asegurar que la circulación y adhesión a diferentes ideas y propuestas políticas dependiera del contenido de las mismas, y no de los desiguales recursos (sobre todo, de la desigual disposición de dinero) de sus impulsores. Los liberales, por su parte, no tienen que oponerse *necesariamente* a la "doctrina de la equidad", ni que apoyar de modo obvio a casos como "Buckley" [29]. Sin embargo, debe señalarse que estas decisiones (el apoyo a casos como "Buckley", el rechazo de la "doctrina de la equidad") no sólo no aparecen como directamente opuestas a dicha tradición de pensamiento sino que, más bien, parecen encontrar respaldo en los principios más básicos (la idea del "mercado libre de ideas", la noción habitual de "neutralidad estatal") defendidos por algunos de sus más tradicionales cultores.

Según entiendo, las diferencias que separan al republicanismo de (ciertas versiones importantes de) el liberalismo, son más profundas, y se expresan en un desacuerdo básico en cuanto a cómo organizar el sistema institucional. Tradicionalmente, el liberalismo ha defendido un esquema de gobierno contra-

[28] 424 US 1 (1976).

[29] Es notable, por ejemplo, el rechazo de filósofos liberales igualitarios como John Rawls a casos como "Buckley" (así, por ejemplo, ver RAWLS [1991], ps. 359/363). Para Rawls, en dicho caso, la Corte "no reconoció el punto esencial según el cual un procedimiento político justo requiere del valor equitativo de las libertades políticas, y que para asegurar dicho valor equitativo es necesario impedir que aquellos con mayores propiedades y más dinero, con las mayores capacidades organizativas que los acompañan, controlen el proceso electoral en su propio beneficio". Y agrega "si no se da un reconocimiento público de que la justicia del esquema general se mantiene, los ciudadanos tienden a dejarse llevar por el cinismo, el resentimiento, y la apatía. Son estos tipos de estados mentales los que convierten a la corrupción en un problema serio e incontrolable". *Ibidem*, ps. 360, 363. Ver, también, R. DWORKIN (1996).

mayoritario, esto es, un esquema que le deja la "última palabra" institucional a órganos no elegidos por la ciudadanía [30]. Más aún, podría decirse —tal como he tratado de defender en otro lugar— que el sistema institucional presidencialista desarrollado en los Estados Unidos e influyente en toda América Latina, fue diseñado a partir de un sesgo contrario a la idea de debate público [31]. Las instituciones principales de este modelo constitucional —agregaría— nacieron para *desalentar* el debate ciudadano, a partir del presupuesto de que la reflexión colectiva tendía a generar el "enceguecimiento" de las masas, el reemplazo de la razón por la pasión [32].

Dicho sesgo crítico frente al debate público indujo a los primeros liberales norteamericanos, ante todo, a cerrar al público las puertas de la Convención Federal (lo que provocaría una airada respuesta de Jefferson, quien los acusaría de "ignorar el valor de las discusiones públicas"); luego, a sofocar la por entonces difundida práctica de las asambleas comunales o *town meetings*; y más tarde a independizar en todo lo posible a los representantes respecto de los representados (suprimiendo, por ejemplo, muchos de los propuestos, sino ya existentes, controles externos o populares, que eran reemplazados —en el llamado "sistema de frenos y contrapesos"— por controles internos o interpoderes). Aunque estas afirmaciones merecen un análisis mucho más detenido, me contentaré por ahora con decir que, desde sus orígenes, el constitucionalismo liberal norteamericano tendió a revertir la dirección favorecida por los republicanos en materia de organización institucional. Estos últimos, en efecto, procuraban fomentar —en lugar de desalentar— las convocatorias públicas a la ciudadanía [33], y consolidar o crear nuevos foros para la discusión pública —en lugar de suprimir aún los pocos foros existentes—.

Mi intuición es que estas diferencias originales se siguen reproduciendo hoy, y siguen marcando una fuerte distancia entre el proyecto institucional defendido por los republicanos, y el que sostiene una mayoría de liberales. Por supuesto, y en lo que aquí más nos interesa, estas diferencias tienen un enorme impacto a la hora de interpretar el derecho de libertad de expresión y el rol que debe tener el Estado en la materia. Como sostiene un especialista en la materia, el profesor Owen Fiss, muchos liberales tienden a afirmar que, para honrar sus compromisos en materia de expresión, el Estado debe "dejar en paz" a los in-

[30] El término en cuestión fue utilizado originariamente por Alexander Bickel, en su análisis del control judicial de constitucionalidad. Ver BICKEL (1978).

[31] GARGARELLA (2000).

[32] En "El Federalista", nro. 51, Madison le dio a este reclamo —que defendiera en numerosas cartas y discursos— el *status* de un principio inevitable de la política. Según sostuviera entonces el líder de Virginia, "en todas las asambleas numerosas, cualquiera sea el carácter de quienes las componen, la pasión nunca deja de arrebatarle el cetro a la razón".

[33] En "El Federalista", nro. 49, Madison debate con "el autor de las Notas sobre el Estado de Virginia" (Jefferson), exactamente sobre este punto.

dividuos, poniendo una "coraza" de protección en su torno. Ellos descuidan, en cambio, el rol fundamental que puede —y debe— cumplir el Estado en el fomento de un "debate público robusto", ya sea creando nuevos ámbitos de discusión, ya sea otorgando subsidios a una diversidad de instituciones capaces de "presenta[r] al público cuestiones y perspectivas que, de otra manera, probablemente serían ignoradas o menospreciadas por las instituciones de propiedad privada y que están restringidas por el mercado" [34].

Los republicanos, por otra parte, reconocen la necesidad de acompañar reformas como las sugeridas con otras orientadas a asegurar un orden social más igualitario [35]. Parece claro, conforme hemos sugerido más arriba, que sin una distribución más igualitaria de los recursos, es muy difícil mantener un orden político igualitario: de un modo u otro, estructuras políticas aparentemente irreprochables terminarían resultando socavadas por la acción de quienes tienen más capacidad de influencia sobre ellas (ya sea porque cuentan con el dinero suficiente como para corromper a algunos funcionarios, ya sea porque tales recursos les permiten recurrir a otras vías indirectas, igualmente injustas y discretas, destinadas a desequilibrar el juego político). La idea es, en definitiva, que la distribución igualitaria de la palabra requiere no sólo de estructuras políticas igualitarias, sino también de una distribución igualitaria de los ingresos. El punto es sin dudas polémico, pero en lo que sigue no agregaré nada más sobre el tema, más allá de lo expresado *supra*. Me detendré, en cambio, en otra cuestión íntimamente vinculada con las anteriores, y que termina de cerrar el "círculo republicano". Me refiero a la relación existente entre libertad de expresión y el "cultivo" de la virtud cívica.

La idea es simple y es la siguiente: el logro de una estructura social y política igualitaria —capaz de dar sentido al principio de la libertad de expresión— constituye un objetivo tan valioso como difícil de concretar. Previsiblemente, para avanzar hacia tal objetivo, o para asegurarlo en el hipotético caso de que hubiera sido logrado, se requiere contar con ciudadanos de un cierto tipo, esto es, ciudadanos comprometidos con aquel objetivo igualitario. Aquella estructura igualitaria necesita *afirmar las bases de su propia estabilidad* a partir de una ciudadanía comprometida con la suerte de los demás —comprometida, en definitiva, con el destino de su comunidad—. El propio John Rawls —paradigma del liberal igualitario— admite que su concepción sobre la justicia no reconoce mayores diferencias con, al menos, cierta versión del republi-

[34] Fiss (1997), p. 30.

[35] Según entiendo, muchos liberales igualitarios podrían acompañar —como de hecho lo hacen— a los republicanos en este tipo de propuestas. De todos modos, creo que este acompañamiento sería sólo parcial, ya que no se extendería ni a una crítica radical a los sistemas de gobierno "contramayoritarios", ni tampoco implicaría una visión como la republicana acerca de la relación entre organización económica y virtudes cívicas. Más adelante volveré sobre el punto.

canismo, que él denomina "republicanismo clásico" (salvo algunas variaciones sobre "cuestiones de diseño institucional y acerca de la sociología política de los regímenes democráticos") [36]. Rawls coincide con estos republicanos en que "sin una amplia participación en la política democrática, realizada por un cuerpo de ciudadanos vigoroso e informado", o con una ciudadanía "retirada a la vida privada", "aún las instituciones políticas mejor diseñadas tienden a caer en las manos de aquellos que buscan dominar e imponer su voluntad a través del aparato estatal, ya sea por afán de poder, por la gloria militar, o por razones de intereses económicos o de clase, para no mencionar el fervor religioso expansionista y el fanatismo religioso" [37].

Claramente, Rawls hace un esfuerzo por mostrar las posibles áreas de encuentro entre dos teorías que normalmente aparecen disociadas. Sin embargo, las diferencias persisten. No sólo porque muchos republicanos defienden la versión más fuerte —aristotélica— del republicanismo, que Rawls rechaza, sino porque aún muchos republicanistas "clásicos" rechazan hoy —con buenas razones, agregaría— el tipo de "neutralismo" que jueces, políticos, y teóricos liberales aconsejan o llevan a la práctica. En primer lugar —sostendrían muchos republicanos— la cultura política se encuentra moldeada por las visiones de unos pocos. El escenario social se encuentra ocupado por ciertas ideas —o vaciado de muchos contenidos posibles— en razón, nuevamente, de la acción de unos pocos. Luego, la afirmación de la "neutralidad estatal" aparece en realidad como el compromiso estatal con un cierto estado de cosas cuanto menos polémico. En situaciones como la descripta no debe hablarse de "neutralidad" sino, en todo caso, de lo que Cass Sunstein denominaría "neutralidad de *statu quo*": si el Estado no asume un rol activo al respecto, podría decirse, su actitud debería ser descripta como una toma de partido injustificada en favor del estado de cosas reinante [38]. Ocurre que, en nombre del no-perfeccionismo, el liberalismo aparece implícitamente apoyando una cierta concepción del bien. Los valores sociales predominantes, tanto como los modelos de vida e ideales del bien prevalecientes en la comunidad, no aparecen entonces como el resultado de una deliberación colectiva, sino que se muestran vinculados, más bien, con los ideales que le interesa promover a un pequeño grupo, con los recursos económicos y el poder político necesario para hacerlo.

Por lo demás, y como dijera, muchos republicanos parecen dar un paso todavía más allá (y más allá de lo que Rawls, según entiendo, estaría dispuesto a

[36] RAWLS (1999), p. 469.

[37] Rawls rechaza, en cambio, el humanismo cívico aristotélico, una visión según la cual la vida política es alentada "no como un medio necesario para la protección de las libertades básicas de la ciudadanía democrática, y como una forma del bien entre otras... sino porque se considera que la participación política en la vida democrática es el *locus* privilegiado de la vida buena". *Ibidem*.

[38] SUNSTEIN (1993).

admitir), al describir cuáles podrían ser las implicaciones concretas del tomarse en serio la necesidad de "forjar" un cierto tipo de ciudadanía, capacitada para ejercer y mantener efectivo el autogobierno de su comunidad. Michael Sandel, quien defiende una postura republicana fuerte, a este respecto, ilustra de un modo contundente la visión que pueden tener muchos republicanos sobre el punto en discusión. "La tradición republicana —reconoce Sandel— procura moldear una cultura pública de un cierto tipo, aun cuando el llevar adelante dicha tarea implique privilegiar ciertas concepciones de la vida buena sobre otros". Y agrega: "sería defendible, desde el punto de vista de la libertad republicana, el desalentar las prácticas que glorifican el consumismo sobre la base de que tales prácticas promueven hábitos materialistas, privatizados, a la vez que enervan la virtud cívica, e inducen un descuido egoísta del bien público. La tradición republicana siempre ha considerado que una preocupación excesiva con el consumo es un vicio moral y cívico, nocivo para el autogobierno. Por el contrario, desde el punto de vista del procedimentalismo liberal, lo que importa es el acceso justo a los frutos del consumo. El debate entre los liberales procedimentalistas y los republicanistas cívicos no es meramente sectario, sino una puja entre dos visiones sobre la ciudadanía y el ámbito público" [39].

La conclusión sería, entonces, que persisten diferencias significativas entre las teorías liberal y republicana, que encuentran una manifestación especialmente importante en materia de libertad de expresión. Procurando servir al ideal del autogobierno colectivo, los republicanos afirmarían la necesidad de confrontar con la propuesta liberal de interpretar el derecho de libertad de expresión a la luz del principio del "libre mercado de las ideas"; cuestionarían al sistema institucional defendido por los liberales por desalentar, en general, la discusión pública y, en particular, por no promover de modo activo la confrontación entre los distintos puntos de vista presentes en la sociedad; y reprocharían el "neutralismo" alentado por muchos liberales por implicar, en la práctica, un compromiso con ciertas visiones particulares, desvinculadas de cualquier acuerdo colectivo.

V. Republicanismo y libertad de expresión en Latinoamérica

Ninguno de los problemas expuestos hasta aquí resulta ajeno a la realidad de una mayoría de países latinoamericanos. En este ámbito también, según entiendo, el republicanismo tiene mucho que enseñarnos. Asumo aquí, en efecto, que la organización constitucional de muchos de los países de la región ha sido moldeada a la luz del pensamiento liberal —muchas veces, directamente del pensamiento liberal norteamericano—: Alberdi en la Argentina; Samper en

[39] Sandel (1998), ps. 329/330.

Colombia; Lastarria en Chile; Montalvo en Ecuador; Ellauri en Uruguay; Mora en México; son algunos de entre los numerosísimos pensadores liberales que intervinieron decisivamente en la construcción constitucional de sus respectivos países. Dicha organización constitucional, en todo caso, agudizó algunos de los rasgos más anti-republicanos del sistema norteamericano. Muchos de los países citados, en tal sentido, terminaron adoptando regímenes de gobierno hiper-presidencialistas [40], que implicaban una concentración de la autoridad de decisión todavía mayor de la que se daba en los regímenes presidencialistas. Dicho diseño institucional, normalmente, venía acompañado de un Congreso débil y oligárquico; y un Poder Judicial de elite, habitualmente subordinado a las órdenes de los órganos políticos. El rechazo a la deliberación colectiva alcanzaría también, en muchos de estos casos, un *status* constitucional, como lo ilustra la fórmula argentina según la cual "el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes" (según el art. 22 de su Constitución).

Obviamente, una organización constitucional como la resumida, caracterizada por la concentración del poder y la falta de controles (un distorsionado sistema de "frenos y contrapesos", en definitiva) aparece como muy poco propicia para honrar cualquier compromiso decente con la libertad de expresión. No es necesario abundar, tampoco, en el modo en que tales hipotéticos compromisos quedaron golpeados en muchos de los Estados latinoamericanos luego de sistemáticos golpes de estado; campañas de persecución sobre los opositores; o la misma "desaparición" de los críticos del gobierno. Tal contexto, obviamente, desvirtuó muchas veces el derecho de libertad de expresión, a la vez que debilitó para el futuro sus posibilidades de desarrollo. El nivel de desigualdades económicas que se produjo a raíz de (o acompañando a) tal evolución política potenció enormemente aquellos problemas, prometiendo a la vez una difícil resolución para los mismos. Como resultado esperable de tales desigualdades, hoy parece obvio que ciertas minorías cuentan con una desproporcionada capacidad para defender sus ideas y, finalmente, moldear a su gusto la cultura pública.

Frente a dicha situación, el republicanismo no debe abandonar ninguno de sus reclamos principales sino, en todo caso, afirmarlos de un modo más enfático. En lo que hace a la libertad de expresión, en particular, sigue resultando necesario bregar por un cambio en la organización económica e institucional, si es que se pretende dar cierta vida al debate público. El nivel de desigualdades hoy persistente en una mayoría de países en Latinoamérica, tanto como la vigencia de una estructura institucional que desalienta la intervención política de la ciudadanía no son sino obstáculos mayúsculos a la consecución de dicho debate. Para escapar de dicha situación no bastan, obviamente, ciertos cambios cosméticos en el rostro de las actuales Constituciones: la cultura predominante

[40] Ver, por ejemplo, NINO (1996).

del individualismo y el consumo irreflexivo; o la falta de una práctica argumentativa consolidada; parecen rasgos esenciales de la vida pública latinoamericana, que prometen afectar durante mucho tiempo la vida política de la región. De allí que no resulte ingenuo seguir insistiendo en la necesidad republicana de "cultivar" ciertos valores cívicos. Los cambios que debe reclamar el republicanismo, entonces, resultan gigantescos; la transición hacia los mismos parece, en el mejor de los casos, muy compleja; y la afirmación de aquella nueva cultura política, una tarea casi utópica. No son éstas, sin embargo, buenas razones para abandonar tales búsquedas ni, mucho menos, para aplaudir o de algún modo justificar el estado de cosas predominante.

BIBLIOGRAFÍA

BAILYN (1967), *The ideological origins of the american revolution*, Harvard Universtity Press, Cambridge (Mass.).

BICKEL, A. (1978), *The least dangerous branch*, Bobbs-Merrill Publishers, Indianápolis.

DE FRANCISCO, Andrés (1998), "Nuevo republicanismo y modernidad", manuscrito por publicarse, Universidad Complutense, Madrid.

DWORKIN, R. (1996), "The curse of money", *The New York Review of Books*, vol. XLIII, nro. 16, ps. 19/22.

— "What is equality? Part I: Equality of welfare", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, nro. 3, ps. 185/246.

— "Part II: Equality of resources", *Philosophy and public affairs*, vol. 10, nro. 4, ps. 285/345.

FISS, O. (1997), *Libertad de expresión y estructura social*, Fontamara (México).

GARGARELLA, R. (1995), *Nos los representantes*, Miño y Dávila, Buenos Aires.

— (1999), *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós.

— (2000), *The scepter of reason*, Dordredtch.

HAAKONSSEN, K. (1993), "Republicanism", en *A companion to contemporary political philosophy*, Robert Goodin y Philip Pettit, Basil Blackwell, Oxford, ps. 568/574.

HABERMAS, J. (1997), "Retrospective comments on faktizitat und geltung", manuscrito presentado en *The Program for the Study of Law, Philosophy & Social Theory*, New York University.

HOLMES, S. (1988), "Precommitment and the paradox of democracy", en *Constitutionalism and democracy*, J. Elster y R. Slagstad, Cambridge University Press, Cambridge, ps. 195/240.

LARMORE, C. (1987), *Patterns of moral complexity*, Cambridge University Press, Cambridge.

MANIN, B. (1993), "Elections, elites and democracy: on the aristocratic character of elections", manuscrito, Universidad de Chicago.

— (1997), *The principles of representative government*, Cambridge University Press, Cambridge.

MICHELMAN, F. (1988), "Law's republic", *The Yale Law Journal*, vol. 97, nro. 8, ps. 1493/1538.

MILL, J. S. (1975), "On liberty", en *Three essays*, Oxford University Press.

NINO, C. (1996), *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires.

PETTIT, P. (1997), *Republicanism*, Clarendon Press, Oxford.

— (1998), "Reworking Sandel's republicanism", *The Journal of Philosophy*, vol. XCV, nro. 2, ps. 73/96.

PITKIN, H. (1981), "Justice: on relating private and public", *Political Theory*, nro. 327.

POCOCK, J. G. A. (1975), *The machiavellian moment: florentine political thought and the atlantic republican tradition*, Princeton University Press, Princeton, NJ.

RAWLS, J. (1993), *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York.
— (1997) "The idea of public reason revisited", *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, nro. 3, ps. 765/807.
— (1999) "The priority of rights and ideas of the good", en S. Freeman, *Collected papers*, Harvard University Press, Cambridge.
SANDEL, M. (1996), *Democracy's discontent*, The Belknap Press, Cambridge.
— (1997) "The constitution of the procedural republic: liberal rights and civic virtues", *Fordham Law Review*, vol. LXVI, nro. 1, ps. 1/20.
— (1998) "Reply to critics", en A. Allen y M. Regan, Jr., eds., *Debating democracy's discontent*, Oxford University Press, Oxford.
SCHNEEWIND, J. B. (1993), "Classical republicanism and the history of ethics", *Utilitas*, vol. 5, nro. 2, ps. 185/207.
SKINNER, Q. (1992), "About justice, the common good and the priority of liberty", *Dimensions of radical democracy*, C. Mouffe, Verso, London.
SUNSTEIN, C. (1988), "Beyond the republican revival", *The Yale Law Journal*, vol. 97, nro. 8, ps. 1539/1591.
— (1993), *The partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge.
WOOD, G. (1969), *The creation of the American Republic, 1776-1787*, University of North Carolina Press, Chapell Hill, North Carolina.
— (1992), *The radicalism of the American Revolution*, Alfred Knopf, New York.

LA LEY DE PRESUPUESTO ANTE LA CONSTITUCIÓN

HORACIO GUILLERMO CORTI *

I. PRESENTACIÓN

El objeto del presente trabajo consiste en exponer de manera clara y sucinta los aspectos nucleares de una visión constitucionalista de la decisión presupuestaria, así como la justificación de la pertinencia de semejante visión en tanto clave hermenéutica para aprehender adecuadamente el texto constitucional argentino actual.

Por constitucionalismo se entiende una doctrina jurídico-política que explicita fines y modos legítimos de ejercicio del poder. Tal como se indicará, ella es el resultado de la confluencia de variadas experiencias históricas y perspectivas teóricas [1]. En tal contexto cabe preguntar: ¿cuáles son las características de la decisión presupuestaria que se derivan de un enfoque constitucionalista del poder?

Y si se sostiene, como aquí se hace, que la Constitución nacional, "monumento imperecedero de la ciencia política contemporánea", encuentra inspiración y sustento en dicha doctrina, aquel interrogante en apariencia abstracto coincide con el siguiente, explícito en su referencia al derecho positivo: ¿cómo se encuentra regulada la materia presupuestaria en nuestro derecho constitucional? [2] Es decir: ¿cuáles son las condiciones de legitimidad del poder estatal en materia de gasto público? O si se quiere: ¿cuáles son los requisitos que debe satisfacer la ley de presupuesto para ser calificada de constitucional?

[1] Ver MATTEUCCI, Nicola, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Trotta, Madrid, 1998, quien señala: "Con el término 'constitucionalismo' se hace referencia generalmente a ciertos momentos de una reflexión sobre la experiencia jurídico-política relativa a la organización del poder, momentos propios de la historia europea desde el mundo antiguo (griego, pero sobre todo romano). Desde un punto de vista más politológico que historiográfico, esta reflexión presenta temas de gran afinidad o, si se quiere, una profunda semejanza con el principio constantemente afirmado, el del *nomos basileus*" (p. 23); ver también: MCILWAIN, C., *Constitucionalismo antiguo y constitucionalismo moderno*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

[2] La cita efectuada corresponde a GONZÁLEZ CALDERÓN, J., *Derecho constitucional argentino. Historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución*, Buenos Aires, 1923, prefacio de la primera edición.

* Profesor de Derecho Tributario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Ciertamente: es la claridad que se adquiera respecto de los fundamentos teórico-políticos de nuestra Constitución la que permitirá desarrollar la lectura y exposición razonada de su texto [3].

A nadie se le escapa la relevancia institucional y política de la materia presupuestaria. Y ha sido al calor de los conflictos en torno al presupuesto que se forjaron doctrinas jurídicas de enorme predicamento. Basta señalar en tal sentido la espinosa distinción entre ley formal y material salida a la luz en medio del conflicto entre el Parlamento Prusiano y el Gobierno del Canciller Bismarck por la aprobación del presupuesto de guerra, abultado en su cuantía en virtud del previsto enfrentamiento bélico con Austria [4]. Sin embargo, no siempre es suficientemente valorado el tratamiento específicamente jurídico del presupuesto y, en términos generales, del gasto público. Priman las consideraciones "económicas", a veces incluso contables —las exitosas clasificaciones de los gastos públicos, infaltables en los manuales usuales de la materia—, por sobre la doctrina jurídica. Cuando la ignorancia recrudece se tacha a esta última de mera disquisición teórica [5].

[3] Una cuestión relevante en sí misma es la de evaluar hasta dónde cabe efectuar un estudio excavatorio sobre los fundamentos del derecho constitucional; a qué nivel de profundidad es preciso conducir el análisis. Lo habitual parece ser adoptar la política recordada por uno de los narradores de Kafka: "En esos días la máxima secreta de muchos, y aún de los mejores, era ésta: *Trata de comprender con todas tus fuerzas las órdenes de la Dirección, pero sólo hasta cierto punto; luego, deja de meditar*", en KAFKA, Franz, *La edificación de la muralla china y otros cuentos*, trad. de Jorge Luis Borges, Losada, Buenos Aires, 1992.

[4] Ver: VILLAR PALASÍ, J., *Derecho Administrativo I*, Madrid, 1968, p. 278, "2. Las cinco polémicas alrededor del concepto de ley. 3.2. La polémica de la ley formal-material", donde se resume con gran claridad la discusión en sus términos jurídico-dogmáticos y político-coyunturales; GARCÍA AÑOVEROS, J., *Derecho presupuestario*, Sevilla, 1969, ps. 10 y ss.; y fundamentalmente: RODRÍGUEZ BEREIJO, A., *El presupuesto del Estado. Introducción al derecho presupuestario*, Tecnos, Madrid, 1970, ps. 45 y ss. Es asimismo en ocasión de tales querellas en torno a la aprobación del presupuesto que Ferdinand Lasalle expuso sus dos célebres conferencias sobre el concepto de Constitución (abril y noviembre de 1862). Por supuesto: la reducción que en ellas se hace del derecho constitucional a las fuerzas políticas imperantes —por vía del sin duda fascinante experimento imaginario de la destrucción por incineración del texto original de la Constitución del Reich— corresponde tomarla con la debida reserva del caso, aun cuando, en definitiva, resulte una fuente inagotable de reflexiones sobre la juridicidad, ver: LASALLE, F., *¿Qué es una Constitución?*, Ediciones Siglo Veinte, 1957.

[5] Me limito aquí a reproducir las inobjetables consideraciones de Rodríguez Bereijo vertidas en "Laband y el derecho presupuestario del Derecho Alemán", estudio preliminar a LABAND, P., *El derecho presupuestario*, Madrid, 1979, ps. IX y ss.: "De acuerdo con una opinión bastante difundida entre los estudiosos del derecho financiero, existe, a veces, una tendencia a estimar que el problema de la naturaleza jurídica de la ley del presupuesto es una mera cuestión teórica, un tanto bizantina; una polémica doctrina típica del llamado 'derecho de profesores', que constituye hoy un ejercicio perfectamente inútil para los jóvenes estudiosos del derecho presupuestario y, en general, del derecho público. Aunque creo que, efectivamente, el estudio del Presupuesto no debe detenerse ahí, sin embargo, estoy muy lejos de compartir aquel modo de pensar en lo que tiene, precisamente, *de minusvaloración de los aspectos jurídico-políticos de la institución presupuestaria dentro del marco de las relaciones entre los poderes del Estado*. Porque es preciso no olvidar que, al hilo de este debate doctrinal acerca de si el presupuesto es una ley propiamente dicha o, por el contrario, un acto administrativo, contable o de gestión, e incluso un acto político de Gobierno, no sólo se ha ido construyendo la teoría jurídica del pre-

No es necesario detenerse en semejantes despropósitos, pero sí destacar que el estudio dogmático encarado no pretende descuidar las posibles consecuencias prácticas que pudieran derivarse ni, claro está, los aspectos de mayor tecnicismo que hacen a la concreción efectiva de una genuina visión constitucionalista del presupuesto del Estado.

En tal sentido cabe destacar que la visión constitucionalista aquí defendida tiene uno de sus núcleos esenciales en la vinculación lógica que se presenta entre la ley de presupuesto y los derechos individuales consagrados por la Constitución nacional. Semejante relación conceptual puede dramatizarse mediante un planteamiento de corte interrogativo, sin dudas extremo, pero que resulta sugestivo y clarificador: ¿es posible lesionar un derecho individual mediante la legislación que aprueba el presupuesto del Estado?; ¿resulta factible que se dañen derechos individuales mediante el ejercicio del poder presupuestario?

Si la anterior pregunta se contesta, por hipótesis, en términos afirmativos, se torna inevitable reflexionar sobre los problemas *procesales* concomitantes: ¿cómo se tutela el derecho lesionado?; ¿qué acciones se encuentran previstas? Esto es: cómo se asegura la tutela judicial efectiva ante los daños jurídicos producidos por la legislación en materia presupuestaria.

Es notorio que estas cuestiones, aquí es lícito el uso de la ironía, hacen que el objeto de este ensayo sobrepase el interés "meramente teórico" [6].

II. La decisión presupuestaria y la reforma constitucional de 1994

La tesis principal aquí sustentada es la siguiente: la decisión presupuestaria se encuentra sujeta a imperativos constitucionales.

Esto significa que la ley de presupuesto resulta pasible de ser enjuiciada por medio de pautas de rango constitucional. En otros términos: el poder presupuestario, atribuido de manera originaria al órgano legislativo, se encuentra constitucionalmente limitado. De ahí que, por lógica consecuencia, la ley de presupuesto devenga objeto posible de control judicial de constitucionalidad. El fundamento de ello es nítido, pues si al dictarse la ley de presupuesto se transgreden —o no se cumplen— los imperativos constitucionales y se afectan

---

supuesto, sino también se han definido, en cierta manera, cuestiones tan importantes como el concepto, valor y caracteres de la ley, del reglamento, de los actos en función de control, etc.".

[6] Por supuesto, resulta obligado interrogarse sobre los orígenes del difundido odio —¿populismo anti-intelectual?— a los estudios calificados de "meramente" teóricos. ¿A qué se refiere semejante ánimo con el adverbio "meramente"? ¿A lo que "no sirve para nada"? ¿Y qué es exactamente eso que "no sirve para nada"? Más aún ¿cuál es el método de prueba para adjudicarle a algo el mote de "no servir para nada"? Muchas son las preguntas —políticas, sociales, también existenciales si se quiere decirlo así— que se derivan de este breve interrogante.

derechos individuales, se produce la apertura del mecanismo paradigmático que permite asegurar la supremacía incondicionada de la ley fundamental.

Esta tesis no pretende ser una disquisición abstracta. Por el contrario, intenta reconstruir de manera adecuada nuestro derecho positivo actual y devenir, así, la clave de bóveda del derecho presupuestario argentino. Se trata de una posición de peso, no hay duda, pero que encuentra más que suficiente basamento en el propio texto de la Constitución Nacional que resultara del último proceso constituyente reformador ocurrido en el año 1994 [7].

El actual inc. 8° del art. 75, al enumerar las atribuciones del órgano legislativo, dispone que le corresponde al Congreso "fijar anualmente conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2° de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, sobre la base del programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión".

El énfasis de la interpretación propuesta recae en la expresión "...conforme a las pautas...". El constituyente no sólo le asignó una atribución al órgano parlamentario (fijar el presupuesto) sino que, además y explícitamente, estableció un deber sustancial que exige ser respetado a la hora de hacer uso de aquélla [8].

Tales pautas, en vez de enumerarse en el propio inciso octavo, son insertadas mediante una remisión al tercer párrafo del inciso segundo del mismo artículo que establece las atribuciones del Congreso en materia tributaria y que regla, a su vez, el mecanismo de coparticipación federal de los recursos. Dicho párrafo postula: "La distribución [de recursos] entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional".

La remisión del inciso octavo al tercero del art. 75 puede verse como expresión de una técnica de economía expositiva, circunstancia que se condice con la brevedad y sencillez que le son inherentes a una buena composición constitucional. Ésta es una apreciación importante pero superficial, pues hay

[7] Por supuesto, los lectores —y en particular los aficionados a los comentarios jurídicos— no debieran olvidar la siguiente regla de supervivencia: "No atribuyas demasiada importancia a las glosas. La escritura es inmutable y las glosas no son con frecuencia más que la expresión de la desesperación que experimentan los glosadores", en KAFKA, F., *El proceso*, Losada, Buenos Aires, 1997, p. 202.

[8] Recordemos que en la Constitución histórica de 1853 el entonces art. 64 que enumeraba las atribuciones del Congreso establecía, latamente y en su inciso séptimo, lo siguiente: "Fijar anualmente el presupuesto de gastos de administración de la Confederación, y aprobar o desechar la cuenta de inversión". En el texto resultante de la reforma de 1957 la única modificación es el reemplazo de "Confederación" por "Nación". Los sucesivos textos pueden consultarse en el primer volumen de la *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994* editada por el Ministerio de Justicia de la Nación.

razones conceptuales de mayor envergadura. Razones sustanciales y no de técnica constitucional, que revelan la profunda —y a veces oculta o, para emplear el término ritual, implícita— sistematicidad que recorre al actual texto de la Constitución [9].

El reenvío jurídico en análisis se sostiene en una idea de enorme simplicidad y que, por eso mismo, es fructífera en consecuencias: las decisiones tributarias y presupuestarias conforman una unidad sistemática. Esto significa postular una íntima interdependencia entre las decisiones tributarias y presupuestaria. O en otros términos: tributos y presupuesto son dos aspectos de una misma actividad jurídica. Y es por tal razón que resulta plenamente justificado remitir la enunciación de las pautas que deben seguirse para dictarse anualmente la ley de presupuesto al apartado constitucional que fija los parámetros que debe contemplar el legislador al dictar la ley-convenio de coparticipación de los recursos públicos recaudados por el gobierno federal [10].

Siguiendo el vocabulario habitual usado en las Finanzas Públicas cabe referirse a la *actividad financiera pública*, actividad jurídica que se encuentra subdividida en dos ramas, una que engloba al conjunto de los mecanismos tributarios de obtención de ingresos y otra que incluye a los actos erogatorios o presupuestarios. Al tratarse de una actividad nos enfrentamos a una serie dinámica de acciones, a un proceso unitario de diversas decisiones tributarias y erogatorias, que se plasman, claro está, en un conjunto de textos jurídicos cuyo contenido da lugar a un sistema legal-normativo que, a fin de respetar las prelaciones jerárquicas postuladas, debe estar subordinado al esquema constitucional.

De tal manera, el actual texto constitucional exige una teorización que esté a la altura de sus disposiciones y que en el caso se cristalizan en la necesidad de forjar una doctrina jurídica de la actividad financiera del Estado. Esto

[9] Es sabido que el carácter sistemático del derecho es un rasgo a las vez obvio y problemático, sobre todo por la falta de claridad que le es inherente al concepto de sistema, ver al respecto: ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de la ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974. Cualquiera fuese el concepto de sistema asumido resulta notorio que la coherencia jurídica es una meta, un objetivo a lograr por el intérprete o, si se quiere, un resultado que requiere todo un *esfuerzo*; así al menos lo deja entender con suma sencillez la en esto conteste jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al ordenar que "la interpretación del instrumento político que nos rige *no debe* hacerse poniendo frente a frente las facultades enumeradas por él para que se destruyan recíprocamente, sino armonizándolas dentro del espíritu que le dio vida" (*Fallos*, 181:343; 240:311).

[10] "Toda estructura federal *debe razonar como indisoluble la ecuación de los ingresos y los gastos*, por un lado, con su proyección a los distintos niveles estatales que reconozca, por el otro, asegurando los más adecuados mecanismos de coordinación: entre los gastos y los ingresos y entre los distintos fiscos y el conjunto de ellos, a nivel vertical y horizontal" en BULIT GOÑI, Enrique, "La coparticipación federal en la reforma constitucional de 1994", LL, 7/8/1995; así como, entre muchos otros, CASÁS, José, "Un importante hito en el proceso de refederalización de la República Argentina (nueva ley de coparticipación impositiva)", *Derecho Fiscal*, XLV-1 y ss., 97 y ss. y 193 y ss.; "La reforma constitucional y la coparticipación tributaria", *Periódico Económico Tributario*, 58.

es: una doctrina jurídica que tematice de forma *unitaria y sistemática* los tributos y el presupuesto. Y esto significa forjar un Derecho Financiero adecuado a la lógica conceptual que postula la Constitución.

III. CONSTITUCIONALISMO Y ESTADO DE DERECHO

La precedente interpretación impone dar un paso más en cuanto a la profundidad del análisis, pues hay que sacar a luz el por qué de semejante unidad sistemática o, de acuerdo con otro léxico también aceptado por la doctrina, el por qué de la interdependencia entre los ingresos y los gastos. Corresponde dilucidar el fundamento sustantivo que permite hilvanar justificadamente las decisiones tributarias y presupuestarias. En caso contrario, el sistema mencionado podría ser juzgado de artificioso e incluso de caprichoso, extremos ambos que no debieran ser propios de una ley fundamental —y, por cierto, menos aún de las lecturas que de ella se hagan [11]—.

Este paso de más implica poner en juego los caracteres esenciales de la Constitución en cuanto tal, destacando cuáles son sus aspectos medulares. Es aquí donde cobra relevancia el constitucionalismo, en tanto teoría jurídico-política que permite juzgar la "legitimidad externa" de las diversas constituciones positivas [12].

Genérica y convencionalmente puede entenderse al constitucionalismo como el extraño resultado de la confluencia de diversas tradiciones políticas que si bien no siempre han sido coincidentes son sin embargo posibles de amal-

[11] Las lecturas que se hacen del texto constitucional nunca son inocentes o desinteresadas; incluso ello es así cuando se hace dogmática jurídica o ciencia del derecho constitucional. Al respecto son ilustrativas las palabras de Joaquín V. González al iniciar su *Manual de la Constitución Argentina*, Ángel Estrada y Cía. Editores, Buenos Aires, p. 12: "las explicaciones *deben* hacerse teniendo siempre en cuenta la íntima relación que existe entre la Constitución y el territorio y la sociedad que la habita, entre sus fines generales y especiales y la formación de un pueblo grande, noble y fuerte por la cultura y la conciencia del derecho. No debe olvidarse que es la Constitución un legado de sacrificios y de glorias, consagrado por nuestros mayores a nosotros y a los siglos por venir; que ella dio cuerpo y espíritu a nuestra patria hasta entonces informe, y que como se ama la tierra nativa y el hogar de las virtudes tradicionales, debe amarse la Carta que nos engrandece y nos convierte en fortaleza inaccesible a la anarquía y al despotismo".

[12] Ver: NINO, Carlos, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992; VANOSSI, Jorge, *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Eudeba, Buenos Aires, 1982. Sobre la noción de legitimidad externa de una Constitución, ver: FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, en particular los capítulos 13 y 14, "¿Qué es el garantismo?" y "El punto de vista externo", ps. 849/957, resultando notorio que sus reflexiones en torno al derecho penal son generalizables: "Por *legitimación externa* o *justificación* entiendo la legitimación del derecho penal por referencia a principios normativos externos al derecho positivo, es decir, a criterios de valoración morales o políticos o de utilidad de tipo extra o metajurídico. Por *legitimación interna o legitimación en sentido estricto* entiendo por el contrario la legitimación del derecho penal por referencia a los principios normativos internos al ordenamiento jurídico mismo, esto es, a criterios de valoración jurídicos o intrajurídicos. El primer tipo de legitimación tiene que ver con las razones externas o, lo que es lo mismo, *del* derecho penal; el segundo, con sus razones internas, o *de* derecho penal".

gamar en una teoría común. Me refiero en concreto a las tradiciones liberal, republicana y democrática [13]. El constitucionalismo toma algunos aspectos de cada una de esas tradiciones para conformar un conjunto, sin dudas ecléctico, de valoraciones, técnicas y criterios [14]. Tal como señaló la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Bressani v. Provincia de Mendoza": "El mayor valor de la Constitución no está en los textos escritos que adoptó y que antes de ella habían adoptado los ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante cuarenta años, sin lograr realidad, sino en la obra práctica, realista que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas. Su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio de ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de ordenación política y moral de la Nación" [15].

La tradición liberal pone el énfasis en un conjunto de derechos que deben ser protegidos por el Estado. Desde esta óptica, un Estado es reputado legítimo si y sólo si resguarda un conjunto determinado de derechos.

Dado que se visualiza a la concentración del poder como la amenaza fundamental al disfrute de esos derechos, la distribución de las capacidades de decisión en diferentes órganos públicos se deriva como una técnica adecuada para organizar el poder [16]. La llamada división de poderes es un mecanismo institu-

[13] Ver: O'DONNELL, Guillermo, "Accountability horizontal", *Revista Ágora*, nro. 8, verano de 1998, ps. 5/34. Para una visión comparativa de las experiencias históricas europeas —inglesa, francesa y alemana— y la formación de una doctrina constitucional, ver: FIORAVANTI, M., *Appunti di storia delle constituzioni moderna. La liberta fundamentali*, Giappichelli, 1993. No hay duda de que las designaciones aquí empleadas —liberal, democrática y republicana— son objeto de múltiples usos e interpretaciones, sin embargo, entiendo que las significaciones adoptadas son razonables a la vez que habituales; para un uso relativamente semejante, ver HABERMAS, Jürgen, "Tres modelos normativos de democracia", en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Buenos Aires, 1999, ps. 231 y ss.

[14] El eclecticismo es una característica a mi juicio inevitable de las Constituciones positivas, no siendo la nacional una excepción. Una Constitución es el resultado histórico de conflictos de muy diversa índole y, por lo tanto, es precedido por acuerdos y transacciones. El constituyente real no se confunde con un geómetra que construye un sistema axiomático en la soledad de su imperio soberano. De ahí que los textos constitucionales recepten diversas tradiciones, experiencias, doctrinas e intereses, circunstancia que si bien desvela al amante de la pulcra caligrafía no le causa escozor a quien tiene presente la hechura humana del derecho. Para una defensa política y moral de la actitud ecléctica en consonancia con el pensamiento liberal, ver: BERLIN, I., *El erizo y la zorra*, Muchnik, 1981; en cuanto al lenguaje de las leyes y a la valoración positiva de la redacción individual ver: BIELSA, R., *Los conceptos jurídicos y su terminología*, Depalma, Buenos Aires, 1961, en particular el apartado "El estilo y la terminología en el espíritu político", ps. 29 y ss.

[15] *Fallos*, 178:9.

[16] Ver: LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid, 1990; LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1983, primera parte: "El proceso político y los tipos de gobierno", ps. 23/149. Una versión crítica puede verse en SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1992. Cabe señalar, de paso y debido a las recurrentes confusiones al

cional diseñado en función de la mejor protección de los derechos atribuidos, permaneciendo estos últimos como la clave fundamental de la doctrina jurídico-política liberal [17]. División de poderes significa, en rigor, distribución en diferentes órganos de funciones analíticamente distinguibles, en particular: crear normas generales, ejecutar en concreto dichas normas y aplicarlas para resolver conflictos de intereses [18].

Semejante claridad se ve desmentida, al menos, por dos conocidas situaciones: por un lado, las dificultades para erradicar por completo la potestad para crear normas generales por parte de los departamentos ejecutivos, resultando así inevitable el reconocimiento de un amplio poder reglamentario en manos del órgano ejecutivo; por otro, la aparición y posterior afianzamiento de otras funciones que, en algunos casos, dan origen a los vulgarmente llamados órganos extra-poder, v.gr. el aseguramiento de la supremacía de la Constitución mediante tribunales constitucionales, el control —no judicial— de la Administración [19].

Por supuesto, qué derechos son los que se entiende deben ser atribuidos depende del conjunto de valores que se pretende resguardar. Hay dos valores que resultan básicos y, por ende, imposibles de obviar: la autonomía y la dignidad individuales. Por autonomía cabe entender la posibilidad de escoger un plan de vida sin coacción por parte de terceros [20]. La dignidad, por su parte, se

---

respecto, que aquello que se percibe como una amenaza —percepción avalada por la experiencia— es la concentración del poder en cuanto tal, con independencia de si ese poder concentrado es caracterizado como público o privado, nacional o internacional. Cada vez que se verifica la presencia de un poder de cierta magnitud también aparece la posibilidad cierta de daños jurídicos y lesiones a los derechos individuales. Esta aclaración, al fin de cuentas banal, es hoy en día de peso como consecuencia del desarrollo de asociaciones privadas cuyos recursos —del tipo que fuesen— son mayores que los de muchos Estados. En una frase: la defensa del derecho individual cabe efectuarla al margen de los rasgos que caractericen al agente dañador —visión que resulta al menos análoga a la que hoy en día da lugar al llamado nuevo derecho de daños—, ver entre otros: MOSSET ITURRASPE, J. - KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *Responsabilidad civil*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

[17] Para un análisis de la división de poderes en la historia del gobierno mixto, ver: BOBBIO, N., *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

[18] Hay que notar, desde ya, que la distribución de potestades es perfeccionada por una distribución, sea explícita o implícita, de prohibiciones.

[19] Ver, entre muchos otros, GRECCO, Carlos, *Impugnación de disposiciones reglamentarias*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, así como sus referencias (ps. 153/201), en particular la cita de Emile Cioran con la que se inicia el texto: "los reglamentos de la Administración no son sino metafísica para uso de los simios".

[20] Tal como señala la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretando el art. 19 de la Constitución: "el reconocimiento de un ámbito exclusivo en las conductas de los hombres, reservado a cada persona y sólo ocupable por ella, que, con tan clara visión de las tendencias en el desarrollo de la sociedad consagra nuestra Constitución, resulta así esencial para garantizar el equilibrio entre un Estado cada vez más omnipresente e individuos cada vez más dependientes de las formas jurídicas de organización de la sociedad a que pertenecen. La existencia o inexistencia de ese equilibrio pondrá de manifiesto las distancias entre los regímenes democráticos en el que el individuo encuentre el espacio para

entiende como la cualidad que permite la concreta y efectiva realización autónoma del individuo. Una vida digna es aquella que no encuentra obstáculos fácticos para desarrollarse de acuerdo al plan de vida escogido.

Si se quiere expresar lo mismo con otro vocabulario puede emplearse en ambos casos el término "libertad". La autonomía es la libertad entendida como no sometimiento al otro, mientras que la dignidad es la libertad en tanto no sometimiento a la necesidad. Resulta claro que sólo una existencia humana digna es posible de devenir en concreto una individualidad autónoma [21].

La tradición democrática, en cambio, destaca la participación directa o —si ello no es humanamente posible— indirecta, del pueblo en el ejercicio del poder. Un Estado es legítimo si y sólo si el conjunto del pueblo participa en los órganos que lo componen. Ya sea de manera directa o, como es habitual, de manera indirecta mediante sistemas abiertos de elección. En términos jurídicos, la tradición democrática pone énfasis en la universalidad de los derechos llamados políticos [22]. Son legítimas aquellas decisiones tomadas por el conjunto [23]. Cuando el conjunto no participa directamente son esenciales, entre otros derechos, los de elegir y a ser elegido, la publicidad de los actos públicos, el control de los gobernantes, la periodicidad de sus cargos, la posibilidad de remoción o revocación [24].

---

la constitución de su propio plan de vida según lo determine la autonomía de la propia conciencia y sólo dentro de los límites en los que no afecte igual derecho de los demás y los regímenes autoritarios que invaden la esfera de privacidad e impiden que las personas cuenten con la posibilidad de construir una vida satisfactoria", *Fallos*, 308:1412.

[21] Cabe recordar, aún con suma brevedad, la proveniencia cristiana de la valoración de la dignidad humana, destacándose en la extensa historia de la teología cristiana la triple caracterización de la persona realizada por Santo Tomás a partir, por cierto, de la inaugural obra de Boecio: sustancia, unidad y dignidad; ver al respecto: GILSON, Etienne, *L'esprit de la philosophie médiéval*, Paris, 1932 y, dentro de la literatura jurídica local el clásico texto de ZAMBRANO, D., *Persona y derecho*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1947. Por cierto: las vinculaciones entre liberalismo y cristianismo son de suma aridez, baste señalar la dificultad de conjugar la noción de autonomía —derivada de la visión racional de elegir por sí mismo los parámetros que guiarán la propia vida— con la de fe, que supone justamente una exaltación de la heteronomía, en cuanto la fe es un don que se recibe de lo alto y que, por lo tanto, repudia en cuanto tal la idea de auto-elección. Otra perspectiva sobre la autonomía y dignidad de las personas puede verse en NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires, 1989.

[22] Ver: KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, Guadarrama, 1977; DUNN, John (dir.), *Democracia. El viaje inacabado (508 a.C.-1993 d.C.)*, Tusquets, 1995.

[23] Para la tradición democrática, la libertad es entendida primariamente como autodeterminación, es decir: posibilidad de darse a sí reglas de conducta.

[24] Las discusiones al interior de la tradición democrática son sumamente vivaces. El punto central de los debates radica en la calificación de democracia "genuina" a la "democracia" indirecta o, para evitar confusiones terminológicas, parlamentarismo. La posición de Kelsen, paradigmática, consiste en afirmar que la única democracia posible es la parlamentaria, de ahí que las críticas que a ella se le hagan no sean más que ataques encubiertos a la democracia. Todo ello sin perjuicio —y esto ya lo señalaba Kelsen en el citado texto publicado originariamente en la década del '20, época en la cual se forjaron los términos de un debate que hasta hoy continúa— de los problemas inherentes a los mecanismos in-

En fin, la tradición republicana hace hincapié en la virtud que implica dedicarse a los asuntos públicos, primando el respeto por la legalidad por sobre el interés meramente privado. Al nivel institucional ocupa un primer plano el aspecto deliberativo de las instituciones y, por lo tanto, se destaca la importancia superlativa del debate parlamentario [25]. De ahí la reserva de ciertas materias de suma importancia para el exclusivo tratamiento parlamentario.

El punto sustancial en común de estas tradiciones radica —más allá de las inevitables discordias e incomptabilidades— en su compartido apego a la igualdad de las personas [26]. Todas las personas son merecedoras de igual consideración y respeto. Es por ello que a todas las personas se les atribuye iguales derechos para asegurar, en clave liberal, una igual autonomía y dignidad y, en clave democrática y republicana, una igual participación en los asuntos públicos.

Nuevamente, aquí, cabe recordar la relevancia histórica del cristianismo, pues es sabido que en una cultura caracterizada por la jerarquía social —presente no sólo en los hechos sino consagrada, justificada y elogiada en los grandes textos grecolatinos— fueron sus predicadores quienes afirmaron la absoluta igualdad entre todos los hombres. Las sencillas palabras de San Pablo, pronunciadas en el contexto de una sociedad esclavista e imperial, aún resuenan con toda su potencia evangelizadora: "ya no hay judío ni griego, ya no hay esclavo ni libre, ya no hay varón ni mujer, pues todos vosotros sois uno dentro del ámbito de Cristo Jesús" y "todo el que... obra el bien, tanto el judío, en primer lugar, como el gentil, recibirá la vida plena de esplendor y honor. Pues ¡Dios no hace distinción por las apariencias!" (Gal. 3. 28., Rom. 2. 10. y 11.) [27].

No caben dudas de que la actualidad de esta exhortación paulina, así como la común significación que la igualdad posee para las diversas tradiciones que

---

directos erróneamente llamados representativos —pues a juicio de Kelsen la representación "política" es una lisa y llana ficción— ante los cuales propone un conjunto de técnicas hoy en día devenidas clásicas y agrupadas bajo el título de mecanismos de democracia semidirecta. Estos últimos institutos, como se sabe, fueron adoptados por el constituyente reformador argentino de 1994. También son paradigmáticas tanto las posiciones críticas de Carl Schmitt —véase por caso su visión de la democracia en *Teoría de la Constitución*— como las del conjunto de la tradición marxista —un ejemplo actual puede verse en la obra de Alain Badiou, para quien la llamada democracia es reconducida a la designación de "capital-parlamentarismo", conf. *Abrégé de métapolitique*, Seuil, Paris, 1998. Pero es de señalar que estos críticos de la democracia lo son por apelar a una verdadera o genuina democracia ("sustancial") y no, en cambio, por asentarse en posiciones conservadoras, elitistas o, en definitiva, expresamente antidemocráticas o autoritarias.

[25] Ver: ARENDT, Hanna, *La condición humana*, Paidós, Buenos Aires, 1992; *id.*, *Sobre la revolución*, Alianza, Madrid, 1988. Respecto de la historia del humanismo cívico, ver la fundamental y ya clásica investigación de POCOCK, John, *The Machiavellian moment. Florentine political thought and the atlantic republican tradition*, Princeton University Press (hay trad. fr. en Press Universitaires de France, 1997).

[26] Ver: BOBBIO, Norberto, *Libertad e igualdad*, Paidós, Buenos Aires, 1993.

[27] Ver los textos originales griegos en SENÉN VIDAL, *Las cartas originales de Pablo*, Trotta, Madrid, 1996, ps. 99 y 385.

confluyen para formar el acervo constitucionalista, se encuentra estrechamente vinculada con un rasgo típico de nuestra época: el proceso de creciente profundización de las desigualdades fácticas y empíricas de los individuos, en particular la desigualdad en lo que se refiere a los recursos disponibles por cada individuo [28].

En suma: aseguramiento de los derechos humanos, soberanía popular y política deliberativa, tales son las claves que, simultáneamente consideradas, permiten aprehender una visión constitucionalista del poder —y, en rigor, de la vida política y social—.

Cuando estas valoraciones informan a una Constitución cabe decir que ella es de tipo constitucionalista y que el Estado resultante merece ser designado como un Estado de Derecho.

Aquí resulta oportuno recordar, por su relevancia histórica, teórica e incluso simbólica, el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto 1789 que por iniciativa del general La Fayette figura como Preámbulo de la Constitución francesa de 1791: "Una sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución" [29].

En resumen: una Constitución constitucionalista es aquella que incluye una declaración de derechos a ser protegidos de manera igual para todas las personas, desconcentra el ejercicio del poder, asegura la participación democrática mediante una generosa asignación de derechos políticos y le atribuye al órgano deliberativo una amplia gama de decisiones fundamentales que sólo deben concretarse mediante la forma de ley.

Resulta notorio que tanto la Constitución histórica de 1853/1860 como la Constitución reformada en 1994 responden a este modelo político y que, por tanto, el Estado resultante cabe ser designado como un Estado de Derecho [30]. Es más, una somera lectura del actual texto constitucional muestra que se ha intentado —de una manera para muchos utópica o irresponsable— profundizar cada uno de los aspectos, de forma tal que resulta a la vez más democrático, liberal y republicano que el texto histórico.

[28] Ver, entre otros, CASTEL, Robert, *La metamorfosis de la cuestión social*, Paidós, Buenos Aires, 1998; la literatura nacional es al respecto abundante, ver por ejemplo: Minujín (ed.), *Desigualdad y exclusión*, Losada, 1983; BARBEITO, A. - LO VUOLO, R., *La modernización excluyente*, Losada, Buenos Aires, 1992; MINUJÍN, A., *La nueva pobreza en Argentina*, Planeta, Buenos Aires, 1995; VILLARREAL, J., *La exclusión social*, Norma, Buenos Aires, 1996.

[29] Hay variadas ediciones de los textos constitucionales franceses, ver, entre otros, MARTÍNEZ ARANCÓN, Ana, *La revolución francesa en sus textos*, Tecnos, Madrid, 1989.

[30] Ver: GELLI, María, "Relación de poderes en la reforma constitucional de 1994", LL, 1994-D-1086 y "Los nuevos derechos en el paradigma constitucional". LL, 5/8/1995.

IV. UNIDAD Y TRASCENDENCIA DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA

La idea básica que subyace a la interpretación defendida es la siguiente: la unidad sistemática de la actividad financiera pública *deriva* del carácter constitucionalista de nuestra Constitución y, por tanto, del carácter "de Derecho" del Estado resultante. Es el conjunto de la lógica conceptual constitucional la que le otorga un sentido sistemático y unitario a la actividad financiera del Estado.

El siguiente es el resumen del argumento. La Constitución pretende realizarse a sí misma, de forma tal que el mundo empírico-fáctico se acomode a sus cláusulas ideales. O también: el Estado de Derecho pretende realizarse, ser efectivo y no meramente nominal.

Tal como señala Héctor Masnatta, las instituciones constitucionales son "mecanismos en orden a fines de transformación, no de pura gestión del orden existente" [31].

Germán Bidart Campos se refiere, retomando una expresión de Konrad Hesse, a la fuerza normativa de la Constitución (*die normative Kraft der Verfassung*), locución que también evoca la potencia expresiva de un ya clásico trabajo de Eduardo García de Enterría en defensa de la juridicidad de la Constitución española y en contraposición a su evaluación como instrumento "meramente" político [32].

Alberto Bianchi, por su parte y destacando la relevancia de nuestro más alto Tribunal señala que "la Corte argentina —al igual que la norteamericana— tuvo que llevar adelante la proeza de hacer de la Constitución un texto real cargado de vigencia. En el momento de su sanción no era más que un papel escrito y fue la Corte quien, sentencia a sentencia, logró que ella fuera no sólo un instrumento respetable sino también respetado. Este mérito fue reconocido con vehemencia por el presidente Mitre, en palabras pronunciadas ante la tumba de José Benjamín Gorostiaga, señalando que la ley teórica, la ley muda, la ley muerta se hizo carne y sangre, habló por labios vivos, tuvo acción entre los hombres, dominó sobre los pueblos" [33].

Las citas doctrinarias podrían multiplicarse, hecho que muestra, sin perjuicio de los matices, perspectivas y vocaciones personales, el notable consen-

[31] Ver: MASNATTA, Héctor, "Interpretación de la Constitución", LL, 1994-D-1113; sobre la discusión en torno a la eficacia reformadora del derecho frente al valor tradicional de la costumbre, cabe remitir a otro trabajo de MASNATTA, hoy en día ya clásico: *Acerca del derecho privado en la sociedad actual*, Colegio Mayor Universitario de Santa Fe, serie 4, nro. 1.

[32] Ver: BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Madrid, 1995; HESSE, Konrad, "La fuerza normativa de la Constitución", en *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, ps. 55/78; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985.

[33] Ver: BIANCHI, Alberto, *Dinámica del Estado de Derecho. La seguridad jurídica ante las emergencias*, Ábaco, Buenos Aires, 1996, p. 35.

so existente entre los juristas respecto de ciertos valores fundamentales. Lo importante para destacar es lo siguiente: la Constitución existe para ser efectiva y no sólo para presentarse como ícono o figuración simbólica. Si se quiere: la pretensión última de una Constitución es lograr la constitucionalización del mundo empírico [34]. Lo que resulta idéntico: que el Estado real y existente sea, efectivamente, un Estado de Derecho. Y esto significa, por ende, la pretensión de hacer efectivos los derechos constitucionalmente declarados [35].

Lo relevante, entonces, no es sólo un texto donde se *diga* que tales y cuales derechos le son atribuidos a las personas, sino que todas las personas estén en condiciones de ejercer y gozar tales derechos.

Semejante realización empírica del Estado de Derecho requiere, como condición práctica, de medios materiales y, particularmente, monetarios —en términos de Dino Jarach: se requiere "poder de compra"—, es decir: de un continuo flujo financiero, tanto de ingresos como de gastos públicos. De ahí la conclusión: la actividad financiera no es más que un *medio* para la autorrealización del Estado de Derecho. Tal es el *sentido* fundamental de la actividad financiera, ser un medio para convertir la Constitución nominal en una Constitución efectiva. Y es la actividad financiera como un todo la que es enfocada como un medio constitucional. Tanto los tributos como el presupuesto son medios de un mismo tipo y receptores de un idéntico sentido.

Es así que mediante un mismo movimiento conceptual se afirma la unidad y la trascendencia de la actividad financiera. *Unidad*, pues sus dos aspectos (tributos y gasto público) tienen un mismo e idéntico sentido. Y *trascendencia*,

[34] En la base de semejante pretensión se encuentra la confizanza racional —o si se quiere, racionalista— en la modificación consciente de las condiciones humanas de vida, confianza que converge con la crítica del pasado y la esperanza en el progreso futuro; sobre esta última cuestión, ver el agudo ensayo de DOCTOROW, E., "Un ciudadano lee la Constitución", en *Poetas y presidentes (Jack London, Hemingway and the Constitution)*, Muchnik, 1996, p. 155 al decir que "En el aspecto sintáctico es futurista, señala lo que vendrá. Vaticina. Aún hoy, después de haber vivido doscientos años en el marco de la profecía, la leemos y la encontramos todavía adelantada en el tiempo. La Constitución dicta la ley y asume para sí el poder infinito de dictarla. La Constitución decreta. En sus artículos y secciones, uno tras otro, ofrece una escalera al cielo. Es fría, distante, remota como una voz de lo alto, que se refrenda a sí misma". Por supuesto, cabe tener en cuenta la apreciación contrastante de Bernhard, T.: "Los hechos son siempre aterradores, y no debemos cubrirlos con nuestro miedo a esos hechos, bien alimentado y que, de forma morbosa, trabaja ininterrumpidamente en todos, falsificando así toda la historia natural como historia humana y transmitiendo toda esa historia como una historia siempre falsificada por nosotros...", en *El origen*, Anagrama, Barcelona, 1984, p. 27, consideración semejante a la clásica de Joyce (*Ulises*) que identifica historia y pesadilla y, en fin, análoga a la muy conocida primera tesis sobre la filosofía de la historia enunciada por Walter Benjamin e inspirada en el aterrador y angelical cuadro de Paul Klee.

[35] Se advierte aquí la necesidad de refinar nuestro vocabulario jurídico básico de origen kelseniano, ya que la habitual referencia a la "eficacia" del derecho no capta el conjunto de matices que intenta captar la expresión "efectividad" del derecho. Mientras que la eficacia pone en primer plano las ideas de orden y obediencia, la efectividad hace lo suyo con la noción de derecho subjetivo y su disfrute concreto y real.

pues ese sentido es exterior a la actividad en cuanto tal, al derivarse del esquema constitucional considerado en su totalidad.

En otros términos: la actividad financiera no se agota ni se justifica en sí misma sino que va más allá de sí. Por tal motivo es un medio. Y, como todo medio, dicha actividad se legitima a partir del fin al cual contribuye a realizar. Otra manera de expresar esta idea es negándole a la actividad financiera la propiedad de ser tautológica, propiedad que se manifiesta en expresiones del tipo "se recauda por recaudar" o "se recauda para gastar". Afirmar el carácter tautológico de la actividad financiera conduce al liso y llano absurdo: a la caída en el sinsentido [36]. Por el contrario, se recauda y se gasta para darle realidad a la Constitución o, si se quiere, para darle realidad al conjunto de las instituciones liberales, democráticas y republicanas que conforman el Estado de Derecho.

La precedente es una interpretación teleológica de la tributación y del gasto público. Pues el punto de apoyo de la unidad sistemática de la actividad financiera radica en su fin (en el *telos*). Y ese fin es por completo de índole constitucional. Sólo cuando se explicita un fin resulta posible juzgar la legitimidad de una actividad puramente medial.

En resumen: la actividad financiera pública designa al conjunto de acciones públicas encaminadas a la obtención de ingresos y realización de erogaciones a fin de obtener la efectividad de la Constitución. O también: se trata del conjunto de acciones tributarias y presupuestarias destinadas a realizar el Estado de Derecho.

Esta visión tiende a refirmar la tendencia que postula el estudio unitario del derecho financiero, sin subsumirlo en el derecho administrativo y, a la vez, sin seccionarlo autonomizando injustificadamente al derecho tributario. Tal postulación se basa, claro está, en la mentada unidad teleológica y constitucional. La identidad de fines constitucionales que se plasma en un genuino Derecho Constitucional Financiero da lugar a una unidad en cuanto a la materia —la actividad *financiera* propiamente dicha— y en cuanto al régimen jurídico de dicha materia —el derecho *financiero* [37]—.

[36] Se percibe aquí el uso libremente analógico de una célebre proposición del *Tractatus* de Ludwig Wittgenstein: *Tautologie und Kontradiktion sind sinnlos*, es decir: tautología y contradicción carecen de sentido.

[37] De tal forma no es en la homogeneidad de la instituciones financieras donde cabe afincar las razones para postular la demarcación dogmática de la disciplina, sino en la unidad de sentido constitucional. Dicho de manera un poco abrupta pero cierta: la clave para predicar, usemos aquí el léxico consagrado, la "autonomía" del derecho financiero no se encuentra en algún rasgo interno —v.gr. los caracteres singulares de la obligación tributaria— sino en un nivel extrínseco: el derecho constitucional. En términos de RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro: "La unidad esencial del fenómeno financiero, la conexión entre los ingresos y los gastos públicos, viene dada por un criterio teleológico: el fin de las normas y el interés jurídicamente protegido", en *Introducción al estudio del derecho financiero. Un ensayo sobre los fundamentos teóricos del derecho financiero*, Instituto de Estudios Fiscales, 1976, quien sigue en este aspecto a Sainz de Bujanda, al decir que "aglutinar, en el seno de una misma dis-

V. La extensión de los principios constitucionales tributarios

Se aprecia entonces la enorme densidad conceptual que se encuentra cristalizada en la remisión efectuada por el inciso octavo del art. 75 de la Constitución. En primer lugar se afirma el carácter unitario de la actividad financiera. Y, en segundo término, esa unidad se encuentra justificada al tomar en cuenta la globalidad conceptual que es característica de nuestra Constitución, en cuanto ésta se encuentra inspirada en la doctrina jurídico-política resumida en el término "constitucionalismo".

El desarrollo de esta interpretación exige efectuar una puntillosa exégesis del tercer párrafo del inciso segundo del art. 75 y, en particular, de las pautas allí estipuladas. Si se presta atención al tenor global del mentado párrafo, llama de inmediato la atención la notable semejanza que guardan sus términos principales con las designaciones que habitualmente se le asignan a los principios constitucionales que rigen la tributación. Me refiero, en particular, a tres expresiones: equidad, solidaridad e igualdad.

Esta semejanza, en vez de causar extrañeza, debiera parecer evidente a la luz de la identidad de sentido que le es propia a la tributación y al gasto público. Pues si hay identidad en cuanto al sentido de la actividad resulta lógico que la misma se transmita a los principios a los que deben adecuarse las decisiones tributarias y presupuestarias [38].

De ahí la derivación de otra tesis que le resulta esencial a la visión constitucionalista de las Finanzas Públicas: la actividad financiera del Estado se encuentra sujeta a un conjunto muy básico de principios que son idénticos para sus dos aspectos fundamentales, tributos y gasto público. Esto significa, sencillamente, que la legislación tributaria y presupuestaria debe sujetarse al mismo conjunto de principios básicos.

---

ciplina jurídica, el análisis del fenómeno hacendístico, en su doble manifestación de gastos e ingresos, no entraña, en modo alguno, una mera yuxtaposición de instituciones heteróclitas, sin otro ligamen entre sí que la mera referencia a un determinado tipo de realidad. Es por el contrario el único camino que confiere *plenitud de sentido* a cada una de estas instituciones y el que permite por consiguiente captar su fundamento y escudriñar con acierto su específica problemática", prólogo al libro de BAYÓN MARINÉ, Ignacio, *Aprobación y control de los gastos públicos*, texto incluido en el vol. VI, *Hacienda y Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, 1973.

[38] Sobre el difícil concepto de "principio", hoy en día vuelto a problematizar en virtud de obras tan diversas como las de Dworkin en el ámbito anglosajón y Alexi en el germano, ver: CARRIÓ, Genaro, "Principios jurídicos y positivismo jurídico", ensayo ahora incluido en *Notas sobre lenguaje y derecho* (4ª ed. corregida y aumentada), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, ps. 195/234. En materia tributaria, ver: JARACH, Dino, *Finanzas públicas y derecho tributario*, Cangallo, Buenos Aires, 1983, cap. V-4, "Los principios de la imposición en el derecho constitucional argentino" al decir, en coincidencia implícita con Genaro Carrió y simplificando acertadamente una cuestión a la que más adelante nos referiremos de manera sumaria, que "En el derecho argentino, la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia ha sido constante en considerar que los principios constitucionales son *normas positivas* cuyos destinatarios son los poderes del Estado y que ninguno de ellos —legislativo, ejecutivo y judicial— puede infringirlos so pena de invalidez de sus actos" (p. 315).

Reconstruir los principios básicos que rigen la tributación es considerado el objeto primordial del Derecho Constitucional Tributario, disciplina doctrinaria que ya tiene para sí un reconocido lugar al interior de la dogmática jurídica en cuanto uno de los capítulos axiales del Derecho Constitucional [39]. Por tal motivo, la tarea de explicitar el contenido de las pautas a las que debe sujetarse la decisión legislativa sobre gasto público lejos de ser una obra que emerja de la nada o *ex novo*, es una labor de extensión. Es a partir de (y no en franca contraposición a) una larga tradición constitucional tributaria que cabe otorgarle sustancia a la faz presupuestaria de los principios [40].

Esto no significa que dicha tarea de extensión sea puramente mecánica, en el sentido de que sólo se requeriría una mera ampliación lógica. Por el contrario, entender a los clásicos principios constitucionales tributarios como la base para elaborar unos genuinos principios financieros impone su reconsideración y reinterpretación. De esta forma se hace presente un desafío, pues resulta indudable el enorme trabajo hermenéutico que dicha extensión requiere. Pero también se abre la posibilidad de resolver algunas perplejidades que suscitaba el derecho constitucional tributario, ya que puede suponerse que alguno de aquellos dilemas derivan de una visión parcial y limitada de la actividad financiera.

La hipótesis que se enuncia es la siguiente: apreciar los principios constitucionales en vinculación con el conjunto de la actividad financiera permitiría resolver problemas causados por el hecho mismo de haber limitado injustificadamente su ámbito de acción al aspecto tributario de aquella actividad [41].

A título de ejemplo señalo las enormes y admitidas dificultades en cuanto al encuadramiento jurídico del llamado uso "extrafiscal" de la tributación. La expresión es sin duda extraña, pues ¿qué podría significar la extrafiscalidad de lo fiscal? (¿sería "algo" análogo a un hipotético uso "extra-administrativo" de lo administrativo? —por cierto, es evidentemente dificultoso escribir al respecto sin abusar del uso precautorio de las comillas—). Habitualmente se dice lo siguiente: el tributo tiene una finalidad primaria calificada de "recaudatoria". El fin del tributo es el de obtener recursos. Habría, luego, una finalidad extrafiscal cuando los tributos son empleados para obtener otros resultados, de tipo económico, político, social o cultural. Hecha esta caracterización, por lo general admitida como evidente, la doctrina discute sobre la legitimidad de ese uso

[39] Ver, fundamentalmente: SPISSO, Rodolfo, *Derecho constitucional tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1993 y CASÁS, José, *Presión fiscal e inconstitucionalidad*, Depalma, Buenos Aires, 1992.

[40] Sobre el valor de la continuidad de las teorías jurídicas, ver: CORTI, Horacio, "Derecho financiero y tradición jurídica: Jarach y Berliri", *Revista Derecho Tributario*, t. XIII, 77, 11/1996, p. 291 y las referencias allí realizadas a GADAMER, H., *Verdad y método II*, Sígueme, Salamanca, 1994.

[41] En tales condiciones se manifiesta una vez más la irrazonabilidad de "aislar" el análisis de la tributación, desgajándola de la actividad a la que pertenece. Esto es: el propio estudio de la tributación resulta perturbado por no prestar la debida atención a su inescindible conexidad con el fenómeno erogatorio por vía de la unidad de sentido que deriva del plexo constitucional.

extrafiscal, dividiéndose entre aquellos que lo repudian y quienes por el contrario, hoy en día mayoritarios, lo avalan [42].

Ahora bien: si la actividad financiera en su conjunto tiene *una* finalidad básica de orden constitucional, esa finalidad obviamente es la propia de cada uno de sus aspectos. Tanto los tributos como el presupuesto tienen *una misma e idéntica finalidad*: tornar efectivo al Estado de Derecho. Los tributos no tienen, por un lado, una finalidad recaudatoria y, junto a ella, metas políticas, sociales o de cualquier otra índole agrupadas bajo el exorbitante título "extrafiscal". Hay, en cambio, una finalidad única y ella es consecuencia directa de la visión constitucionalista de la actividad financiera pública que inspira a nuestro texto constitucional.

Pero, tal como se indica más adelante, es respecto del controvertido concepto de capacidad contributiva que se revela la fecundidad de un estudio unitario y sistemático de la actividad financiera pública, sustentado en las valoraciones políticas esenciales de nuestro orden constitucional.

VI. Reserva de ley y razonabilidad

El análisis que precede permite señalar dos principios que afectan de manera inequívoca a la actividad financiera como un todo.

En primer lugar el principio de reserva de ley [43]. Las decisiones públicas que se encuentran sujetas a este principio deben ser tomadas de manera exclusiva por el órgano parlamentario. Sólo el Congreso, en cuanto órgano legislativo, tiene la atribución de establecer los aspectos sustanciales de los tributos (hecho imponible, obligación tributaria, ilícitos y sanciones). En este aspecto no hay discusión alguna al nivel de la doctrina constitucional-tributaria. La interpretación sistemática de los arts. 4°, 17 y 75 de la Constitución así lo demuestra [44].

[42] La paradójica referencia a una "finalidad extrafiscal" del instrumento fiscal tiene un predicamento que va más allá de su uso doctrinario. Así la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado "que el poder impositivo constituye un valioso instrumento de regulación, complemento necesario del principio constitucional que prevé atender al bien general, al que conduce la finalidad ciertamente extrafiscal de impulsar la expansión de las fuerzas económicas (en igual sentido *Fallos*, 243:98, entre otros)" —*in re* "López López, Luis y otros v. Provincia de Santiago del Estero", LL, 1992-B-330. Una semejante manera de expresión puede encontrarse en los repertorios del Tribunal Constitucional español, así "Es cierto que la función extrafiscal del sistema tributario estatal no aparece reconocida en la Constitución, pero dicha función puede derivarse directamente de aquellos preceptos constitucionales en los que se establecen principios rectores de política social y económica...", conf. STC 37/1987.

[43] Ver, entre otros: Casás, José, "Estudio preliminar sobre los aspectos introductorios al principio de reserva de ley en materia tributaria", en García Belsunce, Horacio (comp.), *Estudios de derecho constitucional tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1994, así como los clásicos estudios de Juan Carlos Luqui y Horacio García Belsunce.

[44] Ver entre muchos otros fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "La Martona SA v. Provincia de Buenos Aires sobre repetición de una suma de dinero" (*Fallos*, 182:411): "Que los prin-

La justificación, claro está, es doble. Por un lado se registra la incidencia del aspecto democrático del sistema constitucional: sólo el pueblo o las personas por él electas —sus representantes— son quienes se encuentran legitimados para tomar decisiones tributarias (se trata de la reserva legal en cuanto expresión de la idea de auto-imposición). Por otro lado, se aprecia la importancia de las valoraciones republicanas que enfatizan la relevancia del órgano deliberativo, asignándole las decisiones de mayor trascendencia. El principio de reserva de ley adquiere así su debida justificación [45].

Por cierto, sí encontramos en materia tributaria los debates sobre los límites, importancia, legitimidad y características de dos instrumentos muy controvertidos y hoy constitucionalizados, que al menos "morigeran" el principio de reserva de ley: los decretos de necesidad y urgencia y la delegación legislativa en cabeza del Poder Ejecutivo [46]. Pero se trata de debates circunscriptos a pun-

---

cipios y preceptos constitucionales —de la Nación y de la Provincia— son categóricos en cuanto prohíben a otro poder que el legislativo el establecimiento de impuestos, tasas y contribuciones... Que dichos preceptos cuya antigua filiación se encuentra en los Estatutos Ingleses de *Tallagio non Concedendo*, año 34 del reinado de Eduardo I —1306— (art. 1°); de *Derechos concedidos por Carlos I* —año 1628—; y *Bill de derechos* de Guillermo y María —año 1688—, art. 4°; asimismo pueden referirse a las Costumbres, Pragmáticas y Códigos Españoles de los siglos XIV y XV... En Estados Unidos y entre nosotros se considera de la esencia del gobierno representativo la exclusiva facultad legislativa para levantar impuestos y *fijar los gastos del Estado*" (el último subrayado nos pertenece) y "Alberto Francisco Jaime Ventura y otra v. Banco Central de la República Argentina" (*Fallos* 294:152): "Sólo por ley del Congreso de la Nación se podría haber creado un gravamen que incidiera en el contrato celebrado... este principio de reserva de ley tributaria, de rango constitucional y propio de un Estado de Derecho, únicamente admite que una norma jurídica con naturaleza de ley formal tipifique el hecho que se considera imponible y que constituirá la posterior causa de la obligación tributaria...".

[45] Dicho muy llanamente: la anterior consideración tiene como objetivo mostrar lo limitado que resulta la desnuda apelación a la máxima *no taxation without representation*, ya que en nuestro sistema constitucional tanto los poderes ejecutivo como legislativo vienen respaldados por una legitimidad democrática —a diferencia de lo que sucede, es obvio, en un régimen monárquico—. Esto es: ambos poderes estatales son "representativos" del pueblo. Y, justamente, el foco litigioso del principio de reserva de ley se encuentra en dirimir las respectivas potestades que se le asignan a tales poderes públicos. Por tal razón el apoderamiento del órgano legislativo se basa en la preeminencia de la deliberación colectiva o, de acuerdo con la expresión propia de los textos constitucionales británicos, de la "deliberación conjunta", que allí tiene, o debiera tener, su desarrollo paradigmático (resulta claro, por lo demás, que las decisiones ejecutivas en principio no vienen precedidas por una deliberación pública, sin perjuicio de notar la creciente relevancia procedimental que ha ido adquiriendo la institución de la audiencia pública previa al dictado de actos administrativos —ver: USLENGHI, A., "Audiencias públicas", en AA.VV., *Procediniento Administrativo*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, ps. 295—).

[46] Sobre los decretos de necesidad y urgencia, ilegítimos en materia tributaria tanto antes como después de la reforma constitucional de 1994, ver por supuesto el fallo de la CSJN, *in re* "Peralta, Luis A. y otro v. Estado Nacional (Ministerio de Economía —Banco Central—)" y, específico de la materia "Video Club Dreams v. Instituto Nacional de Cinematografía" (*Fallos* 318:1154), con nota de GELLI, M., *Amparo, legalidad tributaria y decretos de necesidad y urgencia*, LL, 1995-D-243 y ss.; con posterioridad pueden verse "Cía. Trading SA v. Fisco Nacional (DGI) s/repetición DGI" y "Kupchik, Luisa Spak de y Kupchik, Alberto Mario v. BCRA y Estado Nacional (ME) s/varios", ambos pronunciamientos de fecha 17/3/1998. En cuanto a la delegación legislativa, ver síntesis de doctrina, jurisprudencia y comentario de la reforma constitucional en CORTI, A., "Algunas reflexiones acerca de la legislación tributaria delegada", *Anales de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales*, 1994/1996, p. 309.

tos concretos, que suponen la vigencia del principio (v.gr. límites de la delegación, extensión del derecho tributario sustantivo) y que, en definitiva, forman parte del Derecho Constitucional de Excepción en su proyección particularizada al derecho tributario y financiero [47].

De igual manera y conforme al mentado inciso octavo del art. 75, es el Congreso el órgano soberano en materia presupuestaria [48]. El Poder Ejecutivo debe enviar al órgano parlamentario el proyecto de ley anual de presupuesto, pero es competencia exclusiva de tal órgano tomar la decisión al respecto. En tal sentido, "fijar" el presupuesto implica la potestad de revisar en todo o en parte el proyecto enviado. Por supuesto, todo ello bajo las limitaciones que imponen las pautas constitucionales. Lo que no deja lugar a dudas es el carácter exclusivo que posee la atribución legislativa en materia presupuestaria.

En síntesis: tanto las decisiones tributarias como presupuestarias se encuentran sometidas al principio de reserva de ley, razón por la cual cabe considerarlo un genuino *principio constitucional financiero*. Tributos y presupuesto son genuinos institutos jurídicos *ex lege* [49].

En segundo lugar, la conceptualización de la actividad financiera como un medio conlleva de suyo la aplicación del principio fundamental al que debe

[47] Ver, entre otros: NEGRETTO, Gabriel, *El problema de la emergencia en el sistema constitucional*, Ábaco, Buenos Aires, 1994 y, por la claridad del análisis, GRECCO, Carlos M., "Las circunstancias excepcionales del artículo 99, inciso 3º de la Constitución Nacional", en *Revista de Jurisprudencia Provincial*, mayo de 1995, año 5, nro. 5, así como los obligados y difundidos textos de Hans Kelsen y Carl Schmitt —para una síntesis bibliográfica nacional, ver: ÁLVAREZ ECHAGÜE, J. - CORTI, H., "La inconstitucionalidad en cadena: de la ley 24.629 al decreto 618/97", en *Impuestos*, LVI-B, p. 7—. El "Derecho Constitucional de Excepción" es un capítulo del derecho constitucional que aún carece de una visión armónica y sistemática. Su objeto estaría constituido por el conjunto de cláusulas regulatorias de la "situación excepcional" o, en otro léxico, del "caso de necesidad", cláusulas que de una u otra forma importan una modificación de los principios constitucionales esenciales. Es desde tal perspectiva que pueden estudiarse de manera conexa institutos tan diversos como los decretos de necesidad y urgencia, la declaración del estado de sitio, la delegación legislativa, los indultos y amnistías y, quizás, la intervención federal. La decisión jurídico-política subyacente a ese subcapítulo constitucional es clara: ante la emergencia imprevista no se suspende el orden jurídico —tal como se desprende de la lectura corriente del lema romano *salus populi suprema lex est* y receptada en lengua germana: *not Kennt Kein Gebbot*— sino que este mismo orden prevé reglas diferentes, esto es: *not Kennt Anderes Gebot*, las reglas jurídico-constitucionales de excepción.

[48] Ver: MARTÍNEZ LAGO, Miguel Á., *Ley de presupuestos y Constitución. Sobre las singularidades de la reserva de ley en materia presupuestaria*, Trotta, Madrid, 1998.

[49] Por cierto que ello no impide que la regulación constitucional de la reserva de ley en materia financiera incluya matices peculiares en relación a cada uno de los aspectos que la integran. Esto se percibe con nitidez en lo que se refiere a los institutos de excepción y, en particular, a los decretos de necesidad y urgencia, prohibidos en materia tributaria y permitidos en materia presupuestaria. En cuanto a la delegación legislativa no hay diferencia alguna —y lo mismo cabe decir en cuanto a la iniciativa popular consagrada en el art. 39 del actual texto constitucional que excluye a la actividad financiera en su totalidad como objeto posible de tal técnica de democracia semidirecta. Pero tales matizaciones no deben hacer perder la unidad de conjunto—.

sujetarse toda actividad medial: la razonabilidad. Los medios deben ser proporcionales y adecuados al fin que les otorga sentido [50]. Tanto la legislación tributaria como la ley de presupuesto deben ser razonables, esto es: deben ser adecuadas para el cumplimiento de los fines constitucionales que, por definición, le son propios. En este aspecto nada distingue a los diferentes aspectos de las decisiones financieras, nada hay que permita discriminar entre tributación y presupuesto.

Se ve con claridad que la razonabilidad se encuentra implícitamente contenida al afirmarse la trascendencia de la actividad financiera y, por tanto, el carácter teleológico de la interpretación propuesta. Si es el fin constitucional el que otorga sentido, es también ese fin el que permite evaluar la pérdida de sentido de la actividad que actúa como medio.

Sinsentido significa irrazonabilidad; luego: inconstitucionalidad.

VII. La continuidad histórica del proceso de constitucionalización

Los principios constitucionales tributarios encuadran el poder estatal de imposición. Se trata de límites sustanciales, que imponen parámetros que deben respetarse al momento de dictarse la legislación del caso. Sólo por ley resulta legítima la tributación, pero a su vez esa decisión legislativa se encuentra constreñida dentro de ciertos límites sustanciales o de contenido que, en caso de ser transgredidos, abren la posibilidad de su impugnación por inconstitucionalidad [51].

Aun cuando la doctrina constitucional tributaria muestra notables variaciones en cuanto a la cantidad y contenido de tales principios, no hay mayores dudas respecto de los dos ejes básicos que, en el marco de la reserva de ley, articulan el sistema: igualdad y equidad. Estos ejes básicos permiten sintetizar pautas que de lo contrario permanecerían dispersas. De tal forma los principios

[50] Ver: Linares, Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, Astrea, Buenos Aires, 1970; Bidart Campos, Germán, "Razonabilidad, arbitrariedad y contralor judicial", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año III, enero-junio de 1961; García Belsunce, Horacio, "Las garantías constitucionales del contribuyente", en *Temas de Derecho Tributario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 125. Hoy en día, bajo el influjo de la literatura española, a su vez bajo el influjo de la literatura germana, y aun cuando no exista razón manifiesta para cambiar un vocabulario ya asentado en nuestra cultura jurídica, se tiende a vulgarizar la expresión "interdicción de arbitrariedad".

[51] En términos de Luigi Ferrajoli: la ley penal, y lo suyo cabe decir de la ley tributaria, es tanto *condicionante* —ya que sólo por ley resulta legítima la decisión financiera— como *condicionada* —ya que la propia también debe respetar un conjunto de deberes sustanciales—. De ahí la distinción conceptual, en los términos de *Derecho y Razón*, entre la mera legalidad o reserva relativa de ley (*nulla poena, nullum crimen sine lege* y su análogo *nullum tributum sine lege*) y la legalidad estricta o reserva absoluta de ley (en el caso del derecho penal: *nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*).

adquieren una multiplicidad de dimensiones o facetas. Un ejemplo típico de esta estrategia "sintética" es la propuesta de Valdez Costa respecto del principio de igualdad, cuya consideración exhaustiva implica destacar una serie sucesiva de momentos conceptuales: igualdad ante la ley, en la ley y por la ley [52]. También comulga con esta estrategia la inserción de la capacidad contributiva como un criterio para entender un aspecto del principio de igualdad. Por su parte, el principio de equidad se ofrece como pauta para armonizar la tributación con el derecho constitucional de propiedad. De ahí la habitual identificación que efectúan tanto la doctrina como la jurisprudencia entre trato tributario equitativo e imposición sin efectos confiscatorios [53].

El desafío que propone el nuevo texto constitucional consiste en conceptualizar la igualdad y la equidad como principios comprensivos tanto de la tributación como de la legislación presupuestaria. De manera más concreta se trata de dilucidar por un lado qué significa un "trato presupuestario igual" y, por otro, de qué manera se vinculan la decisión presupuestaria y el derecho constitucional de propiedad. Si la enunciación de los principios parece no ofrecer dudas, sí en cambio es arduo el explicitar sus contenidos y alcances.

Se trata, en suma, de una situación semejante a la que protagonizaban aquellos que en las difíciles —y quizás para sus contemporáneos utópicas— luchas frente a los diferentes Estados absolutistas o autocráticos trataban de juridizar y constitucionalizar el ejercicio del poder tributario.

Cabe imaginar cuán extraño debían aparecer en ese momento las pretensiones de constreñir el poder tributario del Estado a pautas que permitirían evaluar la legitimidad de cada una de las decisiones en materia de imposición. Es una poco dudosa verdad de la experiencia que todo poder es reacio a ser sujetado a límites y controles. Reconocida la legitimidad de éstos, también se ha requerido un extenso proceso interpretativo (tanto doctrinario como jurisprudencial) para precisar el contenido de esas pautas que a primera vista se vislumbran como vagas o genéricas.

Basta tomar nota, al respecto, de la especificación y precisión que fueron adquiriendo los mandatos de equidad y proporcionalidad enunciados por el artículo cuarto de la Constitución. Estas palabras, que en su momento debieron haber parecido vagas e imprecisas —y un blanco en apariencia fácil para toda la legión de escépticos respecto de la posibilidad, no sólo de constreñir jurídicamente el ejercicio del poder tributario, sino de atribuirle un significado preciso a semejantes términos indeterminados—, son hoy ricas en contenido se-

[52] Ver: VALDÉS COSTA, Ramón, *Instituciones de derecho tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1992; CASÁS, José, "El principio de igualdad en el estatuto del Contribuyente", *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario 3*, ps. 255/277.

[53] Ver el imprescindible tratado de NAVEIRA DE CASANOVA, Gustavo, *El principio de no confiscatoriedad. Estudio en España y en Argentina*, McGraw-Hill, 1996.

mántico y capaces de aportar criterios intersubjetivos aceptables para la evaluación de cada uno de los tributos que se legislen.

Se trata de un proceso extenso, fecundo en sus resultados y que hoy en día continúa desarrollándose. Sin embargo, no está exento de dificultades ni inmunizado ante los retrocesos. Límites al poder que llevaron siglos en ser formulados y practicados pueden esfumarse en unas pocas horas.

La tesis aquí defendida es que semejante proceso se continúa hoy en día en los esfuerzos por sujetar la actividad presupuestaria a pautas constitucionales. En otros términos: el proceso de constitucionalización de las decisiones tributarias se ve *ahora* como un momento de un proceso histórico de mayor envergadura y que se refiere a la juridización y constitucionalización *completa* de la actividad financiera como un sistema unitario.

Constitucionalizar el gasto público significa continuar y a la vez reforzar el lento proceso de constitucionalización de la tributación. Por supuesto: nada de inevitable hay en dicho proceso, ya que depende de las actitudes, interpretaciones y decisiones que en cada caso se tomen [54]. Su destino depende del eterno conflicto entre república y autocracia, poder limitado y poder absoluto, poder concentrado y poder distribuido [55].

En definitiva, se trata de continuar profundizando esa senda que tan claramente simbolizó Ernesto Lejeune Valcárcel mediante la añeja pero demostrativa metáfora de la luz: "la institución tributaria, al igual que las demás instituciones jurídicas que integran nuestro ordenamiento, no puede ser suficientemente comprendida ni explicada si no es a la luz de la perspectiva constitucional. El programa constitucional ilumina y condiciona de tal manera las concretas instituciones jurídicas que éstas, para responder a criterios de justicia, no deben estar sólo al servicio de sus fines y objetivos específicos, sino también al servicio de los fines y objetivos constitucionales. De ahí la necesidad de que el análisis del plan o programa constitucional haya de constituir en el futuro uno de los puntos básicos en la elaboración doctrinal de los estudios de cualquier ciencia jurídica" [56].

[54] Sobre los "procesos constitucionales", ver: ESTÉVEZ ARAUJO, José, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid, 1994, en particular su ajustada síntesis de las visiones constitucionales "procesuales" de John Hart Ely —ps. 70 y ss.— y Peter Häberle —ps. 80 y ss.—; de manera análoga pueden verse las imágenes de la construcción de una catedral, del desarrollo colectivo de una obra narrativa o de la ejecución de una partitura orquestal desarrollada por NINO, Carlos entre otros lugares en *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, ps. 134 y ss.

[55] Ver, en igual sentido, RODRÍGUEZ BEREIJO, *El presupuesto...*, cit., p. 100, al decir "que el control sobre los gastos públicos por la representación popular constituyó un triunfo democrático mucho más tardío en el tiempo y logrado mucho más difícilmente que el principio del consentimiento del impuesto o autoimposición. Y si esto ha ocurrido así en la historia política y constitucional de la mayoría de los países europeos ello no habrá sido en vano".

[56] Ver: LEJEUNE VALCÁRCEL, E., "Aproximación al principio constitucional de igualdad tribu-

VIII. CLASIFICACIÓN DE LAS CONTROVERSIAS

En lo que respecta a dilucidar el contenido del aspecto presupuestario de los principios constitucionales de igualdad y equidad y, por ende, reconceptualizar su ya clásico aspecto tributario, está todo por hacer [57].

Pero es preciso destacar un desdoblamiento de las controversias posibles y que deviene fundamental a los efectos de mantener la claridad de la argumentación. Es decir: resulta estratégico distinguir *dos* tipos de discusiones que se nos ofrecen para debatir.

Por un lado, se encuentra la controversia relativa a la exégesis global del nuevo texto constitucional y que se centra, en lo fundamental, en la afirmación del carácter unitario y sistemático de la actividad financiera. En resumen: en la identidad de sentido constitucional que le es propia a la tributación y al presupuesto.

Por otro lado, y *ya aceptada* la tesis precedente, se abre el espacio conceptual para discutir la cantidad, el contenido, la extensión y los caracteres de los principios financieros como tales.

Estas dos controversias son muy diferentes y no cabe confundirlas. En la circunstancia presente resulta esencial insistir en lo fundado del enfoque global, pues es a partir de un consenso sobre los aspectos básicos que luego se tornan factibles los debates en torno a los contenidos de los principios a los que debe sujetarse la decisión presupuestaria.

Defender una visión constitucionalista de la actividad financiera en su totalidad impone afrontar, a su vez, varios frentes de discusión, de diferente índole y no inmediatamente evidentes. Voy a señalar las controversias de mayor importancia.

En primer lugar es preciso controvertir un enfoque de la decisión presupuestaria, de raigambre administrativista pero extendido más allá, que la considera como un acto institucional. A estos actos, una variedad de los actos políticos o de gobierno, se los considera esenciales para la persistencia misma del Estado y, por tal motivo, no son susceptibles de control judicial [58]. La idea subyacente es la siguiente: si se pudiera impugnar la decisión presupuestaria se ge-

---

taria", *Seis estudios sobre derecho constitucional e internacional tributario*, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1980, ps. 113/180. En la misma línea interpretativa, ver también: BULIT GOÑI, Enrique, "El programa constitucional como directiva para el legislador y como límite para el ejercicio del poder tributario", en *Estudios*.., cit., ps. 41/75.

[57] Ver: CORTI, H., "Principios constitucionales financieros", *Impuestos*, febrero de 1996 y "Bases para un constitucionalismo financiero". *Revista Derecho Tributario*, mayo de 1996.

[58] Ver: MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 755 y ss.; CASSAGNE, Juan, *Derecho Administrativo*, T. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, ps. 84 y ss.; DIEZ, Manuel, *Manual de Derecho Administrativo*, T. I, Plus Ultra, Buenos Aires, ps. 271 y ss.; ver también el art. 4° CCA de la Nación enviado como proyecto de ley por el Poder Ejecutivo —mensaje 1492/98— al Congreso de la Nación (*Diario de Asuntos Entrados —Senado de la Nación—*, año XIV, nro. 128).

nerarían trastornos de tal magnitud que impedirían el normal desenvolvimiento de la acción pública. Rodolfo Barra, quien sostiene esta tesis, también agrega que este tipo de actos no afectan derechos individuales, de ahí que carezca de sentido el control de su constitucionalidad [59].

Este enfoque es susceptible de dos clases de crítica. Una, muy básica, dirigida a impugnar la legitimidad de este tipo de actos dentro de un Estado de Derecho [60]. Otra, más específica, tendiente a demostrar que, más allá de la problemática de fondo, la decisión presupuestaria sí afecta derechos individuales y que, por lo tanto, sí es susceptible de control judicial. Correlativamente, se trataría de mostrar que sujetar el presupuesto a principios contrastables lejos de alterar el orden normal de la acción estatal es un resguardo para la continuidad, no del poder del Estado en cuanto tal, sino del Estado constitucional de Derecho.

En este aspecto hay un notable paralelismo con las ya añejas críticas al control jurídico de la tributación, en tanto se sostenía que dicho control implicaba un estorbo o molestia para la actividad recaudatoria del Estado [61]. Pero tal

[59] Ver: BARRA, Rodolfo, "Aspectos jurídicos del presupuesto". *Régimen de la Administración Pública*, nro. 98, ps. 7/24 quien recuerda que "los actos institucionales son actos de conducción política, pero caracterizados por elementos básicos: son esenciales para la subsistencia misma de las instituciones fundamentales de la organización constitucional y carecen de efectos jurídicos inmediatos sobre terceros administrados. Estas características confieren al acto institucional una importante consecuencia jurídica: no pueden ser revisados por los Tribunales...". A partir de tales consideraciones señala respecto de la ley de presupuesto: "Desde la perspectiva analizada hasta ahora cobra plena razón la afirmación de Mayer de que, en esta materia, 'nos hallamos en presencia de una relación entre el gobierno y la representación nacional', es decir una relación institucional que hace a la subsistencia misma del Estado, pues determina, nada menos, la posibilidad de desenvolvimiento de la Administración Pública... Se trata entonces de un claro acto institucional que coincide plenamente con los elementos identificados por la doctrina... como tal no es justiciable..."; ver también las posiciones coincidentes de MORDEGLIA - DAMARCO en MORDEGLIA, R. y otros, *Manual de Finanzas Públicas*, AZ Editora, Buenos Aires, 1996, caps. III y VIII, "Gastos públicos" y "El presupuesto del Estado", quienes consideran al presupuesto un acto institucional o "instrumento de gobierno".

[60] Ver la clara y sintética argumentación de LINARES, Francisco, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1975: "la función estatal llamada de gobierno o política es uno de los cauces por el que circula todavía, en el Estado de Derecho, el absolutismo y la razón de Estado. El sistema republicano parece no poder subsistir sin ese recurso al absolutismo que reverbera en las situaciones de emergencia y en ciertos actos de necesidad que el Estado de Derecho debe dictar de tiempo en tiempo". La bibliografía crítica sobre las cuestiones políticas no justiciables, actos de gobierno, actos institucionales, etc. es enorme, ver entre muchos otros: GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, T. II, Fundación de Derecho Administrativo, 1998, cap. VII y el reciente fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, *in re* "Partido Justicialista y otro v. Gobierno de la Ciudad", 14/7/1999, donde se resume abundante doctrina y jurisprudencia relativa a una institución que, según los severos términos del propio pronunciamiento judicial, ha caído con razón en descrédito.

[61] Éste es el *mismo* argumento que hoy en día se esgrime para limitar la tutela judicial efectiva y justificar el principio *solve et repete*, unánimemente rechazado por la doctrina tributaria nacional en cuanto exigencia abusiva para habilitar la instancia contencioso-administrativa, ver entre otros: SPISSO, Rodolfo, *Tutela judicial efectiva en materia tributaria. Protección del contribuyente ante el estado de sitio fiscal*, Depalma, Buenos Aires, 1996 y CASÁS, José, "Tutela jurisdiccional efectiva en materia tributaria", presentación ante las Jornadas Tributarias del Mercosur, agosto 1998.

como una larga experiencia lo muestra, los problemas tributarios del Estado no se deben a su sujeción a pautas constitucionales (y su correlativo control judicial) sino a un conjunto de factores de diversa índole y origen: los desaciertos legislativos, la propia estructura del sistema tributario, la ineficiencia en la gestión tributario-administrativa, la incidencia multicausal de las variables macroeconómicas, pautas culturales de conducta, relaciones asimétricas de poder, etc.

En segundo lugar, la visión constitucionalista del presupuesto conduce a evaluar críticamente nuestras concepciones habituales de las Finanzas Públicas. De una manera simplificada son detectables dos grandes vertientes de análisis: el "politicismo" de Dino Jarach y el "economicismo" neoclásico. En ambos casos, aun cuando por vías disímiles, queda desplazada la posibilidad de una juridización de los gastos públicos [62].

En la obra de Jarach es visible la diferente manera en que son conceptualmente tratados los gastos públicos y los tributos [63]. Estos últimos se entienden como institutos jurídicos sujetos a pautas constitucionales. De ahí la severa y atinada crítica de Jarach a quienes enfocan a la tributación como una "relación de poder" (conforme la clásica doctrina alemana de derecho público de fines del siglo pasado) [64]. A juicio de Jarach la tributación se encuentra conceptualizada de doble manera: a) por el derecho tributario sustantivo y b) por el derecho constitucional tributario. Los gastos públicos, en cambio, son vistos como una simple manifestación del poder del gobernante y pasible de análisis diversos pero *no* jurídicos. De ahí también la fisonomía de la mayor parte de los textos de Finanzas Públicas, deudores de la pionera obra de Jarach, que a este respecto sólo se abocan en lo fundamental a tres aspectos: a) clasificación de los gastos; b) análisis de los efectos económicos de los gastos y c) enumeración de los principios técnicos del presupuesto (anualidad, claridad, integralidad, etc.) [65].

Ante esta interpretación bifronte y asimétrica de las Finanzas Públicas, la visión constitucionalista aquí defendida ofrece la siguiente propuesta: *extender* la forma habitual de pensar los tributos al análisis de los gastos públicos [66]. En

[62] Es de señalar que, al menos en nuestro país, la obra de Dino Jarach es la habitualmente seguida en los planes de estudios de las Facultades de Derecho, mientras que los textos de inspiración neoclásica, por lo general extranjeros y en particular anglosajones, son los habituales en los planes de estudio de las Facultades de Ciencias Económicas.

[63] Ver JARACH, Dino, *Finanzas...*, cit., partes II (Presupuesto estatal) y III (Gastos públicos) confrontados con las partes V (Impuestos en general) y VI (El derecho tributario).

[64] Ver JARACH, Dino, *El hecho imponible. Teoría general del derecho tributario sustantivo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

[65] Ver: GIULIANI FONROUGE, Carlos, *Derecho Financiero*, Vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1976; VILLEGAS, H., *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1984; MARTÍN, J., *Introducción a las finanzas públicas*, Depalma, Buenos Aires, 1985.

[66] De acuerdo con los propios y luminosos términos de Dino Jarach al afirmar "que los recursos tributarios nacen del poder del Estado, pero les acompañan desde el propio nacimiento las limitaciones que la Constitución crea al ejercicio de dicho poder y las garantías que ella establece para todos los ha-

este aspecto, la crítica que merece la tradición ejemplificada por Jarach es la inconsistencia metodológica ínsita en tratar de manera diferente e injustificada a los tributos y los gastos públicos.

Pero también cabe destacar que la riqueza de la obra de Jarach va más allá, al incluir como propuesta programática un esquema básico de análisis al que denomina "teoría general de las finanzas públicas", de clara raigambre weberiana y que, es extraño constatarlo, escasa atención ha recibido por parte de sus numerosos lectores y discípulos [67].

Esta propuesta de Jarach, no obstante su riqueza, también obstaculiza una visión constitucional de los gastos públicos, aunque demostrarlo implica considerar intrincadas cuestiones abstractas sobre el ejercicio del poder, el concepto de necesidad y las posibilidades de un estudio funcional del Estado [68]. Pero, en resumen, proponer un estudio general de la Hacienda Pública oscurece la posibilidad de construir una visión particular de la misma, que es propia de un Estado de Derecho. Y esto último es lo que habitualmente se hace respecto de los tributos. Quiero decir: los tributos no son estudiados por el jurista en su generalidad intemporal, sino específicamente en el marco de las instituciones constitucionales. De ahí la pregunta esencial: ¿por qué cambiar de método cuando se presentan los gastos públicos y la ley de presupuesto? [69].

El enfoque neoclásico de las Finanzas Públicas, en cambio, ignora de raíz la sustancia jurídica tanto de los tributos como de los gastos públicos [70]. Se trata de una teorización que parte de ciertas distinciones conceptuales (mercados perfectos e imperfectos, bienes públicos y privados, necesidades individuales

---

bitantes del país". Respecto de la institución presupuestaria, ver: GONZÁLEZ GARCÍA, E., *Introducción al derecho presupuestario. Concepto, evolución histórica y naturaleza jurídica*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1973, p. 76 al decir "que el concepto jurídico de presupuesto es una idea relativamente reciente y que su afirmación en el derecho público se corresponde al nacimiento del Estado liberal de Derecho".

[67] Esta propuesta de Jarach se encuentra presentada en el importantísimo y por desgracia olvidado capítulo "Finanzas Públicas. Naturaleza, estructura y relaciones con la economía" de *Finanzas...*, ps. 37 y ss. Un "teoría general", aquí, es aquella que estudia el fenómeno financiero con independencia de los caracteres del Estado que realiza dicha actividad, es decir, poniendo entre paréntesis las reglas jurídicas fundamentales que lo informan. El calificativo "weberiano" usado en el texto apunta a destacar que el estudio general que Jarach propone sólo requiere tomar en cuenta al Estado como centralización de la fuerza física, como pura o desnuda estructura de dominación, para emplear, ahora, los términos canónicos de *Economía y Sociedad*.

[68] Ver: CORTI, H., *Derecho financiero*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, en particular cap. 2, "Actividad Financiera I".

[69] Desde una perspectiva jurídica no se estudia, de manera genérica, el "poder extractivo" de las unidades estatales de poder, sino técnicas jurídicas específicas, tales como el tributo; respecto de la historia del aspecto extractivo del poder en el ámbito europeo, ver: TILLY, Ch., *Coerción, capital y los Estados europeos*, Alianza, Madrid, 1990.

[70] Ver, entre muchos otros, ROSSEN, Harvey, *Manual de hacienda pública*, Ariel, Barcelona, 1987; STIGLITZ, Joseph, *La economía del sector público*, Antoni Bosch, Barcelona, 1988; CORONA, Juan y otros, *Introducción a la hacienda pública*, Barcanova Temas Universitarios, 1988.

y colectivas, etc.) y de ciertos valores político-morales tomados como evidentes (eficiencia). Por cierto, cuando la visión neoclásica era más sensible al pensamiento keynesiano se aceptaban otros valores concurrentes, como la distribución del ingreso o el pleno empleo, que generaron el modelo de presupuesto trifuncional propuesto por Musgrave [71].

Pero en cualquiera de sus variantes, la lectura neoclásica relega a un segundo plano la lógica constitucional [72]. En todo caso esta última nunca es el punto de partida ni siquiera el *locus* donde indagar las valoraciones fundamentales de una comunidad.

La siguiente es una síntesis del heterogéneo espectro de controversias que necesariamente debe protagonizar la visión constitucional de los gastos públicos y la decisión presupuestaria:

a) con la doctrina administrativa que considera a la ley de presupuesto como un acto institucional o político o de gobierno;

b) con la propuesta de Jarach de una teoría general de las Finanzas Públicas;

c) con la "asimetría conceptual", también ejemplificada por Jarach pero seguida por la mayoría de la doctrina nacional, a la hora de considerar los gastos y los tributos [73];

d) con el enfoque neoclásico de las Finanzas Públicas o, en el léxico actual, la Economía del Sector Público [74].

[71] Sobre la hacienda funcional propuesta por MUSGRAVE, A., *Hacienda pública teórica y aplicada*, McGraw Hill, 1992, ver: CORTI, H. G., "La constitucionalización del gasto público", *Lecciones y Ensayos (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales —UBA—)*, nro. 64/65, 1995/1996.

[72] La teoría económica neoclásica se sostiene en fuertes presuposiciones morales y antropológicas; sin embargo, los puntos de vista asumidos no son compulsados con otras posibilidades de *status* semejante, ello bajo la idea, engañosa, de tratarse de un estudio científico de la economía.

[73] También puede verse en dicho sentido la clarísima posición de LUQUI, J., *La obligación tributaria*, Depalma, Buenos Aires, ps. 67 y ss., al decir: a) "Fijar los gastos y decretar la inversión de las rentas son materias que *no están sujetas al control judicial*, no así la de 'imponer contribuciones' y 'recaudar rentas'. En efecto, en estas últimas, tanto el acto del Congreso como el del Poder Ejecutivo, respectivamente, pueden originar la lesión de alguna garantía constitucional o de algún derecho del contribuyente consagrado en la ley; en ambos casos, aunque mediante el uso de distintos recursos, puede el agraviado ocurrir ante los jueces para que se respete la Constitución o la ley" y b) "Es que existe una *diferencia* en punto a la naturaleza de estas materias; fijar los gastos y decretar la inversión son *materias de naturaleza política*, aun cuando la primera es de carácter legislativo y la otra administrativa. Sobre la primera, ya lo decimos, el único control al cual el Congreso está sometido es el del sufragio... *No hay nada en estas materias que pueda causar agravio al derecho subjetivo de los individuos*, no así al pueblo, que puede resultar lesionado en sus intereses, lo que es otra cosa muy diferente".

[74] Junto a estas controversias hay que reconocer otro conjunto de impugnaciones que se dirigen a la visión constitucionalista en cuanto tal. Una corriente pone el énfasis en la noción de ideología: el blanco de ataque es la seriedad de afirmar que la pretensión de la Constitución es la de realizarse. Justamente, para quienes identifican derecho e ideología la *no* realización efectiva de la Constitución es un evidente dato de partida. La segunda impugnación pone en juego la historia efectiva de las instituciones modernas, historia ante la cual el constitucionalista queda como un mero traficante de irrealidades. El carácter delegativo de la democracia, la irrelevancia de la deliberación, la concentración del poder, su ejercicio carismático, la creciente burocratización, el imperio de los intereses privados y su

IX. Decisión presupuestaria y derechos individuales

La "errónea" doctrina de raigambre administrativa —pero también seguida en el ambiente hacendístico tributario— que cataloga a la decisión presupuestaria como un acto institucional no pasible de control por parte de los jueces indica, sin embargo, un problema que resulta ineludible considerar: ¿hay una vinculación lógico-conceptual entre la ley de presupuesto y los derechos constitucionales? En otros términos: ¿se encuentran los derechos constitucionales en condiciones de ser afectados por la ley de presupuesto?

Entiendo que ambos interrogantes tienen una respuesta afirmativa, resultando por ende sin sustento la tesis que le asigna a la decisión presupuestaria un mero *status* intraorgánico.

La justificación se afinca en la propia médula de la visión constitucionalista del poder y en el carácter medial de la actividad financiera. Ésta es enfocada como un medio para otorgarle efectividad y realidad al Estado de Derecho. Siendo los derechos constitucionalmente declarados uno de los ejes fundamentales de dicho Estado, resulta evidente que la actividad financiera es un medio para otorgarles efectividad. Justamente, tal actividad es un medio para convertir los derechos declarados en derechos efectivos. Y si tal medio es inadecuado (es decir: irrazonable) las consecuencias se verifican de manera directa en los derechos que la Constitución le atribuye a los individuos. La decisión presupuestaria se caracteriza por tener una enorme capacidad potencial para dañar, lesionar o menoscabar derechos, pues la posibilidad de su real ejercicio tiene en aquella decisión una de sus condiciones fundamentales.

El punto a destacar consiste en la imbricación conceptual que se presenta entre a) el ejercicio de un derecho individual, b) la acción público-estatal y c) la decisión presupuestaria.

Es una obviedad constatar que el goce de los derechos por parte de los individuos sólo resulta posible gracias al despliegue de una enorme y compleja actividad estatal [75]. Sin una adecuada organización del Estado no resultaría siquiera posible imaginar el ejercicio de un derecho constitucional. El derecho a desplazarse con libertad, por ejemplo, presupone un sistema adecuado de segu-

---

preeminencia fáctica sobre los derechos de las personas: éstos son los rasgos sociopolíticos del Estado, inmunes ante las disquisiciones jurídicas. Estas perspectivas, al impugnar al constitucionalismo como un todo, quedan en el trasfondo del presente trabajo. Su tratamiento impediría lograr el objetivo aquí buscado: la presentación introductoria y sintética de las tesis esenciales del derecho financiero constitucionalizado en consonancia con el proceso constituyente reformador de 1994.

[75] Esta "obviedad", sin embargo, no es tal para extendidas visiones jurídicas que pone el acento en la distinción entre dos tipos de derechos: por un lado, aquéllos —la mayoría, los clásicos— cuya protección se basa en un no hacer estatal y, por otro, los derechos sociales o "menores" que requieren prestaciones positivas del Estado. La idea subyacente a este ensayo es otra: si no todos, al menos sí la mayoría de los derechos requieren para su efectividad de acción estatal y sólo una minoría, en cambio, es la que requiere un no hacer estatal.

ridad que disuada a cualquier individuo en sus deseos de cercenar esa libertad. El derecho a resolver de manera pacífica los conflictos de acuerdo con la ley requiere organizar un sistema judicial adecuado. El derecho a la salud requiere de un sistema sanitario que permita a cualquier individuo, sea cual fuese su condición social, acceder a las técnicas y medicamentos que sean pertinentes de acuerdo con el estado del arte médico.

En síntesis, cada uno de los derechos individuales requiere de actividad y organización estatal. Y esta actividad organizada sólo puede realizarse si se cuenta con las asignaciones presupuestarias correspondientes. De lo contrario, el derecho individual devendría ilusorio o abstracto por el hecho mismo de la inactividad estatal.

Se aprecia con claridad el *nexo causal* que presentan la decisión presupuestaria, la acción estatal organizada y el ejercicio de los derechos individuales. Si las asignaciones presupuestarias son insuficientes o irrisorias deviene fácticamente imposible la acción estatal organizada y, por ende, se abre la posibilidad cierta de dañar o lesionar derechos al obstaculizarse su normal ejercicio.

En rigor, es éste el aspecto *esencial* de la visión constitucionalista de las Finanzas Públicas: la vinculación inescindible entre la actividad presupuestaria y el ejercicio efectivo de los derechos que la Constitución le asigna a los individuos [76]. Siendo la protección de los derechos individuales la quintaesencia del componente liberal de la doctrina constitucionalista, resulta entonces evidente que la médula del enfoque aquí propuesto es de profunda raigambre liberal.

X. Breve consideración sobre la capacidad contributiva

Pero hay que destacar que la referida vinculación conceptual con el efectivo ejercicio de los derechos individuales no se da tan sólo al analizarse en tér-

[76] Queda pues de manifiesto que la visión constitucionalista de la actividad financiera, que se caracteriza en su faz liberal por destacar enfáticamente que su finalidad es la de asegurar el real ejercicio de los derechos individuales, es casi por completo ignorada por las Finanzas Públicas habituales. Semejante ignorancia ya se revela en el inicio mismo de los argumentos al definirse a la actividad financiera como una actividad estatal *cuyo fin es el de satisfacer necesidades públicas*. No se requiere mucho estudio para percibir la diferencia conceptual que media entre "derechos individuales" y "necesidades públicas". Pero más allá de todas las disquisiciones teóricas y valorativas (político-morales) que separan a ambas perspectivas, hay, claro está, una consecuencia práctica difícil de soslayar: la insatisfacción de una necesidad no permite de ninguna manera que los órganos pertinentes digan el derecho, es decir: actúen jurisdiccionalmente. Todo lo contrario sucede —o debiera suceder— cuando es lesionado un derecho individual. Lo que causa escozor al respecto es la poca capacidad autorreflexiva —y en definitiva autocrítica— de las Finanzas Públicas y del Derecho Financiero en cuanto a sus propias categorías, como si un concepto, una definición, un enfoque o una clasificación transmitida y ya consolidada deviniera un elemento intocable, un bien de museo, una fraseología que hubiera que repetir de manera sacramental, a la manera del formulismo del derecho romano arcaico. Tales incrustaciones lisa y llanamente *irracionales* conspiran contra el valor racional que al menos pretenden los estudios jurídicos.

minos constitucionales la actividad presupuestaria del Estado. La misma situación se verifica al nivel de la tributación. *Toda* la actividad financiera es un instrumento —un medio— para el autodesarrollo del Estado de Derecho. Por tal motivo ninguno de sus aspectos debe atentar contra ese desarrollo.

La efectividad de los derechos individuales es una clave que resulta inevitable considerar cada vez que se presenta un problema de hermenéutica constitucional. Y es notorio que el estudio del gasto público y de la ley de presupuesto conduce a ello.

Pero lo mismo sucede si el énfasis recae sobre el aspecto tributario de la actividad financiera pública. Y aquí también lo esencial es la vinculación inescindible entre actividad tributaria y ejercicio efectivo de los derechos constitucionales.

Mientras que sin actividad presupuestaria no resulta fácticamente posible asegurar el ejercicio igual de los derechos, la tributación no debe afectar el ejercicio y goce igual de esos mismos derechos.

Es aquí donde resulta posible hallar la llave maestra del escurridizo concepto de capacidad contributiva, muchas veces acusado de ser una intrusión económica en el discurso jurídico; otras de no ser más que una categoría política no encuadrable en términos jurídicos; otras más, incluso, de ser un término oscuro, inmanejable e inútil para la evaluación crítica de la tributación [77].

La capacidad contributiva se refiere a la aptitud para contribuir. Y el principio homónimo establece que sólo deben contribuir los sujetos que efectivamente tienen esa aptitud [78]. La pregunta esencial que hay que responder es evidentísima: ¿cómo se especifica semejante aptitud y cuándo se la posee?

[77] Ver: GIULIANI FONROUGE, Carlos, *Derecho Financiero*, Depalma, Buenos Aires, 1976; GARCÍA BELSUNCE, Horacio, "Las garantías constitucionales de los contribuyentes", en *Temas de Derecho Tributario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, ps. 75/132; MACÓN, Jorge, "Equidad y eficiencia en política tributaria", en *Homenaje al 50° Aniversario de "El hecho imponible" de Dino Jarach*, Interoceánicas, Buenos Aires, 1994, ps. 65/94. En este último trabajo, destacable no sólo por su ácida virulencia sino por su notable indiferencia ante la lógica conceptual constitucional, se sostiene que "...nuestro principio de la capacidad contributiva queda muy venido a menos y no puede contestar a preguntas tan concretas, como, por ejemplo, cómo debe diseñarse una tasa progresiva".

[78] Ver: MOSCHETTI, Francesco, *El principio de capacidad contributiva*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980; en lo que respecta a la doctrina española, ver los clásicos ensayos de PALAO TABOADA, C., "Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1976, p. 377 y "Los principios de capacidad económica e igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español", *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, 88-629, así como el reciente volumen de HERRERA MOLINA, P., *Capacidad económica y sistema fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 1998; en cuanto a la doctrina nacional, ver: TARSITANO, Alberto, "El principio constitucional de capacidad contributiva", en GARCÍA BELSUNCE (comp.), *Estudios de derecho constitucional tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 301/341; SRISSO, Rodolfo, "El principio de capacidad contributiva", DT, IX-289/300 y "El principio de capacidad contributiva. Derechos y garantías del contribuyente desde la perspectiva constitucional", ED, 27/5/1999, ps. 11/18; ROSEMBUJ, Tulio, "El principio de capacidad contributiva en la Constitución italiana", *La Información*, 1970, ps. 636/649; DI PIETROMICA, Viviana, "Los principios cons-

La respuesta, aportada entre otros por Francesco Moschetti y seguida aquí por abundante doctrina, es la siguiente: hay capacidad contributiva cuando los recursos a los que tiene acceso un sujeto son superiores a los que se requieren para satisfacer sus necesidades básicas [79].

Semejante respuesta parece cristalina y a ella se acude, por ejemplo, para justificar la legitimidad constitucional de los mínimos exentos o no imponibles, devenidos típicos en el impuesto a la renta [80]. Sin embargo cabe interrogarse sobre la pertinencia jurídica del concepto "necesidad básica". No sólo me refiero a la oscuridad que le es propia al concepto de necesidad, que puede despejarse mediante un análisis adecuado, sino a las dificultades de insertarlo en una argumentación jurídica y, sobre todo, constitucional.

La claridad en esta cuestión aparece cuando se hace entrar en escena a los derechos individuales. Las necesidades han sido tomadas por el constituyente originario como fundamento para asignar derechos, mutando de tal forma su *status* político [81]. Los individuos no sólo tienen necesidades sanitarias, tienen un derecho constitucional a la salud, inherente al derecho a la vida; no sólo tienen necesidad de educación, sino un derecho a la educación. Y es notorio que las relevantes son las necesidades que han sido juridizadas y convertidas en derechos. Es así, para decirlo de manera abrupta, que los órganos públicos sólo tienen la obligación jurídico-constitucional de respetar y asegurar el ejercicio

---

titucionales de capacidad contributiva y de razonabilidad y las presunciones *iuris et de iure*". DT, t. XVI, ps. 287/300, entre otros. También cabe tomar en cuenta el detallado estudio de TORREALBA NAVAS, Adrián, "El principio de capacidad económica: crisis y rehabilitación" (mimeo).

[79] Señala Moschetti: "La posesión de una renta no superior a lo que es estrictamente necesario para la existencia, o el consumo de un bien de primera necesidad, en lugar de demostrar capacidad contributiva manifiestan un estado de necesidad. La aptitud para contribuir a los gastos públicos comienza sólo después de que hayan sido satisfechas las necesidades personales y familiares" (MOSCHETTI, *El principio...*, cit., p. 267) y comenta Tarsitano en su ensayo antes citado que "la capacidad contributiva viene dada por aquella parte de la potencia económica, de la riqueza de un sujeto, que supera el mínimo vital. En efecto, si ella significa aptitud, posibilidad concreta y real, no puede existir capacidad de concurrir a los gastos públicos cuando falte o se tenga sólo lo necesario para las exigencias individuales".

[80] Una argumentación semejante se ha realizado al vincularse las necesidades básicas y un nivel salarial mínimo; ver por ejemplo el voto del juez Carranza en la causa "Del Valle, Jorge v. Secretaría de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/acción de inconstitucionalidad" (17/12/1996) del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia austral al decir que "tanto el consumo de bienes imprescindibles para la persona y su grupo familiar, como la posibilidad de acceder a la vivienda para la mejor protección de la familia, hacen a la dignidad misma de la persona, a la posibilidad de su autonomía, al despliegue de su mínimo ámbito de libertad irrenunciable e incercenable; el derecho al salario, en cuanto a tales fines, es un derecho humano inviolable y por ende —en ningún caso— admite limitación o diferimiento... lo que se afirma es que existe en el salario del empleado público un núcleo irreductible que garantiza sus necesidades básicas y las de su familia". Y luego se agrega: "Aún entre autores que admiten la reducción salarial dentro del régimen del empleo público se ha establecido este límite infranqueable para el Estado. Tal es la posición de Marienhoff quien —sin mayor desarrollo— señala que 'el sueldo nunca podrá ser reducido o disminuido en proporción tal que resulte insuficiente para que el funcionario o empleado afronten las exigencias del costo de la vida' (*Tratado...*, T. III-B, p. 276)".

[81] Ver: NINO, Carlos, *Autonomía y necesidades básicas*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Doxa, Universidad de Alicante, 1990.

de los derechos, siéndoles en principio indiferente la situación de las necesidades individuales [82].

Desde esta óptica la capacidad contributiva aparece transfigurada. Hay aptitud para contribuir cuando los recursos a los que tiene acceso un sujeto son superiores a los que se requieren para satisfacer de manera concreta y efectiva los derechos básicos que el orden constitucional le reconoce.

En una frase: la tributación deviene ilegítima si despoja al individuo de las condiciones básicas que se requieren para ejercer sus derechos. Las necesidades básicas quedan en el trasfondo del argumento, remitidas a una conceptualización de tipo constitucional —relación entre necesidades y derechos, tipos de unas y otros, etc.—, siendo sobreabundante referirse a ellas al momento de explicitar el contenido de la capacidad contributiva.

Esta perspectiva conduce a considerar la capacidad contributiva como el nombre que adopta la incidencia directa de la finalidad constitucional de la actividad financiera pública en su aspecto tributario. De tal manera con la capacidad contributiva nos encontramos ante una noción eminentemente jurídica, más aún: jurídico-constitucional [83].

Desde otro punto vista cabe destacar que al incidir la tributación en los recursos requeridos para ejercer los derechos individuales se están afectando de manera directa los bienes que protege justamente el derecho de propiedad [84]. Se sabe que este último tiene un valor instrumental respecto de los restantes dere-

[82] En este sentido sería mucho más clarificador que en el léxico estadístico oficial en vez de hacerse referencia a las "necesidades básicas insatisfechas" se haga explícito que se trata allí de "derechos individuales lesionados". A ello habría que agregar la exigencia de una mensuración exhaustiva de todos los derechos individuales que se encuentran en tal situación de menoscabo.

[83] Es de señalar, al paso, que aun cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no abunde en demasiadas consideraciones respecto del concepto de capacidad contributiva, sí es tajante en lo que respecta a su aplicabilidad en materia tributaria. Esto significa que más allá de las dificultades relativas a i) esbozar la categoría con la debida claridad y ii) enunciar una fundamentación jurídica y constitucional plausible, el más alto Tribunal es rotundo en cuanto a su pertinencia e importancia. Puede verse como ejemplo simbólico "Ana Masotti de Busso y otros v. Prov. de Buenos Aires" (*Fallos*, 207:270): "Que la contribución territorial se mide por el valor de la propiedad inmobiliaria en razón de la cual se establece, pero el objeto del gravamen no es el inmueble considerado en sí mismo sino la capacidad tributaria que comporta el ser alguien —persona de existencia visible o persona jurídica— propietario de él, esto es titular de la riqueza que dicho inmueble constituye".

[84] Así, por caso, Nino se refiere "a la relación intrínseca que hay entre el desarrollo de la autonomía de la persona y la necesidad de controlar individualmente algunos recursos económicos, principalmente los bienes de uso personal. Sin ese control individual de recursos es imposible la elección y materialización de planes de vida constitutivos de la autonomía de la persona" (NINO, Carlos, *Autonomía...*, cit., ps. 354 y ss.); Bidart Campos señala el principio de que "todo hombre debe tener propiedad o lo que es lo mismo, que la potencia de una cierta propiedad necesaria para vivir dignamente es debida en el reparto por exigencia del deber ideal de justicia" (*Manual de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1984, ps. 285 y ss.); ver también las importantes advertencias y distinciones (entre propiedad y personalidad humana; entre derechos de la personalidad y del patrimonio; entre derechos *a* la propiedad y derecho *de* propiedad) en SÁNCHEZ VIAMONTE, *La libertad y sus problemas*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961, ps. 215 y ss.

chos fundamentales que protegen la dignidad y autonomía —pues los bienes, en principio, y a diferencia de las personas, no tienen un valor en sí [85]—.

El derecho de propiedad tiene como razón de ser primaria asegurarle a cada uno la cantidad de recursos suficientes con la finalidad de permitir el desarrollo autónomo de las personas. Para recordar una enunciación clásica: la propiedad es una condición para la exteriorización de la personalidad [86]. De tal forma el tributo que captura parte de esos recursos adquiere efectos confiscatorios. Tal es por lo demás uno de los criterios que fuera esbozado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al vincular expresamente el derecho de propiedad y la capacidad contributiva [87].

Por último también es pertinente señalar que resulta habitual en cierta doctrina, en particular española, considerar a la capacidad contributiva como un rasgo inherente al hecho imponible antecedente de la obligación tributaria, de ahí que se la incluya en las propias definiciones de los tributos —que por tal razón cabe entender como sumamente exigentes, ya que muchos institutos a los cuales intuitivamente se los califica de tributos, dejan de ser tales por no reunir los requisitos exigidos por la definición [88]—.

Como ejemplo por todos: "El tributo es un ingreso de derecho público, obtenido por un ente público, titular de un derecho de crédito frente al contribuyente obligado, como consecuencia de la aplicación de la ley *a un hecho indicativo de capacidad económica*, que no constituye la sanción de un ilícito" [89].

[85] La salvedad "en principio" se debe a dos razones de muy diferente índole: a) la reciente controversia ecológica que pone en entredicho el valor puramente instrumental de la naturaleza y b) tener en cuenta la realidad del arte, una de cuyas características —al menos desde el paradigma que revela el *ready-made* inaugurado por Marcel Duchamp— es la de desvincular a los objetos de cualquier utilidad o uso para hacerlos brillar por sí y para sí mismos, más allá de toda humanidad. Son como se ve, dos temáticas incidentales pero que no cabe de ninguna manera desconsiderar.

[86] Ver: HEGEL, G., *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Siglo XX, Buenos Aires, 1987 (trad. de la versión de 1821): "La persona para existir como idea debe darse para su libertad una esfera exterior" (parágrafo 14).

[87] Ver: "Navarro Viola de Herrera Vega, Marta v. Estado Nacional (DGI)" al decir que "para que la tacha de confiscatoriedad pueda prosperar es necesaria la demostración de que el gravamen cuestionado excede la capacidad económica o financiera del contribuyente (*Fallos*, 271:7, consid. 10 y su cita LL, 134-608)", fallo que fuera comentado por SPISSO, R., "La capacidad contributiva y la irretroactividad de la ley (requisitos de validez de los tributos)", LL, 1991-A-419 siguiendo el ya citado juicio de Moschetti: "...el tributo no podrá absorber una parte sustancial de las rentas, no obstante lo cual si incide sobre los ingresos mínimos que aseguren al individuo su subsistencia cabrá descalificarlo por inexistencia de capacidad económica".

[88] En otros términos: el juicio habitual "tal tributo es ilegítimo por no respetar el principio de capacidad contributiva" ya *no* es posible a partir de la aceptación de la definición propuesta, pues si el hecho tomado como generador de la prestación patrimonial considerada no es indicativo de capacidad económica no se está ante un hecho imponible.

[89] Ver: QUERALT, J. M. - LOZANO SERRANO, C. - CASADO OLLERO, G. - TEJERIZO LÓPEZ, J., *Curso de Derecho Financiero y tributario*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 90.

De aceptarse este planteamiento, circunstancia que parece *prima facie* razonable, resulta que el llamado "derecho tributario sustantivo" —cuya categoría jurídica central es justamente la de tributo— no puede siquiera formularse sin considerar el entramado de conceptos jurídicos constitucionales relativos a la actividad financiera del Estado. Todo lo cual deriva en una tesis —que se añade a las ya propuestas— tanto sencilla como inédita: el derecho tributario sustantivo, al igual que el derecho presupuestario, se diluye en un *corpus* jurídico unitario —o sistemático u orgánico— llamado Derecho Constitucional Financiero [90].

XI. La garantía de los derechos ante su lesión

Ahora bien, para aseverar de manera rigurosa que un derecho subjetivo se encuentra atribuido a un individuo se requiere de un elemento suplementario; la posibilidad de acudir a un órgano jurisdiccional en caso de daño o lesión a los efectos de hacer cesar semejante circunstancia. De no arbitrarse tal posibilidad el individuo no sólo se encuentra en estado de indefensión sino que lisa y llanamente carecería de sentido jurídico afirmar que tiene atribuido seriamente un derecho.

Tal como señalara Sánchez Viamonte: "la cuestión a resolver se singulariza en nuestro tiempo por ser de carácter eminentemente práctica. Declaraciones abstractas contienen las Constituciones de todos los pueblos, aun aquellas que se dictan con la intención de no cumplirlas o de burlarse cínicamente de sus preceptos. Lo que hace falta es dar solución técnica a esa defensa en forma de protección institucional bajo la doble garantía del derecho positivo en cada una de las naciones y de un respaldo internacional en forma de administración de justicia superior y definitiva, acatada por todos" [91].

De acuerdo con el clásico aforismo: *ubi remedium ibi ius* [92]. Es decir: hay en rigor un derecho siempre y cuando haya un remedio que permita hacer valer ese derecho ante su lesión. En términos kelsenianos, sólo en tal caso cabe hablar de un derecho subjetivo en sentido técnico y no de una exigencia moral sin

[90] Y lo suyo sucede, a mi juicio y en favor de la coherencia, con el hasta ahora llamado "derecho tributario administrativo" o "formal", cuyo estudio no es factible siquiera de realizar sin considerar el conjunto de derechos individuales constitucionalizados; ver como ejemplo concreto de análisis, aun cuando todavía mantenga las designaciones habituales, SPISSO, R., "De la actividad de gestión y determinación de la obligación tributaria", DT, XV-355/376.

[91] Ver: SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, "La declaración universal de derechos del hombre y el pensamiento tradicional argentino", *Revista Sur*, 1950, cit. por LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Buenos Aires, 1953, p. 280.

[92] Comenta MORELLO, Augusto, en *Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, Platense, La Plata, 1998: "La efectividad de las técnicas (acciones y remedios) y de los resultados es la meta que en estas horas finiseculares signa la eficiencia en concreto de la actividad jurisdiccional, propósito notorio que cobra novedosa presencia como exigencia perentoria del Estado de Derecho, en el clásico brocárdico *ubi remedium ibi ius*".

respaldo jurídico-normativo o, si se quiere, de un "pseudoderecho" o de un derecho subjetivo ficticiamente atribuido [93].

Otra manera de hacer referencia a esta situación, propia de la doctrina constitucional, consiste en apelar al término garantía. En este sentido, un derecho se encuentra garantizado si y sólo si se le otorga al individuo la facultad de acudir a un órgano jurisdiccional independiente para hacerlo valer [94].

Si se engarzan estas ideas básicas con la precedente visión constitucional de la ley de presupuesto surge con nitidez lo siguiente: los individuos sólo están protegidos frente a las lesiones jurídicas causadas por la decisión presupuestaria si y sólo si están en condiciones de acudir a un órgano jurisdiccional independiente para exigir el respeto de sus derechos.

Cuando la ley de presupuesto se desvirtúa en su carácter medial, cuando en vez de ser un medio para la realización del Estado de Derecho deviene un medio para su socavamiento es preciso poner en manos de los individuos la posibilidad de cuestionar esa ley y así defender sus derechos constitucionales. De lo contrario, como ya se ha señalado con insistencia, los derechos individuales devienen ilusorios o abstractos. Se destruye la sustancia liberal de nuestra Constitución.

Aquí vemos otra imbricación esencial, en este caso entre: a) la decisión presupuestaria, b) los derechos individuales y c) las garantías jurisdiccionales.

Al respecto, corresponde recordar una de las más importantes facetas de la reforma de 1994 al constitucionalizarse la acción de amparo, garantía última de los derechos individuales [95]. En caso de no preverse una vía procesal para controvertir la legislación presupuestaria que dañe un derecho se encuentra abierta la posibilidad de acudir a la Justicia mediante la acción de amparo, garantía última para resguardar el goce efectivo de los derechos [96].

[93] Ver: KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1979, parágrafo 29, "El derecho subjetivo: tener derecho y estar facultado", ps. 138/157; VERNENGO, Roberto, *Curso de teoría general del derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1985, cap. 6, "Derecho subjetivo y relación jurídica", ps. 225/247, quien señala atinadamente que la distribución de la "acción" es una manera típica de distribución social del "poder".

[94] Ver: BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, 2ª ed. aumentada, Depalma, Buenos Aires, 1954, al decir que "las garantías, sean expresas o implícitas, protegen esos derechos, tanto en la esfera política como judicial; pero es evidente que la verdadera protección debe realizarse en esta última, pues quien la invoca tiene derecho a que su pretensión jurídica sea conocida y decidida por el órgano jurisdiccional"; para un reciente enfoque de índole general ver: PEÑA FREIRE, A., *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997.

[95] Ver el actual art. 43 de la CN. La literatura posterior a la reforma comentando este artículo es más que abundante; ver entre muchos otros: SAGÜÉS, N., *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, Astrea, Buenos Aires, 1997; QUIROGA LAVIÉ, H., "El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus en la reforma de la Constitución Nacional", en ROSATTI y otros, *La reforma de la Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994; ARRABAL, O., "El amparo en la reforma constitucional", en SARMIENTO GARCÍA y otros, *La reforma constitucional interpretada*, Depalma, Buenos Aires, 1995; MORELLO, A., *El amparo después de la reforma*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1996.

[96] Ver: CORTI, H. G., "La acción de amparo financiera", *Impuestos*, septiembre de 1996 y "La jurisdicción constitucional en materia financiera", *Impuestos*, marzo de 1997.

Las consecuencias prácticas de este enfoque son enormes y perceptibles con claridad. Hay una gran variedad de circunstancias en las cuales se lesionan los derechos individuales a causa de la inacción estatal. Y semejante inacción está causalmente determinada por la insuficiente provisión presupuestaria de recursos. Es más: se ha tornado habitual que el Estado alegue para justificar el incumplimiento de sus obligaciones la ausencia de recursos para llevar a cabo el accionar que requieren los derechos constitucionales para ser ejercidos. Es decir: el Estado cree dar una justificación adecuada de sus incumplimientos manifestando que carece de recursos suficientes.

De lo que antecede resulta claro que dicha razón es ilegítima y contraria a la Constitución. Es la ley de presupuesto la que debe adecuarse a las pautas y fines constitucionales. Invertir los términos, esto es: adecuar los fines constitucionales a las decisiones presupuestarias, implica un trastocamiento *absa-luto* de un orden jurídico que se sustenta en la supremacía de las reglas y principios constitucionales. De tal forma, ante estos daños los individuos se encuentran legitimados para acudir al poder judicial para controvertir la causa que daña sus derechos.

Ésta es la consecuencia directa de la visión constitucionalista de las Finanzas Públicas y de sus tesis fundamentales: la sujeción de la decisión presupuestaria a pautas constitucionales, el carácter medial del conjunto de la actividad financiera respecto de las instituciones del Estado de Derecho, la inescindible vinculación entre la ley de presupuesto y el ejercicio efectivo de los derechos individuales protegidos por la Constitución.

Todo lo cual confluye en la admisión de la posibilidad de efectuar un control de constitucionalidad de la ley de presupuesto. No tratándose de un hipotético acto institucional y afectando derechos individuales, no hay duda entonces de que dicha ley no posee ninguna cualidad singular que permita sustraerla del conocimiento de los jueces —por cierto que en los términos y condiciones que le son habituales [97]—.

XII. El trastocamiento de la lógica constitucional

Sin embargo, podría sostenerse que sí resulta legítimo que el Estado alegue la ausencia de recursos para excusar el no cumplimiento de sus obligaciones —correlativas, como vimos, a la atribución constitucional de derechos individuales—. En otros términos: se afirmaría que sí resulta legítimo no respetar

[97] Ver, entre otros: BIDART CAMPOS, G., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1988; BIANCHI, A., *Control de constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales*, Ábaco, Buenos Aires, 1992 y un ensayo que hoy en día merecería largos comentarios: OYHANARTE, Julio, "El caso 'Bonfante': la autolimitación de los jueces", ED, 57-805.

de manera irrestricta los derechos constitucionales al depender su efectividad de decisiones públicas presupuestarias que pueden resultar insuficientes.

Esta hipótesis no es ni inverosímil ni irreal, pues las afirmaciones doctrinarias precedentes se encuentran cristalizadas en la ley 23.463.

Su artículo primero, en su tercer inciso, postula que "El Estado Nacional garantiza el otorgamiento y el pago de las prestaciones de dichos sistemas, *hasta el monto de los créditos presupuestarios expresamente comprometidos* para su financiamiento por la respectiva ley de presupuesto".

El art. 16, por su parte, dispone que "La Administración Nacional de la Seguridad Social podrá articular en su defensa *la limitación de recursos* en el régimen de reparto para atender al mayor gasto que se derivaría del acogimiento de las pretensiones del actor y su eventual extensión a los casos análogos".

El art. 22 se sostiene en la misma concepción, al estipular que "Las sentencias condenatorias contra la Administración Nacional de la Seguridad Social serán cumplidas dentro de los noventa días de notificadas, hasta el agotamiento de los recursos presupuestarios destinados a ello para el año fiscal en el que venciera dicho plazo. *Agotados dichos recursos se suspenderá el cumplimiento* de aquellas sentencias pendientes de pago, reanudándose el cómputo de los plazos para su cumplimiento a partir del comienzo del año fiscal para el que se aprueben nuevos recursos presupuestarios destinados a atender sentencias judiciales y hasta su nuevo agotamiento".

Estas disposiciones legislativas expresan descarnadamente un nuevo principio jurídico: los derechos reconocidos se encuentran protegidos si y sólo si hay recursos suficientes para ello. Es decir: las obligaciones públicas no son irrestrictas, sino que dependen de la cantidad de recursos disponibles.

Enunciado de manera general, el principio viene a postular que el sistema constitucional de los derechos individuales posee una validez *condicionada*, al ser dependiente de los recursos públicos asignados mediante la legislación presupuestaria. Aceptar este principio implica limitar los efectos de las decisiones judiciales, pues aun cuando se ratifique jurisdiccionalmente la legitimidad de un derecho, su ejercicio se encuentra subordinado a las previsiones que haya efectuado la ley de presupuesto.

En este sentido también hay que admitir una mutación en las jerarquías de nuestro orden jurídico, ya que la efectividad de los derechos declarados por la Constitución depende de qué decida la ley de presupuesto. De ahí que esta ley tenga primacía sobre la Constitución. Y si la legislación presupuestaria es la Ley Suprema de la Nación, el control de constitucionalidad llevado a cabo por los jueces en cuanto resguardo último de los derechos individuales debe sujetarse a la ley de rango superior.

Caduca, en definitiva, la supremacía de la Constitución.

De tal forma, las clásicas discusiones sobre el *status* de la ley de presupuesto (ley formal para unos, ley perfecta para otros) se encuentra superada por una vía insospechada al adquirir el carácter de una ley supraconstitucional.

La recepción de un principio de semejante envergadura impone reconocer una profunda y casi silenciosa revolución jurídica. El poder constituyente no sólo se manifiesta de manera originaria con el dictado de la Constitución y de manera derivada al reformarla, sino que anualmente él se hace presente mediante el dictado de la ley de presupuesto. El hecho mismo de designar a tal decisión como una "ley" no es más que la rémora de un hábito superado, pues las leyes se subordinan a la Constitución. En el caso, en cambio, se trata de una decisión *sui generis*, supraconstitucional, mediante la cual el poder constituyente sale a la luz para fijar hasta dónde se extiende el respeto de los derechos básicos.

Tal modificación de las ideas tradicionales sobre la jerarquía de las normas jurídicas, la supremacía de la Constitución, el control judicial de constitucionalidad, el carácter de los derechos básicos y la manifestación del poder constituyente, no puede menos que ser considerada como una revolución jurídica que impone una transformación radical de nuestro derecho constitucional. Luego de semejante ruptura constitucional carece de sentido alguno calificar a la Carta Magna como Ley Fundamental.

En consecuencia, la citada ley 23.463 sólo explicita el novísimo principio general al nivel de los derechos de la seguridad social, ya que corresponde entender que él actúa de manera implícita sobre el conjunto de la sistemática constitucional.

Así, por ejemplo, resultaría errado afirmar que de acuerdo con el texto constitucional las cárceles deben ser sanas y limpias. La afirmación correcta tendría que ser la siguiente: las cárceles deben ser sanas y limpias *sólo* en la medida en que lo permitan las asignaciones presupuestarias dispuestas. Tampoco las personas tienen un derecho irrestricto a la vida y por ende a la salud. La extensión de su derecho a la vida y a la salud dependerá de los recursos asignados por el presupuesto del Estado.

Tal reescritura, en virtud de la armonía que le es ínsita a la recta interpretación constitucional, hay que llevarla a cabo para todos y cada uno de los derechos declarados.

XIII. La respuesta jurisprudencial

La argumentación precedente puede sorprender. Es más: debiera hacerlo. Sin embargo, la ley 24.463 no es ilusoria, tiene una existencia jurídica real. Y la doctrina expuesta es la coherente concepción jurídica que le subyace. Que usualmente no sea explicitada de tal manera no reside en su inconsistencia, sino en su manifiesta divergencia respecto de las más elementales valoraciones liberales que se encuentran arraigadas en la comunidad jurídica y en la propia

Constitución [98]. Resulta en consecuencia necesario no minimizarla, sino mostrarla en su real magnitud, en sus radicales derivaciones, en sus profundas pretensiones.

Sería errado limitar la cuestión a un problema puntual, propio del derecho previsional y ligado a un aislado e inevitable traspié legislativo. La presencia de semejante doctrina se deja leer en innumerables sitios, aunque en pocas ocasiones con la límpida transparencia de la que hace gala la legislación citada, cuyo texto hasta se permite un dejo de ironía al mencionar el principio de solidaridad. Pero tal como enseña la filosofía del lenguaje, de gran incidencia en las contemporáneas teorías del derecho, no cabe confundir la mención con el uso: que la ley se refiera pomposamente a la solidaridad no significa que se inspire en ella.

La comunidad jurídica no sólo se ha sorprendido. También ha reaccionado en defensa de las instituciones medulares del Estado constitucional de Derecho. Tanto mediante la doctrina como la jurisprudencia se han ofrecido respuestas, cuya valía se acrecienta al tenerse en cuenta la orfandad que resulta de carecer de una doctrina jurídica asentada en materia constitucional financiera y presupuestaria.

Dada la gravedad de la situación no es ocioso efectuar una breve reseña de conjunto. Ello permitirá recobrar, más allá de la especialización a la que conduce la creciente complejidad de los órdenes jurídicos modernos, la profunda unidad que caracteriza al Derecho. Al margen de las peculiaridades de cada rama jurídica, no hay ningún abismo que separe al derecho presupuestario del previsional, penal, laboral, administrativo o procesal. Por el contrario, a todas las recorre un hilo rojo que enhebra cada uno de sus aspectos y cuyo fundamento no es otro que el entramado valorativo y conceptual que se encuentra expresado en el texto constitucional (*de uno universo iure*).

De tal manera y a través de un sumario recorrido jurisprudencial podremos recorrer la visión constitucionalista de la decisión presupuestaria desde variados ángulos teóricos.

a) Un reciente y unánime fallo del Tribunal Oral en lo Penal Económico nro. 3 (autos 114, sentencia de fecha 9/9/1997) deja asentado con meridiana claridad el lugar que ocupa en nuestro orden constitucional la actividad financiera pública.

En el considerando XIV del voto de la jueza Oliva Hernández puede leerse lo siguiente: "La Hacienda Pública debe entenderse en un sentido dinámico, es decir como proceso ingreso-gasto público indispensable para cumplir con la finalidad constitucional propia del Estado. Tanto los ingresos como los gastos

[98] Se trata, al fin de cuentas, de las típicas posiciones jurídico-políticas que, si se piensan y no se dicen, dan lugar a la hipocresía y que, en cambio, cuando se piensan y también se exhiben, son un signo de ostentoso cinismo.

son medios jurídicos financieros tendientes a realizar las prestaciones básicas del Estado (C. Nac. Pen. Econ., sala B, "Becher de Guillert, Nélida s/ley 23.771", causa nro. 9593). Las cláusulas consagradas en la Constitución Nacional (arts. 75, incs. 8°, 19, 22 y 23) requieren de dichos medios en un todo de conformidad con la exigencia de bienestar y justicia social del desarrollo humano. Por consiguiente sin medios oportunos y suficientes dichas cláusulas devendrían carentes de contenido y en abierta contradicción con la imperatividad y operatividad de la Carta Magna, circunstancia que el Poder Judicial no puede ni debe consentir".

La actividad financiera pública se entiende de manera dinámica en cuanto proceso de ingresos y gastos. Ella se materializa en decisiones recaudatorias (ingresos) y presupuestarias (gastos). Tal proceso y tales decisiones tienen una inequívoca finalidad y ella es de orden constitucional. En tal sentido cabe tratarlas como un medio. En los términos de asentada y admitida doctrina: la actividad financiera pública es una actividad medial.

La imperatividad evidente que es propia de la Constitución requiere que los medios financieros sean oportunos y suficientes. De lo contrario es cristalina la consecuencia lógica: las cláusulas constitucionales devendrían carentes de contenido. Es decir: nominales, puramente formales: palabras sin efectividad.

La Hacienda Pública no está sujeta a unos hipotéticos criterios singulares, sino que se encuentra encastrada y subordinada a la lógica constitucional. Son las leyes recaudatorias (donde las tributarias ocupan un lugar preeminente) y la ley presupuestaria las que deben sujetarse a la Constitución. Y no ésta a aquéllas.

En consecuencia: el Poder Judicial no puede ni debe consentir una mutación en la jerarquía del orden jurídico, haciendo pasar alguna ley en particular por una inédita categoría de ley supraconstitucional. La ley de presupuesto es ley de leyes, no hay duda. Pero no a causa de una supuesta supremacía última en cuanto a su excepcional rango normativo, sino a sus ramificadas consecuencias y a su indudable importancia instrumental como medio de realización de las finalidades constitucionales.

Los órganos constituidos no están en condiciones de asumir *de facto* prerrogativas constituyentes. Sólo la Constitución expresa el poder constituyente y es cometido esencial del Poder Judicial, en virtud del carácter difuso de nuestro control de constitucionalidad, sostener la supremacía de la Carta Magna.

b) La jueza federal Rodríguez Vidal *in re* "Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social —Estado Nacional s/amparo ley 16.986—" (causa 33.629/1996, sentencia de fecha 5/12/1996) se ha referido concretamente sobre esta cuestión.

En tal pronunciamiento se hizo lugar a la solicitud de una medida cautelar a los efectos de que el Ministerio demandado adquiera y entregue a cada efector sanitario del país los medicamentos y reactivos para el tratamiento de las per-

sonas que padecen las consecuencias del virus VIH/SIDA en las cantidades necesarias para atender los requerimientos que se efectúen.

Al concluir su argumentación se dejó sentado lo siguiente: "Que, por último, debo señalar que no pude dejar de valorar al momento de acceder a la medida, que para el caso de que efectivamente el Ministerio se encontrara cumpliendo normalmente con la conducta que se le requiere, la decisión que adopto sería inocua pues ningún gravamen podría causarse a la demandada, mientras que si por el contrario, y como resultas de los avatares presupuestarios, la provisión de medicamentos no es regular y permanente, cobra toda su virtualidad la necesidad de que esa situación se revierta en beneficio de la comunidad".

Para proteger el derecho a la salud de las personas, ínsito en el derecho a la vida constitucionalmente reconocido a todas las personas de manera igual y sin discriminación alguna, el Estado debe asegurar el efectivo suministro de reactivos y medicamentos. Tal suministro debe realizarse en las cantidades necesarias para atender los requerimientos y no en virtud de los avatares presupuestarios.

Es decir: es la legislación presupuestaria la que debe subordinarse a los derechos constitucionales y no estos derechos a aquella legislación. Ante una divergencia no cabe reducir arbitrariamente los derechos para ajustarlos a los recursos destinados mediante el presupuesto anual, sino que son dichos recursos los que deben ser suficientes para asegurar el ejercicio de los derechos constitucionales. En otros términos: el Poder Judicial controla la constitucionalidad del presupuesto y no la adecuación de la Constitución a dicha ley.

c) Resulta notorio que los poderes constituidos, para asegurar el ejercicio y goce de los derechos básicos, debe estar organizado para ello, en particular en cuanto a sus estructuras ejecutivo-administrativas. El caso precedente nos ofrece un ejemplo paradigmático. Asegurar a toda persona y sin discriminación alguna el derecho a la salud no sólo requiere del suministro de reactivos y medicamentos, sino organizar un sistema de salud adecuado.

Esta idea clara y de suyo evidente ha sido sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Giroldi, Horacio D. y otros s/recurso de casación", sentencia de fecha 7/4/1995 (publicada en ED, 5/8/1995), con voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi y Boggiano.

En dicha oportunidad el más Alto Tribunal destacó la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, señalando que la misma debe entenderse considerando su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación.

Sobre el tema que nos ocupa afirmó lo siguiente: "Que, en consecuencia, a esta Corte como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal le corresponde —en la medida de su jurisdicción— aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos,

ya que lo contrario podría implicar la responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del art. 1° de la Convención, en cuanto los Estados parte deben no solamente 'respetar los derechos y libertades reconocidos en ella' sino además 'garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción'. Según dicha Corte 'garantizar' implica el deber del Estado de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce... Garantizar entraña, asimismo, 'el deber de los Estados parte 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 (opinión consultiva 10/90, parágrafo 23)".

La Constitución declara un conjunto de derechos básicos que deben ser asegurados. Es decir: que deben ser efectivamente ejercidos. Para ello los poderes constituidos deben organizarse. Y tal organización debe ser capaz de asegurar el pleno goce de los derechos. Es evidente que la capacidad de semejante organización depende de una suficiente provisión presupuestaria de medios financieros (así como, por supuesto, de su posterior y eficiente administración) [99].

Hay una correlación lógica entre los derechos constitucionales, la organización pública y la legislación presupuestaria. Pero mientras las estructuras administrativas y la legislación presupuestaria son medios, la protección de los derechos constitucionales es un fin en sí mismo. El pacífico principio de razonabilidad de las leyes cobra aquí todo su vigor: son los medios los que deben ser adecuados a los fines. No los fines a los medios.

d) La Cámara 3ª en lo Criminal de General Roca mediante sentencia unánime de sus miembros, los jueces Rolando, de la Rosa y Bosch, de fecha 25/8/1995 (publicada en el *Suplemento de Jurisprudencia Penal*, LL, 13/3/1996) hace lugar a una acción de amparo deducida por el Defensor del Pueblo de la Nación.

El fondo de la cuestión radica en el incumplimiento por parte del Gobierno Provincial del imperativo constitucional que ordena que las cárceles deben ser sanas y limpias. Por el contrario, la Alcaidía local se encuentra en "condiciones deplorables". Más aún, también es precario el estado de salud de algunos internos, que carecen de la atención médica requerida.

El caso deviene relevante a nuestros intereses no sólo por tratarse de un incumplimiento de inequívocos mandatos constitucionales, sino por haberse ale-

[99] Ver: HITTERS, J., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, T. II, "Sistema Interamericano. El Pacto de San José de Costa Rica", Ediar, Buenos Aires, 1993, ps. 83 y ss., al señalar que "la Convención Americana —lo mismo que la europea— impone a los Estados obligaciones concretas y de resultado. Concretas —como lo dijo el Tribunal de Estrasburgo— pues los derechos resguardados no son teóricos ni ilusorios, sino efectivos".

gado como defensa la imposibilidad material-financiera de cumplir con las disposiciones de la Constitución. A su vez, el informe del médico forense destaca que en cuanto a los requerimientos de medicamentos "tanto la Alcaidía como el Hospital local carecen de los mismos, situación que se agrava por la falta de dinero en forma personal para su compra".

Me limito a destacar dos momentos medulares de la argumentación judicial.

Uno: "Si bien no escapa a nuestro conocimiento la crítica situación económica por la que atraviesa el país y la provincia, no lo es menos que la entidad de las normas constitucionales afectadas, imponen seriamente reestablecer el servicio conculcado con carácter de urgente".

Dos: "La acción de amparo no puede quedar librada a una mera decisión en el papel, sino a la posibilidad de su realización práctica, como dijo von Ihering 'la función del derecho en general es la de realizarse; lo que no es realizable no es derecho'. Decimos esto porque en nuestra función de jueces hemos visto otras decisiones de igual carácter que han quedado en letra muerta, por lo que postulamos que el incumplimiento por parte de las autoridades a quienes este amparo se dirige debe ir acompañado de medidas coercitivas...".

El Poder Judicial no desconoce las diferentes coyunturas económicas del país ni, por lo tanto, las dificultades que sean propias de las cuentas públicas. Pero destaca: tales circunstancias no habilitan a conculcar los derechos constitucionales. Los poderes constituidos están sujetos a obligaciones que no pueden incumplirse so pretexto de una insuficiencia de recursos. Los derechos deben realizarse de manera práctica y no quedar en letra muerta.

e) Quiroga Lavié, al comentar el fallo precedente, apunta al crucial problema que tratamos en este artículo: "La crisis económica del país ha llegado al punto que el referido Sistema Penitenciario Federal invoca insuficiencia de plazas para alojar nuevos detenidos, hasta tanto se concluyan los establecimientos que están en construcción, pero también invoca el argumento ya referido de la deuda provincial con dicho Servicio Penitenciario. ¿Puede el estado federal invocar insolvencia de recursos materiales, así como mora en un convenio institucional de las referidas características, cuando el afianzamiento de la Justicia es uno de los fines prioritarios de la Nación Argentina, a estar por las claras expresiones vertidas por el constituyente histórico en el preámbulo de nuestra Ley Fundamental? ¿Puede el sistema económico paralizar el funcionamiento del sistema jurídico, técnica específica dispuesta para el afianzamiento de la Justicia? ¿Es la Justicia el valor señero y conglomerante del plexo de valores que funcionalizan el ordenamiento jurídico?".

La contestación de Quiroga Lavié es nítida y concorde con la defensa de la supremacía de la Constitución: "Estas preguntas deben tener una respuesta positiva en el sistema de justicia argentino. Sobre todo de cara al estado de prestaciones básicas que ha configurado la Constitución Nacional. Porque no es po-

sible que frente al incumplimiento por parte del Estado de dichas prestaciones básicas, los tribunales de justicia no puedan hacer respetar la fuerza normativa de la Constitución" ("El Defensor del Pueblo hace defender los derechos humanos en la Alcaidía de la ciudad de General Roca").

Una vez más: es la Constitución la que debe regir el proceso presupuestario. No es admisible que la ley de presupuesto restrinja los mandatos constitucionales.

f) En la causa "Urdiales, Susana M. v. Cossarini, Franco y otros", sentencia de fecha 8/8/1996 el más Alto Tribunal tiene por desistido al actor por no haber efectuado el depósito previsto por el art. 286 del Código Procesal (LL, 19/12/1996). En su disidencia, el Dr. Vázquez funda su voto contrario en el carácter irrestricto del propósito constitucional de afianzar la Justicia.

En cuanto al tema que nos ocupa, cabe destacar el conciso comentario, efectuado por Germán Bidart Campos, concorde con las valoraciones constitucionales aquí defendidas: "No nos cuesta afirmar que, como ideal de justicia, pregonamos la gratuidad del acceso a la justicia, tanto al inicio del proceso como durante su transcurso y en su desembocadura. El Estado puede buscar otras fuentes de ingresos para proveer a la efectiva prestación de su función judicial. Es bueno acudir a la doctrina constitucional y financiera que viene predicando algo trascendente: la Hacienda Pública, o actividad financiera pública (que se desdobla en la búsqueda de recursos y en su afectación a gastos) no es única ni preponderantemente económica, sino constitucional, porque tiene como finalidad lograr la efectividad de las instituciones constitucionales y del sistema de derechos" ("La tasa de justicia y el derecho a la tutela judicial").

g) Los conjueces de la Sala V de la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, Otero, Llerena y Tasara, *in re* "Velasco, Luis E. y otros v. Estado Nacional" de fecha 18/6/1996 (*Suplemento de Derecho Administrativo*, LL, 25/10/1996), al expedirse sobre el *status* jurídico del suplemento creado por la acordada CSJN 56/97, se expresaron sobre la cuestión aquí concernida.

En particular, hay una consideración que merece destacarse por su especial claridad: "Que en tales circunstancias el área económica del Poder Ejecutivo Nacional implementó un refuerzo presupuestario pero resolviendo otorgarle efectos sólo para el futuro, configurándose una arbitrariedad manifiesta pues se limitan derechos ya reconocidos en un decisorio judicial, privilegiando la aplicación de un criterio fiscalista dogmático con el convencimiento de que aun los legítimos derechos adquiridos deben supeditarse a los parámetros que la autoridad económica del momento deban regir el concepto de equilibrio presupuestario" (considerando IV del voto del conjuez Otero).

El criterio de los conjueces de la Cámara Federal no deja lugar a dudas: se está frente al arbitrario intento de limitar o restringir los legítimos derechos en virtud de criterios fiscalistas dogmáticos. Es revelador uno de los términos usa-

dos para exponer la tesis a controvertir: supeditar. Es decir: se pretenden supeditar los derechos, su goce y ejercicio, a parámetros extrajurídicos y, por ende, ajenos al acervo conceptual de la Constitución.

h) Es momento de retomar a la ley 24.463. La sala II de la Cámara Nacional Federal de la Seguridad Social *in re* "Ciampagna, Rodolfo N." de fecha 11/4/1997, ha efectuado medulosas consideraciones que merecen ser tenidas en cuenta (*Suplemento de Derecho Constitucional*, LL, 17/7/1997). Tales consideraciones se refieren, en lo fundamental, a la manifiesta ilegitimidad de la excepción "ausencia de recursos" que la ley habilita deducir a la Administración Nacional de la Seguridad Social.

Del voto del juez Herrero cabe destacar los siguientes argumentos:

Uno: "La 'defensa de limitación de recursos' —por el contrario— no ataca ningún requisito de admisibilidad o de fundabilidad de la pretensión del actor; tampoco cuestiona la regularidad del procedimiento; más que una 'defensa' entonces, en los hechos funciona como una 'autosentencia absolutoria anticipada' que no guarda ningún grado de conexión con la 'pretensión' que originó el proceso".

Dos: "El mandamiento preambular de 'afianzar la justicia' y la garantía en juicio de la 'defensa de la persona y de los derechos' que consagra el art. 18 de la Constitución, quedan hechos añicos por virtud de esta defensa que entroniza la más escandalosa injusticia en el proceso y reduce al acreedor a la más absoluta indigencia jurídica".

Por su parte, del también extenso e instructivo voto del juez Fernández deviene decisivas las siguientes consideraciones:

Uno: "El atacado art. 17 de la ley 24.463, como antes dijera, conforma con el art. 16, un bloque normativo que instrumenta un criterio economicista, diría meramente presupuestario elevado a la categoría de dogma, que no se compatibiliza ni con la Constitución Nacional ni con los tratados internacionales que con carácter supralegal son complementarios de aquélla".

Dos: "Veo con preocupación la evidente economización del sistema jurídico sobre el que se asientan las bases de nuestro sistema democrático de vida. Todo el andamiaje que sustenta las funciones que debe cumplir el Estado, como órgano ejecutivo de las máximas imperativas de nuestra Carta Magna, tan brillantemente sintetizadas en el Preámbulo, queda reducido a un fiscalista régimen de control y ejecución de ingresos y egresos del gasto público. La contabilidad pública será la que decidirá que los jubilados tengan derecho a cobrar, cuánto y dónde. La contabilidad pública será la que decidirá cómo será el procedimiento judicial que llevará a sus órganos ejecutores a defenderla".

La pregunta que se planteara al inicio es aquí contestada. La Hacienda Pública, el régimen financiero de recursos y gastos, debe sujetarse a la Constitución. Es por ende ilegítimo cualquier intento de invertir el orden jerárquico de

las disposiciones, subordinando los derechos constitucionales a las decisiones presupuestarias.

La reseña precedente muestra que ley 24.463 expresa sin ambages una doctrina más general y que de una manera subrepticia intenta conmover los ejes articuladores básicos del Estado constitucional de Derecho. Hace explícita una casi silenciosa pero sostenida tendencia que juega aquí y allá y que cabe resumir en la pretensión de fulminar la supremacía de la Constitución en beneficio de la legislación presupuestaria, que devendría así una Ley Suprema. Dicho suplemento de soberanía le permitiría a dicha super-ley condicionar de manera legítima los imperativos constitucionales; en particular: condicionar el ejercicio y pleno goce de los derechos básicos.

Los casos particulares mostrados muestran el hilo común: el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho al cumplimiento de las penas en condiciones dignas, la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces se intentan condicionar a la legislación presupuestaria. Semejante constancia reafirma lo dicho al comienzo de este parágrafo: es preciso mostrar con nitidez la doctrina subyacente a esos casos, formularla con todas sus implicancias. Pues al minimizarla se deja abierto el camino para su catastrófica propagación.

Por el contrario, se hace urgente desarrollar una visión constitucional de la Hacienda Pública y, por ende, de la legislación presupuestaria. Es aquí donde cobra todo su valor pragmático la interpretación del inciso octavo del art. 75 de la Constitución reformada en cuanto dispone que es de atribución del Congreso fijar el presupuesto anual "conforme a las *pautas* establecidas en el tercer párrafo del inc. 2° de este artículo".

A nuestro juicio el mandato constitucional es claro: la decisión presupuestaria se encuentra sujeta a pautas. Es decir: a principios que permiten juzgar la constitucionalidad de la legislación generada y que, por ende, hacen posible su correlativo control judicial. Es tarea de la ciencia jurídica (constitucional y financiera) reconstruir conceptualmente esos principios, en concordancia con el conjunto de las valoraciones expresadas en la Constitución.

El Derecho Constitucional Presupuestario, como uno de los capítulos centrales de una Hacienda Pública Constitucional, debe ser objeto de una atención cuidadosa y enfática. Se trata, como antaño se decía del derecho administrativo, de una rama jurídica (y de una disciplina concomitante) en formación. Pero su interés rebasa en mucho el ámbito cerrado de una estrecha especialización. Lo visto precedentemente es una prueba de ello.

Una errónea conceptualización de la actividad financiera pública y del Derecho Financiero pone en cuestión el sentido último del Estado Constitucional de Derecho: el valor de la Persona y la protección irrestricta de sus derechos.

XIV. La Constitución española y la reforma argentina de 1994

Para cerrar este apretado ensayo en pos de forjar una visión constitucionalista del derecho financiero y en particular presupuestario, hay que destacar al menos uno de los antecedentes que, sin duda, ha sido inspirador de la reforma constitucional de 1994: la Constitución española de 1978.

Al respecto es de medular importancia recordar el art. 31 de dicha Constitución. Su inciso primero se refiere a la materia tributaria en su *vinculación* con los gastos públicos, al estipular: "Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá carácter confiscatorio".

Por su parte, el inciso segundo postula: "El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía".

Es decir: el gasto público no puede realizarse de manera discrecional sino que debe ser equitativo, debe adecuarse a lo que la Constitución ordena.

La doctrina constitucional-tributaria española se ha demorado largamente en este artículo, desplegando una tarea hermenéutica de indudable valor que sería imposible resumir aquí. Sin embargo, resulta pertinente destacar algunas ideas fundamentales para complementar lo dicho precedentemente.

Queralt y Lozano Serrano han señalado la alta significación del art. 31 de cara a la tradición jurídico-constitucional en materia financiera: "Tradicionalmente la regulación constitucional del gasto público ha quedado confinada en la proclamación del principio de legalidad presupuestaria. En el mejor de los casos, el constituyente ha regulado también la posibilidad de que las leyes presupuestarias anuales contuvieran disposiciones atinentes a modificación, creación o supresión de tributos. Se regulaban, en suma, aspectos relativos a la legalidad formal del gasto público, sin establecer criterios orientadores de la justicia en el gasto público. Esta *orfandad, siempre criticada por la doctrina, que ponía de relieve la diferencia de tratamiento entre la ordenación constitucional de los ingresos y gastos públicos*, obedecía, en último extremo, a la arraigada convicción sobre la imposibilidad técnica de establecer unos principios que vincularan al legislador en el momento de aprobar las leyes presupuestarias anuales. De forma mucho más acentuada que en el ámbito tributario, la decisión sobre los fines a que se van a destinar los ingresos aparecía como una decisión sustancialmente política, difícilmente reconducible a unos parámetros de generalizada aceptación. No existía en el ámbito del gasto público un parámetro de justicia que pudiera desempeñar un papel análogo al que en materia de ingresos tributarios, desempeñaba el principio de capacidad contributiva" [100].

[100] Ver: Queralt, Juan - Lozano Serrano, Carmelo. *Curso de derecho financiero y tributario*,

En igual sentido, Eugenio Simón Acosta ha puesto de manifiesto el "olvido" al que sucumbió el derecho constitucional de los gastos públicos, al decir que "efectivamente, la doctrina tradicional se ha centrado casi exclusivamente en los principios de justicia que deben inspirar a la tributación, pero ha olvidado los principios de justicia del gasto público. No queremos con ello expresar que la necesidad de justicia en el gasto no se haya sido sentido, sino simplemente que no se ha puesto el debido énfasis en la misma, limitándose los autores salvo excepciones a una mención escueta del mismo... Existe por tanto un *principio de justicia material* que informa *todo el derecho financiero en su conjunto* y que se manifiesta en cada uno de los sectores de esta rama del derecho, a través de especificaciones y concreciones de ese principio general. Ésta es posiblemente una de *las ideas más fecundas* que en los últimos años se han consolidado como fundamento de la autonomía científica del derecho financiero y de la que indudablemente cabe esperar todavía los mayores logros y consecuencias" [101].

Carrera Raya, a su vez, pone el énfasis en el carácter inescindible de la tributación y el gasto público, circunstancia que se manifiesta en un conjunto de principios genuinamente financieros: "Tanto el sector de los ingresos como el de los gastos públicos están ordenados, regulados, normativizados. Al ser contemplados por las normas jurídicas deben reflejar el ideal de justicia al que, de forma natural, debe tender el Derecho. De forma que *los ingresos y los gastos deben ser justos*, tienen que estar legitimados en aquel valor supremo de justicia. Pero ¿cómo y a través de qué camino se legitiman? Si la justicia es un valor abstracto, lógicamente deben articularse una serie de principios que ordenen esta parcela de actividad de los entes públicos como de la actividad financiera. *Principios que denominamos de justicia financiera, es decir, de justicia en los ingresos y en los gastos, los dos sectores en los que, inescindiblemente, debe incidir aquélla*" [102].

Los desafíos involucrados son claramente señalados por Sainz de Bujanda en tanto "que el art. 31, por su situación dentro de nuestro derecho constitu-

---

Tecnos, Madrid, 1991. Continúan diciendo que "como consecuencia del esfuerzo doctrinal en reivindicar la aplicación de criterios de justicia del gasto público, se han abierto paso ciertas concepciones que ponen de relieve la urgencia de definir los cauces de su operatividad. En la doctrina española este esfuerzo ha sido sensible. Autores como Sainz de Bujanda, Albiñana, Cortés Domínguez, Palao Taboada, Martín Delgado y, muy especialmente, Rodríguez Bereijo han venido insistiendo en la idea de la necesaria penetración del Derecho en el ordenamiento del gasto público. Más exactamente en la necesidad de que el Derecho no se limitara a establecer criterios formales relativos a la producción normativa, sino que suministrara también criterios axiológicos, de valoración material". Tales conceptos son reiterados en QUERALT, Juan - LOZANO SERRANO, Carmelo - CASADO OLLERO, Gabriel - TEJERIZO LÓPEZ, José, *Curso de derecho financiero y tributario*, 9ª ed. revisada y puesta al día, Tecnos, Madrid, 1998, ps. 158/161.

[101] Ver: SIMÓN ACOSTA, Eugenio, *El derecho financiero y la ciencia jurídica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 1985.

[102] Ver: CARRERA RAYA, Francisco, *Manual de derecho financiero*, Tecnos, Madrid, 1993.

cional, reconoce un derecho al ciudadano que, como tal, deberá, para ser efectivo, contar con la debida protección legal y jurisdiccional, apreciación que es continuada por los ya mencionados Queralt y Lozano Serrano cuando afirman que 'incorporada la propuesta doctrinal al texto constitucional, la tarea que se presenta con mayor urgencia es la de definir los criterios y técnicas a través de las cuales pueda conseguirse la operatividad de los principios de eficiencia y economía en la programación y ejecución del gasto público, al tiempo que se consigue una equitativa asignación de los recursos públicos' " [103].

En fin, más recientemente Orón Moratal abre su breve pero meduloso estudio con la siguiente consideración: "Resulta ya un tópico, al iniciar los estudios del gasto público, referirse al marcado desequilibrio a favor de las investigaciones sobre los ingresos públicos y concretamente de los tributarios, frente a la escasa atención que ha venido recibiendo el gasto público... No es momento de insistir en el porqué de esta situación, sino más bien de profundizar en el estudio del gasto público que, obviamente y en última instancia, no se puede desconectar del ingreso público, vertientes ambas del fenómeno financiero e indisolubles a efectos de la consecución de la justicia financiera en particular y de la justicia e igualdad en general como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico" [104].

Estas breves citas, por su manifiesta elocuencia, son suficientes para demostrar la semejante intención que anima a la doctrinà constitucional-financiera española y la argumentación aquí esbozada. Pero también para poner de manifiesto la comunidad valorativa que presentan la Constitución española de 1978 y la argentina luego de la reforma de 1994, lo cual permite abrevar en las abundantes exégesis españolas para forjar una adecuada hermenéutica de nuestro texto constitucional sin que ello implique una importación doctrinaria abusiva o irrazonable. Y es que, en definitiva, el constitucionalismo es un enfoque jurídico-político que, sin descuidar las peculiaridades nacionales, tiene una clara vocación universalista. A ello se suma, además, la universalidad de los problemas que enfrentan los pueblos así como la inevitable tendencia de los poderes a expandirse, sustrayéndose a los imperativos y condicionamientos jurídico-constitucionales.

XV. Conclusión

La conclusión, claro está, es una apertura. La exposición precedente muestra la médula de una visión abarcativa y consistente de las Finanzas Públicas en un Estado de Derecho. La esperanza testimoniada por Simón Acosta en

[103] Ver: Sainz de Bujanda, *Lecciones de derecho financiero*, Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1991.

[104] Ver: Orón Moratal, Germán, *La configuración constitucional del gasto público*, Tecnos, Madrid, 1995, quien reseña las posiciones en este punto coincidentes de, entre otros, Pérez de Ayala, Bayona de Perogordo, Soler Roch, Escribano López y Zornoza Pérez.

los logros y consecuencias de semejante perspectiva requiere de una ardua tarea de desarrollo. Y ésta sólo puede ser un trabajo colectivo llevado a cabo por una comunidad científica basada en la tolerancia mutua, la honestidad intelectual y el rigor argumentativo.

Es sin dudas claro hacia dónde conduce el camino que cabe recorrer: la formulación precisa del conjunto de los principios constitucionales que materializan la Justicia financiera. Esto es: llegar a presentar el sistema de los principios constitucionales financieros. Y en tanto dicha tarea se presenta a sí misma como la continuación histórica y conceptual de una tradición, es en ésta donde cabe afincar el punto de partida. La Hacienda Pública Constitucional es una extensión del ya unánimemente reconocido Derecho Constitucional Tributario. Por lo tanto, el objetivo inmediato consiste en extender los principios tributarios al aspecto erogatorio de la actividad financiera del Estado.

En ese sentido, la sistemática constitucional tributaria se organiza en torno a tres conceptos fundamentales: capacidad contributiva, igualdad y propiedad. Pero estos tres ítems convergen en un valor fundamental que actúa como clave de bóveda de nuestro orden jurídico: la dignidad de la persona humana. Todas las personas son igual de dignas y, por tanto, merecedoras de idéntico respeto. La dignidad de las personas se vincula estrechamente con el postulado liberal de un conjunto de derechos que deben ser protegidos ante todo abuso de poder, ya venga del Estado o de los restantes individuos. Es decir: las personas sólo son respetadas si tienen asegurados un conjunto básico de derechos, los cuales bajo ninguna circunstancia deben ser conculcados.

Semejante personalismo, promocionado en la vida cultural europea por la expansión de la cosmovisión cristiana, resuena en el laico y racionalista *dictum* kantiano: debes tratar a los demás como fines y no como medios. Cuando al otro se lo trata como medio se lo asimila a una cosa, a un objeto que se usa, se dispone y se aprovecha. El personalismo constitucional implica un desnivel valorativo entre las personas y las cosas (o recursos), siendo ilegítimo tratar a las personas como cosas. Pero también dotar a las cosas de un mayor valor que a las propias personas.

Capacidad contributiva, igualdad y propiedad encuentran su raíz fundamentadora en el valor que se le otorga a la persona humana. Y es allí donde también deben abrevar tanto la enunciación de los principios constitucionales presupuestarios como la consiguiente construcción de un genuino Sistema: la Hacienda Pública Constitucional.

¿Cómo inciden estos conceptos al nivel presupuestario? ¿Cuál es el significado que le cabe atribuir a los principios financieros en ellos sostenidos? ¿Cómo debe evaluarse concretamente la decisión presupuestaria desde el punto de vista constitucional? ¿Cuál es la vinculación última entre la actividad financiera y el respeto de la dignidad de las personas?

Éstas son las preguntas que merecen ser respondidas y cuya base es la que sucintamente ha intentado bosquejar el presente trabajo de investigación.

ACERCA DEL POSITIVISMO Y LA CIENCIA

GUILLERMO PINO *

Cuando abordamos el análisis del término "positivismo" advertimos inmediatamente que estamos ante un concepto vago. Tanto es así que los más destacados teóricos positivistas que se dedicaron al análisis del tema no coinciden totalmente acerca de sus características definitorias, aunque de su lectura podemos inferir algunas.

Así podemos comprobar la adopción de un modelo de ciencia que se rige por la aplicación del *"postulado de la verificación"* en virtud del cual sólo son enunciados verdaderos aquellos que representan un estado de cosas que es susceptible de comprobación empírica y aquellos cuyo significado es susceptible de comprobación lógica.

La comprobación empírica se explicita mediante enunciados descriptivos que informan acerca de los estados de cosas percibidos a través de la experiencia sensorial. Al significado cognoscitivo de estos enunciados se lo denomina "proposición" y es posible predicar a su respecto valores veritativos. De tal manera las proposiciones serán verdaderas o falsas en la medida en que el objeto o fenómeno que pretenden describir quede comprendido o no en sus ámbitos de referencia semántica.

Las cosas o fenómenos del mundo que integran el estado de cosas no son susceptibles de ser verdaderos o falsos sino que lo son las proposiciones que los describen. Consecuentemente, el concepto de "verdad" sólo puede aludir a proposiciones descriptivas que se refieran a los estados de cosas y a esta conclusión se la denomina "verdad por correspondencia o por contrastación".

En cuanto a la aludida comprobación lógica, la verdad de un enunciado se puede obtener también mediante un proceso de inferencia válido a partir de otros enunciados cuyo valor veritativo ya es conocido a través de la experiencia.

El positivismo se caracteriza también por sostener la "distinción tajante entre los enunciados descriptivos de la realidad, por un lado, y los enunciados prescriptivos por otro". Estos últimos no son susceptibles de predicarles valores veritativos en razón de que no describen estados de cosas sino que preten-

* Profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

den dirigir las conductas de sus sujetos destinatarios y no afirman nada que pueda ser verificado.

La aplicación del postulado de la verificación es la aplicación del método científico que consiste en la delimitación y descripción del objeto de estudio de cada disciplina. De tal manera el científico analiza su objeto de estudio, el estado de cosas que coloca ante sí para analizarlo, e informa a su respecto mediante enunciados descriptivos.

En la actividad del científico no interviene su voluntad en cuanto a cómo debe ser su objeto de estudio sino que se limita a comprobar empíricamente cuál es y a describirlo.

Es posible que el objeto bajo análisis le suscite al hombre de ciencia emociones o valoraciones, pero claro está que tales juicios no modifican el estado de cosas y que sólo puede realizarlos luego de delimitar su objeto de análisis.

De lo expuesto se demuestra que la delimitación del objeto de estudio es anterior a los juicios valorativos que puedan predicarse a su respecto. La delimitación consiste entonces en la primera etapa de la actividad del científico, es decir, en la individualización, comprobación y descripción del objeto de estudio a través de la experiencia para luego, eventualmente, valorarlo. Así, por ejemplo, el jurista delimita y describe su objeto de estudio: un orden jurídico.

Como se dijo, la descripción consiste en la aprehensión del objeto de estudio a través de la verificación empírica y se expresa en proposiciones cognoscitivas.

Por otra parte, la valoración es una actividad que consiste en analizar cómo un hecho o fenómeno del mundo se encuentra calificado por ciertas reglas prescriptivas, que pueden ser morales. Así, por ejemplo, un hecho podrá ser calificado como "justo" si reúne los requisitos establecidos en una norma que prescribe qué debe considerarse justo. El hecho no es justo en sí mismo sino que este predicado es un valor que se atribuye a él en la medida en que quede comprendido en el ámbito de aplicación de la norma que prescribe qué es justo.

A tales efectos resulta indiferente que las normas morales que adopta el sujeto sean pensadas por el mismo individuo que efectúa la valoración, sean creadas por otros sujetos y/o por Dios. Lo importante es advertir que la valoración consiste en analizar, en definitiva, si un hecho es o no subsumible al ámbito de aplicación de tales normas.

La valoración es entonces una actividad diferente de la descripción y no interviene en ésta. Por tanto, es posible verificar empíricamente que existe una "regla de uso común del lenguaje" que denomina a un fenómeno del mundo delimitado por la experiencia como "flux" y a ningún positivista se le ocurriría afirmar que un objeto no es tal o no merece llamarse así porque no satisface algún criterio valorativo individual y adicional a su delimitación.

En definitiva, la introducción de elementos valorativos oscurece la descripción del objeto de estudio y perjudica el significado cognoscitivo del térmi-

no que lo define. Además la valoración así introducida —expresa o subrepticiamente— implica la confusión entre los enunciados descriptivos con los prescriptivos, siendo estos últimos las pautas morales o estéticas que adopta el sujeto que valora. De tal manera, pretende prescribirse, determinarse y/o estipularse cómo debe ser la realidad que analiza el científico, pero todo ello presentado como si fuera una mera descripción verdadera de ésta, lo que implica —desde una perspectiva positivista— confundir los deseos, la voluntad, la valoración o la ideología con los estados de cosas.

Por otra parte, del análisis arriba efectuado, se deriva entonces que un hecho "h" cualquiera puede encontrarse calificado como obligatorio por el sistema normativo jurídico y como no permitido por el sistema normativo moral adoptado por el sujeto que valora a "h". De tal manera se produciría una aparente contradicción entre normas, y si continuamos valorando a "h" a la luz de otros sistemas normativos —como por ejemplo un sistema normativo religioso, una moral ideal o consuetudinaria, las normas de etiqueta—, se podría verificar que existen otras presuntas incompatibilidades.

Empero, las contradicciones son sólo aparentes, ya que son sólo lógicamente posibles si las normas que califican en forma incompatible al mismo hecho pertenecen al mismo sistema normativo.

Podría alegarse que analizar cómo se encuentra calificado "h" a la luz de un sistema normativo jurídico resulta insuficiente porque no da cuenta de la calificación que otorgan a "h" otros sistemas normativos como la moral y/o la religión. Esto es enteramente cierto, como también que no da cuenta de cómo es calificado el hecho a la luz de las normas de etiqueta o de cualquier otro sistema normativo. A los fines científicos del jurista, en cuanto describe su objeto de estudio, resulta irrelevante la calificación o carácter que le atribuyen otros sistemas normativos ajenos al derecho en razón de que no existe relación conceptual necesaria entre los distintos sistemas normativos y resulta contingente el carácter que le asigna cada uno de éstos al hecho que se examina.

Como se dijo, el científico del derecho delimita de la realidad la parte que va a analizar y ésta pasa a ser su objeto de estudio. Así delimita y describe al fenómeno que usualmente se denomina "derecho" consistente en un orden social normativo coactivo. De tal manera el jurista se ocupa de describir el derecho, las normas positivas —creadas por los hombres—, mas no de cómo deberían ser éstas. Dicho objeto de estudio está conformado por normas prescriptivas, mientras que los enunciados de la ciencia que se refieren a ellas son descriptivos.

Así, por ejemplo, un jurista podrá afirmar que "según el Código Penal argentino el delito de adulterio es castigado con dos años de prisión", y esta descripción será verdadera en la medida en que se corresponda con la realidad que describe y que, en el caso, es el texto normativo.

También es posible que esta última norma descripta suscite en el jurista un sentimiento de injusticia afirmando que las personas deberían ser castigados más

severamente a efectos de disuadir la realización de tal conducta o, por el contrario, que la misma debería ser despenalizada; pero tal valoración no interviene en la delimitación y descripción de la norma y menos aún en su existencia.

Por ello, ningún jurista positivista se atrevería a afirmar que el derecho no es tal porque no satisface criterios axiológicos o no se adecua a normas extrajurídicas. Ello sería equivalente a afirmar que un espécimen que normalmente se denomina "perro" no es tal porque no satisface algún criterio estético o valorativo determinado por el sujeto que lo analiza. Según la postura positivista, ningún científico puede sustraerse del postulado de la verificación empírica y su desconocimiento implica, además de una confusión entre los deseos y la realidad, una contradicción. En efecto, sería inconsistente afirmar que aquel fenómeno que al delimitarse —aplicando la regla de uso común del término y el postulado de la verificación— se lo individualiza como "derecho", luego se concluya que no lo es porque no satisface una característica valorativa adicional agregada por el sujeto que lo analiza.

Respecto del objeto de estudio de la ciencia jurídica es posible verificar, a través de la experiencia, que tanto en la República Argentina, Francia, Alemania o Gran Bretaña se lo denomina con el término "Derecho", o sus equivalentes "Droit", "Recht" o "Law", y consiste, como decíamos, en un sistema normativo y coactivo que regula el comportamiento social. Estos órdenes están conformados por prescripciones en sentido amplio y entre ellas mencionamos las normas de conducta y las normas que otorgan potestades (sin pretender que esta clasificación sea exhaustiva). Las primeras relacionan diversos actos con soluciones normativas, pudiendo ser éstas los caracteres que disponen que aquéllos son o no permitidos u obligatorios. Las segundas son las que definen qué órganos o sujetos están facultados a crear o modificar normas, a aplicar normas dirimiendo los conflictos al establecer cuándo se ha transgredido una norma de conducta y a ejecutar las sanciones que el derecho establece.

Así como no tiene sentido predicar valores veritativos respecto del objeto de estudio de cualquier disciplina científica sino sólo en relación a los enunciados que lo describen, tampoco tiene sentido atribuir verdad o falsedad al objeto de estudio de los científicos del derecho, a las normas jurídicas. Como ya se dijo, los enunciados prescriptivos no son susceptibles de ser verdaderos o falsos. Esto es lo que los positivistas denominan el principio de "no cognoscitividad de las normas".

Es oportuno analizar ahora si el "relativismo ético" es o no una característica definitoria del positivismo. Recordemos que Bobbio y Nino, entre otros, afirman que ser positivista y admitir la existencia de valores objetivos no son condiciones excluyentes. Para analizar el tema, previamente se precisarán los significados de "valor" y de "valoración".

Anteriormente se dijo que la valoración es un cotejo realizado entre normas y hechos. La experiencia demuestra que el lenguaje natural utiliza los términos "valor" y "valoración" tanto para aludir al juicio por el cual se subsume un hecho a la norma moral como a esta misma. A los efectos que nos ocupan analizaremos este último sentido.

Si se sostiene que la moral es "objetiva", respecto de una moral ideal es fácilmente comprensible que es imposible acceder a su conocimiento y descripción por ser metafísica, es decir, resulta imposible aplicar el postulado de la verificación. Si bien es teóricamente posible analizar normas morales positivas, lo cierto es que ello no implica que sean susceptibles de ser delimitadas y descriptas fácilmente, en razón de que en materia moral no existe un catálogo de normas al cual se pueda acudir para verificar empíricamente su contenido. Si bien es verificable que las personas realizan juicios valorativos a la luz de normas morales, resulta fácticamente imposible comprobar y determinar con precisión sus ámbitos de validez material, personal, espacial o temporal.

Si, por otra parte, se pretende aludir a que las normas morales son "universales", que rigen para todos en todo tiempo y lugar, también es fácilmente verificable que ninguna reúne tales requisitos en distintas sociedades y ni aún en una misma sociedad.

Por último, tampoco es posible afirmar la existencia de normas morales "verdaderas", por aplicación del principio ya descripto en materia de "no cognoscitividad de las normas".

Por tanto, si se es consecuente con la postura positivista arriba descripta, aplicando los conceptos de "postulado de la verificación", "verdad por correspondencia", "distinción tajante entre enunciados descriptivos y prescriptivos" y "no cognoscitividad de las normas", se concluye que los valores, entendidos como normas de conducta morales, no son susceptibles de ser objetivas, universales ni verdaderas. Consecuentemente, las normas morales sólo tienen carácter relativo, su existencia y contenido en cada ámbito será una cuestión de hecho y sus contenidos son imprecisos. Al ser la moral un orden normativo descentralizado, sus normas son creadas consuetudinariamente y, por tanto, su contenido es impreciso. Además, como ya se señaló, los sistemas jurídicos y morales son autónomos y no existe relación conceptual necesaria entre ellos.

Se recordará que los iusnaturalistas —en sus distintas versiones— pretenden limitar el concepto de derecho atribuyendo éste únicamente al fenómeno que se corresponda con ciertos criterios valorativos. En definitiva: sólo sería derecho aquel que es considerado justo. Parecería que este modo de pensamiento pretende funcionar como un límite a la opresión, cuando a ésta se arriba mucho más rápidamente si se afirma la existencia de valores objetivos o verdaderos: quien no ve la "verdad" u "objetividad" de cierto valor es que no quiere o puede ver lo que es bueno para la sociedad por lo que, entonces, "merece" y "debe" ser excluido y eliminado. La historia es ilustrativa al respecto.

BIBLIOGRAFÍA

BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, 1ª ed., Debate, Madrid, 1993.

— *Teoría general del derecho*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1987.

— *El problema del positivismo jurídico*, 2ª ed., Distribuciones Fontamara, México, 1992.

BULYGIN, Eugenio, "Sobre el *status* ontológico de los derechos humanos", en ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

CARNAP, Rudolf, *Filosofía y sintaxis lógica*, UNAM, México, 1998.

CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

COPI, Irving M., *Introducción a la lógica*, 32ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 1992.

FARRELL, Martín D., *La metodología del positivismo lógico*, Depalma, Buenos Aires, 1979.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, 1ª ed., Distribuciones Fontamara, México, 1993.

GIOJA, Ambrosio, *La ciencia jurídica positiva y el iusnaturalismo*, Revista Jurídica de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), Buenos Aires, 1961.

GÓMEZ, Astrid - BRUERA, Olga M., "Análisis del lenguaje jurídico", 2ª ed., Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1984.

GUIBOURG, Ricardo A. - GHIGLIANI, Alejandro M. - GUARINONI, Ricardo V., *Introducción al conocimiento jurídico*, con su apéndice "La ciencia", Astrea, Buenos Aires, 1984.

HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977.

— *Derecho y moral, contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962.

HOSPERS, John, *Introducción al análisis filosófico*, 2ª ed., Alianza Universidad, Madrid, 1984.

KELSEN, Hans, *Sociedad y naturaleza*, Depalma, Buenos Aires, 1945.

— "La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), Buenos Aires, 1961.

— *¿Qué es Justicia?*, Ariel, Barcelona, 1991.

— *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2ª ed., Imprenta Universitaria, México, 1958.

— *Teoría pura del derecho*, trad. por Moisés Nilve de la edición en francés de 1953, Eudeba, Buenos Aires, 1987.

— *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., Wien, 1960, trad. por Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1979.

— *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 1994.

— *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, CEAL, Buenos Aires, 1969.

NINO, Carlos S. *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires.

RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, UNAM, México, 1986.

ROSS, Alf, "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, Buenos Aires, 1961.

— *Sobre el derecho y la justicia*, 4ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 1977.

— *El concepto de validez y otros ensayos*, 2ª ed., Distribuciones Fontamara, México, 1993.

— *Hacia una ciencia realista del derecho*, 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

SCHMILL, Ulises O., "El positivismo jurídico", en *El derecho y la Justicia*, Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Boletín Oficial de Estado, Madrid, 1996.

VERNENGO, Roberto J., *Curso de teoría general del derecho*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1972.

WRIGHT, G. Henrik von, *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1979.

TENSIÓN ENTRE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. A PROPÓSITO DE LOS "PIQUETES": ¿ABUSO O EJERCICIO REGULAR DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE PARECEN ANTAGONIZAR?

RAÚL GUSTAVO FERREYRA *

I. EXTERIORIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL

Las personas, grupos, organizaciones y colectividades interactúan de diversas formas. El conflicto es una de las vías para hacerlo. El conflicto supone el enfrentamiento de sectores o partes que pugnan por el acceso o consolidación de recursos escasos y su distribución. Otra vía factible, naturalmente, es la cooperación de los actores que viven en la comunidad. Los conflictos pueden ser distinguidos sobre la base de su dimensión, intensidad y objetivos, aunque se ha especificado que la distinción basada en los objetivos no es fácil; implica la referencia a una teoría propia del conflicto [1]. No obstante, vagamente se señala que tales objetivos podrían ser reconducidos a tres: poder, riqueza y prestigio. El conflicto social sería, en tal esquema, la confrontación que predominantemente muestra cómo los actores en pugna luchan por un mejoramiento de las condiciones sustanciales que dominan o pautan la distribución o redistribución de la riqueza.

En las sociedades organizadas, una de las manifestaciones clásicas y abiertas del conflicto social es la huelga, aunque no es la única. Otras formas abiertas que asume en forma sustantiva la manifestación del conflicto social son el abandono del empleo, el ausentismo laboral, el sabotaje, la indisciplina, el paro y el piquete. Uno de los significados atribuibles a este último, según es provisto por el diccionario, consiste en el acto de grupo de personas que intenta imponer o mantener sus consignas y demandas.

[1] Cfr. PASQUINO, Gianfranco, *Diccionario de Política*, bajo la dirección de Norberto Bobbio, Nicola Matteuci y Gianfranco Pasquino, Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 1997, ps. 298 a 302.

* Profesor de Derecho Constitucional Profundizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

II. Algunos datos del conflicto social en la Argentina y su penalización

A fines del año 2001, la cuestión social se presenta como el principal tema a resolver en nuestro país. A lo largo de toda la década del cincuenta, la Argentina desaprovechó (o no le permitieron aprovechar, o debió haber aprovechado más razonablemente) la posibilidad de lograr una racional inserción en el mundo con vistas al siglo XXI. Medio siglo después pagamos caro —muy caro— la intolerancia, el desencuentro y, fundamentalmente, la falta de apego a la juridicidad, patrones ideológicos que rigieron el sin rumbo y la desorientación común de las fuerzas que se disputaron el poder durante toda la década del cincuenta. A partir de allí, el tobogán está a la vista. Diferentes recetas económicas han traído como resultado el vaciamiento de las funciones elementales del Estado, el enriquecimiento de un minúsculo grupo de especuladores, la destrucción de embrionarios mecanismos de solidaridad social, la crisis de la confianza pública y la devastación del mercado de trabajo.

Lógicamente, las instituciones del Gobierno no son ajenas al flagelo; la crisis de representatividad es, precisamente, el prototipo de la época.

Hoy, la gigantesca deuda externa crece día tras día, al igual que el cierre de puestos de trabajo. Todo se ha visto patéticamente agudizado a partir de las políticas de desguace del Estado, llevadas adelante, principal pero no únicamente, a partir de julio de 1989. El verdadero significado de la situación actual puede resumirse en que se observa una progresiva concentración del ingreso a manos de pocos sectores y, paralelamente, un aumento exponencial de la regresividad de la distribución de la riqueza social.

Hoy, más pobres que hace diez años atrás; también, más enfermos y sin atención primaria. La demanda social no sólo es encabezada por desocupados y jubilados. También las políticas sociales del Estado son puestas en jaque cuando su inactividad genera problemas a los pobladores, quienes, al ver inundadas sus tierras, recurren a la protesta social, empleando formas pocos habituales —al menos hasta ahora— para clamar en defensa de sus derechos [2].

Por otra parte, la cuestión social muestra que el sistema de partidos, según las actuales prácticas, no es capaz de canalizar y expresar globalmente y con eficacia las demandas y expectativas básicas de nuestra sociedad [3]. Es en tal escenario y no en otro donde se monta la protesta "piquetera". Y es en el piquete donde se concentran, principalmente, los excluidos, los marginados, en otras

[2] Me refiero al corte de la ruta que llevaron adelante los pobladores de la ciudad bonaerense de Pehuajó, en octubre de 2001. Sus tierras están anegadas y el Estado federal y el provincial observan la situación sin emprender la obra pública que evite o palie el flagelo. Tampoco se dan pistas que hagan creer que ello fue intentado con firmeza. Ver *Clarín*, 27/10/2001.

[3] Pruebas al canto: el crecimiento geométrico del voto en blanco y del voto anulado, según se desprende de los resultados de las elecciones legislativas llevadas a cabo el 14/10/2001. Ver *La Nación*, 15/10/2001.

palabras: los repelidos del sistema. ¿O es que alguien pensó que se trataba, en principio, de otra modalidad de organización u agrupamiento?

En el piquete convergen, en primer lugar, quienes han perdido el trabajo. Con un índice de desocupación que orilla el 20% y con una descomunal suma de dinero [4] que se destina al pago de la deuda externa [5], no resulta ni conjeturable ni creíble que el Estado argentino pueda, en el corto plazo, reasumir funciones elementales. Mientras tal situación se mantiene, el 20% del gasto del presupuesto nacional, nada menos, sigue siendo aplicado al pago del servicio de los intereses de la deuda externa.

La cuestión social es hoy en la Argentina una cuestión sustantiva por la sencilla razón de que la vulnerabilidad del sistema social es tan grande como indiscutible: cerca del 30% de la población del área metropolitana (Ciudad de Buenos Aires y Gran Buenos Aires) se encuentra en una situación que puede ser definida como de pobreza. Nada hace que los resultados de la investigación empírica sobre el resto de las provincias cambie los porcentajes; es más, es probable que tales porcentajes sean aún peores [6].

El piquete es hoy el paradigma de la protesta social. Durante casi un siglo, la huelga y el paro fueron, a no dudarlo, la forma típica de expresión de la protesta social. Hoy, el piquete los ha desplazado.

No obstante, esta nueva forma de respuesta ofrece aristas que ponen en tela de discusión aspectos que ninguna de las otras formas de protesta social habían ejercido o manifestado.

Hete aquí algunos datos del drama social.

(a) Hay, al menos, un promedio de dos piquetes por día (entre el 1/1/2000 y el 31/7/2001 se computan casi 1200 cortes de rutas y vías públicas como expresión de esta modalidad de protesta social [7]).

(b) Se habla de la existencia de muchas personas procesadas por intervenir en esta singular modalidad de protesta social [8]; pese a ello, desde el Derecho judicial, aún no llega información que trate la cuestión con sesgos de definitividad [9].

[4] Más de 10.000 millones de dólares son utilizados para pagar anualmente intereses de la deuda externa.

[5] Según informa *La Nación* del 28/10/2001, la deuda del sector público argentino asciende al 30 de junio de 2001 a la suma de más de 132 mil millones dólares.

[6] Ver "La explosión de la pobreza en la Argentina", en *Derechos Humanos en Argentina, Informe Anual 2000*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Eudeba, ps. 185 y ss.

[7] Cfr. FRAGA, Rosendo, *Página 12*, 6/8/2001.

[8] Según se desprende del informe presentado en los términos del art. 68 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por el Centro de Estudios Legales y Sociales de 2001, ante dicho organismo perteneciente al sistema regional protectorio de los derechos humanos.

[9] (a) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado la competencia de la justicia federal para intervenir en las causas relacionadas con los cortes de ruta. Ver *Clarín*, 2/8/2001.

(c) La rúbrica originaria del título VII del Código Penal es "Delitos contra la seguridad pública", y dentro de su capítulo II se inserta una de las figuras penales clave. Ella habitualmente —no es la única, desde luego— es la que se intenta aplicar a quienes participan en piquetes: el art. 194. Tal regla básica dispone: "El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicaciones, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años". Las líneas que configuran esta "Nota" se circunscriben al análisis dogmático del discurso que programa el ordenamiento constitucional federal; más específicamente, como se verá *ut infra*, de dos principios que parecieran colisionar en una aplicación concreta. Tal frontera y tal salvedad no implican ni desdén ni demérito de las reglas penales y aún contravencionales; todo lo contrario. Se intenta que el análisis persevere sólo en clave interpretativa constitucional y punto; de haber o existir consecuencias o derivaciones a nivel infraconstitucional deben de ser tratadas en otra oportunidad, dado lo ceñido de este espacio.

(d) Es común escuchar que un número muy significativo de personas —hasta podría decirse la mayoría— que no participan del piquete reprueban tal modalidad de protesta social.

(e) Sin embargo, también un fragmento mayoritario de la opinión pública estaría dispuesta a compartir y hasta cierto punto también se solidarizaría con las reales razones que exponen quienes acuden al piquete.

(f) En líneas generales, quienes se agrupan en el piquete revelan como intención la crítica mordaz, desinhibida, frontal y rigurosa a las políticas sociales y económicas del Gobierno, normalmente gestionadas por los poderes ejecutivos, provinciales o federal, y paralelamente, la petición de ayuda.

En los párrafos que subsiguen llamo la atención sobre los aspectos estrictamente jurídicos normativos del asunto. Se asume como presupuesto que la protesta consiste en la interrupción del tránsito normal de una vía de comunicación, pero teniendo como eje u horizonte de proyección la obtención de me-

---

(b) La Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la causa "Gatti, Miguel Ángel y otro s/recurso de casación", el 22/6/2000 anuló la sentencia dictada por el Juzgado Federal de Comodoro Rivadavia, provincia de Chubut, tribunal éste que por sentencia del 14/7/1999 había condenado a Miguel Ángel Gatti y a Walter Dante Natera, por considerarlos coautores penalmente responsables del delito de entorpecimiento de transporte por tierra (art. 194 del CPen.), a la pena de cinco meses de prisión en suspenso y costas, debiendo cumplir durante dos años las reglas 1, 2, 3 y 8 del art. 27 bis del CPen., realizando respecto del inciso octavo trabajos no remunerados a favor de la Unión vecinal y/o Comedor Comunitario que corresponda a su domicilio de residencia (arts. 5°, 26, 27 bis, 29, inc. 3°, 40, 41 y 45 del CPen. y arts. 399, 403, 405, 409 y 530 del CPPN). Los jueces del Tribunal casatorio, sin juzgar la constitucionalidad o no de esta modalidad de protesta, advirtieron que en el fallo cuestionado se daban deficiencias estructurales y, haciendo pie en la conocida doctrina de arbitrariedad de sentencias, dispuso su anulación, apartando al señor Juez de grado (art. 173 del CPPN); debiendo el juez que resulte desinsaculado dictar un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho.

jores condiciones de vida. En este caso, el derecho fundamental de libertad de expresión sería el soporte normativo de la petición, aunque es habitual que existan otros derechos constitucionales que darían anclaje al reclamo, como por ejemplo: derecho a la vida e integridad física (arts. 4° y 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —CADH—) y el principio de legalidad en materia penal (art. 18 de la CN).

Del otro lado se encuentran: (a) los derechos fundamentales de los habitantes que no participan del evento y son perjudicados —eventualmente y en alguna forma— por su realización y (b) la potestad del Estado de mantener el orden. Dado que la crítica se dirige, precisamente, contra el Estado, asumiré que los derechos fundamentales de quienes protestan son jerárquicamente superiores al derecho o potestad o competencia del órgano que quiere imponer la sanción por hacerlo. Y que el derecho de libertad individual tiene precedencia lógica frente al derecho de protección del Estado, pese a que es éste el que lo configura jurídicamente siempre a aquél.

En cambio, cabe añadir que, a grandes rasgos y en principio, no puede predicarse que tal prelación lógica sea observable respecto de los derechos fundamentales de quienes no participan en la protesta y han decidido o les ha tocado en "suerte" tener que transitar por la vía, cuando ella es el escenario de la protesta. A piqueteros y a quienes en franca mayoría no participan de la protesta pero quieren utilizar la vía de tránsito, el orden constitucional les confiere reconocimiento a sus derechos coetánea e igualmente. Veamos entonces, pues, algunas pistas para intentar resolver el desaguisado que se produce.

III. ¿COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES?

El orden constitucional, como cualquier fragmento del ordenamiento, puede ser analizado desde las perspectivas normativa, sociológica y axiológica [10].

Ha sido lugar común que el análisis de la protesta piquetera haya estado siendo observado, sustancialmente, desde el punto de vista externo al sistema normativo constitucional estatal: el axiológico. Es decir, el de la justificación sobre la base de valoraciones que pretenden establecer la primacía axiológica del derecho a protestar o su denostación más rotunda y terminante.

Así, hay quienes ponderan que la acción de los piqueteros se encuentra debidamente justificada en el ámbito constitucional. Toda intervención —penalizante o no— debe ser interpretada como una indebida restricción del derecho de libertad de expresión y de otras configuraciones normativas que hacen a la estructura del reclamo.

[10] Cfr. BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 1997, p. 20.

Otras opiniones son de sesgo contrario. Interpretan que la acción de los piqueteros afecta de modo principal las reglas sobre las cuales se asienta un modelo de coexistencia democrático. Se arguye que sus acciones traducen un desconocimiento de los derechos fundamentales de quienes no participan en la protesta. Tal lesión comportaría, además, el debilitamiento del principio de autoridad, situación que puede ubicar en duro trance de supervivencia al régimen democrático [11].

Los discursos construidos, ora plausibles ora no plausibles sobre esta forma de protesta, paradójicamente, guardan cierto parentesco: no analizan a fondo el costado normativo donde correspondería también —y centralmente— hacer recalar la interpretación del fenómeno, en cuanto concierne al análisis materialmente constitucional. Ante tales propiedades de los diversos discursos expuestos y en la inteligencia de que no existe un método para dirimir controversias axiológicas, lo que torna ilusorio, por el momento, la construcción de una ciencia valorativa susceptible de superar la mera ideología, es allí, en dicho lugar, donde tales afirmaciones deben quedar. Por tal motivo, ninguno de los dos aparatos ponderativos antedichos —en forma de muestra esquemática— podría ser comprobado [12]. De ellos puede decirse entonces que juzgan si la acción de los piqueteros es buena o mala, justa o injusta, desde un punto de vista valorativo que da apoyatura a sus lecturas constitucionales.

Cada una de las opiniones relevadas —insisto vía *arguendi*— intenta dejar constancia de que la regla de adjudicación de la interpretación empleada juega en favor de determinado modelo, de cara, desde luego, a respetable plataforma axiológica que intenta respaldarlas, si bien en forma antitética, en cada caso. Nada más. Así, en un caso, pareciera que el norte de la postura es la amplitud, sin ambages, del reclamo social. Contrariamente, en el otro, su criminalización más potente, cabalgando en favor de una supuesta seguridad del resto de las personas y bienes. Ninguna de ellas indica lo debido; su intelección es sólo en orden a lo que se considera preferido. Y no está mal que ello sea así; sólo que las letras que aquí se formulan tienen intención de analizar, si es que se puede, el costado estrictamente normativo del fenómeno.

IV. Observaciones para el análisis intrasistémico de los derechos subjetivos

1. Consideración preliminar

Los derechos subjetivos, al igual que el ordenamiento jurídico, son un artificio del cual se sirve el hombre como técnica de control social, no importan-

[11] Ver, en este sentido, la opinión expresada por Gregorio Badeni: "La convivencia democrática", LL, 19/9/2001, año LXV, nro. 179, ps. 1 y 2.

[12] Cfr. Ricardo Guibourg opina que la ausencia de un método para dirimir las controversias axiológicas torna ilusoria, al menos por el momento, la construcción de una ciencia valorativa, capaz de superar el nivel de la mera ideología (en *El fenómeno normativo*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 193).

do si es con fines de conservación o de progreso de las condiciones prepolíticas de existencia comunitaria. Por lo tanto, los derechos subjetivos no son una cosa distinta del derecho objetivo, que es el instrumento que pone orden. Los derechos subjetivos son atribuidos a los sujetos por el ordenamiento jurídico positivo. Naturalmente, puede haber una larga lista de derechos que la gente pueda tener, de manera independiente de lo que disponga el sistema jurídico del Estado donde viva. Pero si no están conferidos por el ordenamiento jurídico positivo, se trata de derechos morales que quedarán en estado gaseoso, hasta que el ente soberano configure el correspondiente enunciado normativo. Y con las garantías respectivas de los derechos ocurre lo mismo. Las garantías, por supuesto, al igual que los derechos, también pueden ser implícitas; pero, aún en estos casos, deben ser deducidas a partir del esquema del ordenamiento jurídico, cuya ponderación, interpretación mediante, es la que permitiría su reconocimiento.

Los derechos subjetivos, en sentido jurídico, son conferidos a los hombres por normas jurídicas, es decir, por el ordenamiento jurídico. Los derechos subjetivos, en sentido jurídico, se distinguen de los derechos morales porque los primeros son relativos o pertenecientes al sistema jurídico positivo estatal que los confiere. Los derechos morales también pertenecen a un sistema normativo: el moral.

En pocas palabras, de acuerdo con el lenguaje empleado, los hombres tendrían derechos subjetivos en sentido jurídico cuando los mismos les fueren atribuidos por el derecho objetivo [13].

Sostiene Riccardo Guastini que dos son los elementos que integran la noción de derecho subjetivo, en sentido jurídico: (a) una pretensión y (b) una justificación que otorga fundamento a la pretensión. Típicamente, tal derecho subjetivo no es otra cosa que una pretensión conferida al sujeto o una clase de sujetos frente a otros sujetos a los que se impone un deber u obligación correlativo [14].

Las fuentes de las que emanan los derechos subjetivos, en sentido jurídico, son primordialmente: (a) el ordenamiento jurídico constitucional, (b) la legislación y (c) los contratos. La expresión "derecho constitucional", en el sentido de derecho subjetivo conferido por la Constitución, puede ser utilizada para designar las pretensiones, facultades, potestades que la/s persona/s o grupos de personas tienen para dar, hacer o no hacer algo, y cuyo reconocimiento le es conferido por el orden jurídico constitucional. La expresión "derecho constitucional", en uno de los giros de su significado, se entiende como derecho subjetivo, individual, social o colectivo; es decir, se tiene derecho constitucional de libertad de expresión, de propiedad, a la integridad física, al trabajo, a la educación, a la salud, al ambiente sano, a la juridicidad constitucional, etc.

[13] Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 180.

[14] GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo*, cit., p. 180.

En rigor, los derechos subjetivos, en sentido jurídico constitucional, son conferidos a los sujetos por el Estado, y operan ante él y ante el resto de los habitantes; por eso bien dice Germán Bidart Campos que ellos son bifrontes o ambivalentes [15]. Básicamente, pues, un derecho subjetivo, en sentido jurídico constitucional, entraña o presupone una obligación correlativa en cabeza de uno u otros sujetos, el Estado o los particulares. Naturalmente, las obligaciones podrán ser de hacer o de omitir. Las obligaciones constitucionales que reciprocan a los derechos subjetivos, en el caso de los derechos individuales, implican para los sujetos pasivos una obligación de omisión, consistente en que su modalidad de conducta ha de dejar expedita y libre de estorbo el ejercicio del derecho para su titular, absteniéndose de impedírselo, violárselo, en fin, no interferírselo de ningún modo. Las obligaciones constitucionales que reciprocan a los derechos sociales y colectivos, consisten, liminarmente, en que la modalización de las prestaciones a cargo del sujeto pasivo, el Estado por vía de principio, exigen un comportamiento positivo, prestacional, ya sea de hacer o de dar, del mismo a favor del sujeto activo.

Luigi Ferrajoli sostiene que las constituciones del siglo XX conjugan derechos de libertad —que son derechos o facultades de comportamientos propios a los que corresponden prohibiciones o deberes públicos de no hacer— y derechos sociales, que son derechos o expectativas de comportamientos ajenos a los que deberían corresponder obligaciones o deberes públicos de hacer. A partir de dicha fórmula descriptiva, opina que cuando un ordenamiento constitucional incorpora sólo prohibiciones, que requieren prestaciones negativas en garantía de los derechos de libertad, se lo caracterizará como estado de derecho liberal; cuando por el contrario incorpore también obligaciones que requieren prestaciones positivas en garantía de los derechos sociales, se lo caracterizará como estado de derecho social [16].

Según mi punto de vista, para conferir reconocimiento jurídico constitucional a un derecho subjetivo, no parece bastar con redactar el enunciado normativo atributivo del derecho. El derecho subjetivo, en sentido jurídico constitucional, sólo queda fijado si el deber del sujeto pasivo en cuestión puede ser exigible jurisdiccionalmente. Desde el lado del derecho subjetivo, en el mismo sentido, puede decirse que el derecho valdrá en forma exacta lo que valgan sus garantías, las que pueden ser entendidas como aquellos mecanismos dispuestos por el ordenamiento jurídico para asegurar la equivalencia o aproximación segura entre los enunciados normativos del Derecho —en este caso, las disposiciones normativas constitucionales que confieren derechos, presuponiendo la obligación recíproca— y las distintas realizaciones operativas.

[15] Cfr. BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, T. I-A, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 764.

[16] FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, p. 862.

Son verdaderos derechos subjetivos aquellos que, con independencia de su explicitación o no en la textura del ordenamiento constitucional, responden conjuntamente a tres condiciones: (a) son susceptibles de tutela jurisdiccional, (b) pueden ser ejercidos o reivindicados frente a un sujeto determinado, (c) su contenido está constituido por una obligación de conducta no menos determinada que el sujeto en cuestión [17].

2. Anatomía constitucional de los derechos de quienes participan en el piquete y de quienes no lo hacen

Hay una serie de presupuestos ontológicos que se deben compartir para rodear, luego, el análisis que subsigue. Así, previamente, debe computarse que:

(i) Quienes protestan en un piquete, básica pero no únicamente, están ejerciendo un derecho de libertad de expresión. El encuadre de tal derecho está fijado por las coordenadas normativas establecidas por los arts. 14 y 19 de la CN y, más específicamente, por las disposiciones de rango constitucional que completan el ordenamiento argentino. En este sentido, por ejemplo, el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 4° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —DADH—. A ello —como he venido diciendo— deben adunarse la libertad de asociación con fines sociales (art. 16 de la CADH), el derecho de reunión pacífica y sin armas (art. 15 de la CADH) y el derecho de petición (art. 24 de la DADH).

Con fines ilustrativos, el contenido del derecho de libertad de expresión, especie paradigmática del derecho de libertad, puede ser definido como la facultad o pretensión garantizada para hacer público, a transmitir, a buscar, a difundir y a exteriorizar, en cualquier sitio, ideas, opiniones, críticas, imágenes, creencias, a través de cualquier medio: oralmente; mediante símbolos y gestos; en forma escrita; a través de la radio, el cine, el teatro, la televisión; en la expresión artística, etc.; es decir, por cualquier medio existente en la actualidad o que aparezca en el futuro. Si bien es cierto que el derecho de libertad de expresión no es un derecho absoluto, dado que todos los derechos constitucionales son relativos, surge que a partir de la reforma constitucional de 1994 la censura previa ha quedado prohibida en nuestro Derecho, no solamente para la prensa (escrita), sino para toda forma y medio de expresión [18].

(ii) También se deberá conceder que, en principio, quienes participan en el piquete no lo hacen por intermedio de actos de violencia inaceptables, tales como los que provocan daño a bienes o servicios de terceros ajenos a la protesta. Tampoco las organizaciones piqueteras, en cuanto es materia de análisis, de-

[17] Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo*, cit., p. 186.

[18] Cfr. BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*. T. II, Ediar, Buenos Aires, 1998, ps. 11 a 14.

ben ser consideradas como organizaciones creadas para poner en jaque la estabilidad social o para incumplir las leyes. No sostengo que ello no pueda ocurrir; digo sólo que no es el escenario imaginado para el análisis constitucional que informa la propuesta.

(iii) La Constitución Nacional confiere reconocimiento a los derechos subjetivos de todos los habitantes de la Nación, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio (cfr. arg. arts. 14 y 28 de la CN).

(iv) En términos muy amplios, el derecho de libertad es provisoriamente esquematizado, en el sentido de que el hombre está autorizado a realizar u omitir toda conducta no prohibida. En este sentido, la orientación normativa general está encuadrada en el art. 19 de la CN. Cuando la protesta piquetera se lleva adelante, tal modalidad de expresión de la confrontación social pone en evidencia que, en términos muy laxos, el derecho de libertad de los ciudadanos que no participan en el evento es el más perjudicado o que, potencialmente, dicha circunstancia induce a que ello pueda serlo. El derecho de todos los habitantes de transitar por las rutas y caminos (cfr. arg. art. 14 de la CN) es un derecho especial de libertad. No obstante, para los análisis que subsiguen, se lo encuadra como un derecho general de libertad y donde el tránsito puede ser una de las facetas, pero no la única. Obviamente, ello no supone ni disminuir o aumentar la talla del derecho, cuya titularidad y ejercicio, sigue siempre en cabeza de los sujetos de derecho que no participan de la reunión.

(v) Teniendo en cuenta el cuadro anatómico descripto, en tales casos, se distingue entonces el derecho de libertad de expresión como un derecho especial de libertad —arg. *ut supra* (i) y (ii)— y el derecho general de libertad de quienes no participan en la protesta —arg. *ut supra* (iv)—.

3. Principios y reglas en las disposiciones que dan cabida a los derechos fundamentales

Siempre que un habitante tiene un derecho fundamental es porque existe una disposición en el texto del ordenamiento constitucional que confiere reconocimiento positivo, explícito o implícito, a tal configuración normativa fundamental.

Sin embargo, la clave para la resolución de los nudos centrales de la dogmática constitucional —que es el plano en el cual se concentra de ahora en adelante la línea del ensayo— lo constituye la configuración o determinación de la estructura de los derechos fundamentales.

Para entender correctamente el papel que desempeñan los derechos fundamentales en el ordenamiento, en el sentido de que ellos son los que le dan fundamento [19], es conveniente intentar la formulación de la distinción sugeri-

[19] Ver en este sentido FERREYRA, Raúl G., *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Cap.

da, la que indicará las limitaciones y las posibilidades de una interpretación racional del orden constitucional.

En el marco de una teoría (o dogmática) tópica del ordenamiento constitucional argentino, considero que la distinción entre "principios" y "reglas" es una buena base. Así, los derechos fundamentales, perteneciendo al ámbito genérico de las normas jurídicas, pueden, a su vez, ser decisivamente distinguidos en principios y reglas.

Toda norma constitucional adjudicatoria de un derecho fundamental es un principio o una regla. Robert Alexy considera que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado, en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales y existentes. Son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas [20]. Las cualidades jurídicas de las reglas constitucionales son entendidas como normas que sólo pueden ser cumplidas o no. La diferencia entre principios y reglas es cualitativa, y no de grado [21].

No existe la menor duda de que el derecho de libertad de expresión y su género próximo, el derecho de libertad, son principios; si es que son leídos comprensivamente, tal como se sugiere en la óptica propuesta. El nivel relativamente alto de generalidad y de optimización que contienen tales disposiciones los convierte en principios iusfundamentales.

Además, los principios iusfundamentales —tal como aquí son presentados— pertenecen al ámbito deontológico, es decir, de mandatos que se desenvuelven en el ámbito del deber ser y no valores; categoría esta última a la que también pertenecen, por supuesto, pero que se desenvuelve en lo que es preferible o no preferible, no siendo incorrecto que ello sea así.

El Derecho Constitucional trata de lo que es debido; no necesariamente de lo que es mejor o preferible. Caracterizados los principios de este modo, la tarea de dejar constancia desde la perspectiva normativa constitucional de cuál principio resulta aplicable, es una actividad que debe estar comprometida con la obtención de la solución pautada iusconstitucionalmente y no con la que sería mejor desde la axiología constitucional.

Ahora bien, ¿cómo debe ser resuelta la tensión entre dos principios que disponen la optimización de sendas disposiciones iusfundamentales?

---

1. "El derecho, la razón de la fuerza. La posición de la Constitución en el ordenamiento y la fuerza normativa de los derechos fundamentales". Ediar, Buenos Aires, 2001, ps. 19 a 73.

[20] ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, ps. 86 y ss.

[21] La distinción ilustrada se parece a la expuesta por DWORKIN, Ronald, en *Taking rights seriously*, 2ª ed., London, 1978, ps. 22 a 71.

Empleo como categoría de análisis el siguiente perímetro para un caso imaginario, el que, por otra parte, es el que comúnmente estamos acostumbrados a presenciar. Un grupo de piqueteros en reclamo de demandas sociales impide el tránsito en una ruta, dejando escaso espacio para el tránsito vehicular y/o de personas. A tono con lo enunciado en el punto IV.2, dos principios constitucionales entran en tensión: el derecho fundamental a protestar y el derecho general de libertad. Bajo estas circunstancias, uno de los dos principios debe ceder, completa o parcialmente. ¿Por qué? Porque, como bien señala Alexy, en las colisiones de principios, dos normas aplicadas independientemente conducen a resultados incompatibles, es decir, dos juicios de deber ser jurídicos contradictorios. El contorno fáctico no deja espacios: las más de las veces, o hay protesta callejera o hay libre tránsito; pareciendo excluirse mutuamente, sólo quedando para el intérprete la visualización de los porcentuales en que ello acaece.

El problema se complica aún más si se admite que el derecho fundamental de libertad sólo puede ser restringido cuando rigurosamente se escrute que la cláusula restrictiva que dé pie a dicha injerencia sea formal y materialmente coherente con las disposiciones emergentes de la propia Constitución que autorizan tales excepcionalidades. Haciéndose lugar a cualquiera de las tesis podrán, inmediatamente, construirse objeciones. Por ejemplo, si se hace lugar a la protesta piquetera, se estará limitando (¿transitoriamente?) el derecho general de libertad de todos quienes quieren o pretenden transitar por la vía de tránsito. Si, en cambio, se restringe el derecho de protestar, se estaría cercenando (¿definitivamente?) un derecho fundamental que hace al libre juego de opiniones en el sistema democrático. Insisto, la regla de restricción para ambos casos, es decir, el parámetro que brinda la proporcionalidad para ameritar la conducta limitante o limitativa, es siempre la misma: escrutinio riguroso del cercenamiento o limitación que, con apego a la juridicidad constitucional, hace pensar *ab initio*, la posible inconstitucionalidad de la restricción.

Es innegable que esta modalidad de protesta pública es capaz de provocar la máxima tensión de principios iusfundamentales. Los conflictos intranormativos entre principios constitucionales no pueden ser resueltos con las mismas técnicas que habitualmente se emplean para resolver las controversias entre normas [22].

Nada nuevo agrego si digo que la interpretación del ordenamiento constitucional presenta sus propias especificidades [23]. Tal peculiaridad puede estar referida: (a) a los sujetos de la interpretación; (b) al método de interpretación; (c) a los problemas lógicos, valorativos o empíricos de la interpretación. La contienda de principios constitucionales es, preferentemente, un problema de

[22] Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo*, cit., p. 168; ALEXY, Robert, *Teoría...*, cit., p. 87.

[23] Ver, en este sentido, WROBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, p. 18.

este último tipo y, puede ser contingente o no contingente. Es contingente cuando determinados supuestos de hecho, no necesariamente todos, caen bajo el campo de aplicación de dos principios que, sin ser por naturaleza (me refiero al derecho general de libertad y al derecho de libertad de expresión) incompatibles entre sí, su aplicación conjunta a un mismo caso, paradoja o no, establece consecuencias y soluciones jurídicas incompatibles entre sí. Pareciera que éste es el escenario de nuestro conflicto. Sin embargo, el Derecho judicial, si bien brinda pistas, no resuelve en forma definitiva el entuerto; tiene dicho nuestro tribunal constitucional que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución Nacional tienen igual jerarquía, por lo que la interpretación debe armonizarlos, ya sea que versen sobre los llamados derechos individuales o sobre atribuciones estatales [24].

Hace poco más de una década, la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió un interesante caso que guarda algún punto de conexión con las reflexiones aquí anotadas. Los hechos fueron así: en 1984, participando de una manifestación política, Gregory Lee Johnson quemó públicamente una bandera norteamericana como forma de protesta por las políticas de la administración del presidente Ronald Reagan. Fue acusado del delito de profanación de la bandera (objeto venerado) en violación a la ley del Estado de Texas —Código Penal anotado de Texas Pt 42.09 (a) (3)—. En reñida votación (5 a 4), la Corte Suprema absolvió a Johnson, entendiendo que su comportamiento de protesta estaba protegido por el derecho de libertad de expresión, tal como es consagrado en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos [25]. "[...] La conducta de Johnson fue conducta expresiva y este reconocimiento nos parece prudente", dijo la mayoría del Tribunal; agregando que "la naturaleza expresiva, abiertamente política de esta conducta fue tanto intencional como abrumadoramente aparente".

A tono con todo lo hasta aquí dicho, una de las posibles puestas en escena, para resolver la incógnita interpretativa, puede ser vista en el párrafo que sigue, poniéndolo en términos casi poco más que meramente esquemáticos.

Observemos.

En la posición $P(_1)$ el sujeto H tiene derecho, entendido como pretensión garantizada, a protestar libremente en la vía pública, siempre que no ejerza violencia sobre personas o cosas y deje, por más pequeño que fuere, al menos, una porción de vía libre para transitar vehículos o personas. En tal situación que me permito describir como LE debe entenderse que, en principio y vía *arguendi*,

[24] *Fallos*, 255:293; 258:267.

[25] Ver, "Texas v. Johnson", 109 Supreme Court Report 2533 (1989), fallado el 21 de junio de 1989, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1990-II-149 a 184, Facultad de Derecho, Abeledo-Perrot, con solvente comentario y traducción de BIANCHI, Alberto B., ps. 11 a 44: "El caso Johnson y el dilema de la colisión de los derechos constitucionales".

toda restricción a la conducta de H se torna, también en principio, como indebida dado que A (el Estado y los particulares, destinatarios de la obligación jurídica) tiene deber de abstención de cualquier tipo o clase de injerencia respecto de tal conducta. O sea, en $P(_1)$, dado LE, debe ser T.

No obstante, cae de maduro que hay al menos una segunda faceta en la que, con naturalidad, estamos todos los que no participamos de la protesta. Así, tal situación puede ser descripta bajo el siguiente perímetro fáctico: en la situación $P(_2)$, el sujeto $H(_1)$ tiene derecho a transitar libremente por la vía pública, ya sea para ir a trabajar, a educarse, a pasear, etc. (situación L), entendiéndose todo taponamiento o entorpecimiento de la vía pública como limitante de su derecho y, por eso, definitiva e inmediatamente erradicado. Por tal motivo, en las circunstancias fácticas que configuran la situación $P(_1)$ dado L debe ser no T.

Si suponemos que las circunstancias fácticas que rodean la configuración de $P(_1)$ y de $P(_2)$ se presentan en forma contemporánea, es decir, hay circunstancias de hecho coincidentes, cuya resolución autoriza la aplicación normativa de dos principios constitucionales, cuyas consecuencias son, definitivamente, contradictorias, es entonces que, en tales condiciones, hay necesidad de seguir buceando en la estructura de los derechos fundamentales, a fin de que la respuesta escogida pueda ser vista como poseedora de fundamentación racional.

Interpretar el ordenamiento constitucional es, en primer término, leer su texto asignando sentido a las disposiciones que lo integran. Puede asumirse que las disposiciones normativas que integran el ordenamiento constitucional, en algunos casos, poseen significados centrales, y en otros, tales significados se encuentran en una zona de penumbra [26]. No obstante, en ambos supuestos, las reglas constitucionales son directivas a partir de las cuales, razonablemente o no, pueden trazarse diversas posibilidades interpretativas. Todo dependerá del método de interpretación escogido. Bien dice Ricardo Guibourg que, en el drama de la interpretación jurídica, los distintos métodos no son sino diferentes puestas en escena [27]. Y si de diferentes realizaciones se trata, todas ellas, aunque de hecho no lo hagan, siempre en mayor o menor medida deben enfrentar, cuando interpretan un texto constitucional diferentes problemas, donde los lógicos, lingüísticos y valorativos son los que encabezan el elenco.

No hay duda de que, en nuestro caso, los problemas lógicos y empíricos encabezan la fila. La elección y coherencia de cualquiera de las dos alternativas interpretativas dependen de su consistencia lógica y de los distintos rostros que muestren sus diferentes (eventuales, desde luego) configuraciones fácticas.

Se dice que un estado de cosas es lógicamente posible cuando el enunciado que afirma la existencia de ese estado de cosas no es contradictorio, y se dice

[26] Ver CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, ps. 50 a 72.

[27] GUIBOURG, Ricardo A., *Deber y Saber*, cap. II, Fontamara, México, 1997.

que es lógicamente imposible cuando el enunciado es contradictorio [28]. Tan sólo como aproximación: imaginemos la siguiente situación: ¿en qué casos de $P(_1)$ el derecho de H queda vacío de contenido?, ¿y en qué casos $P(_2)$ el derecho de $H(_1)$ queda en igual situación?

Desde el punto de vista lógico, la aceptación de $P(_2)$ significa, literalmente, el vaciamiento total del contenido del derecho de H, tal como se lo describe en $P(_1)$. No ocurre lo mismo si se acepta la otra hipótesis interpretativa, donde el derecho de $H(_1)$ sólo sufre una importante dilación para su ejercicio; pero, sin lugar a dudas, podrá ser ejercido en el futuro cercano e inmediato. En efecto, en caso de aceptarse la constitucionalidad de la protesta piquetera, en los términos de laboratorio expuestos, los derechos de $H(_1)$ no quedan anulados; sólo —en principio— quedan sometidos a una reprogramación de su ejercicio.

Hay, en definitiva, una suerte de prelación lógica, entre las distintas hipótesis interpretativas; haciendo abstracción, desde luego, de la dimensión e intensidad del interés público que se pueda llegar eventualmente a esgrimir para intentar la interferencia del derecho de libertad de expresión que se materializa por intermedio del piquete callejero.

En suma: hay, al menos dos posibilidades interpretativas constitucionales. Aplicando una de ellas, un derecho queda vaciado de contenido, y el otro, lleno. Por la otra, un derecho queda lleno, y el otro puede ser inmediatamente llenado. Parece entonces que no podrían caber dudas de que sólo una de las alternativas interpretativas es lógicamente posible; al menos, porque su consistencia puede ser deteriorada más trabajosamente que la otra. Pero también queda claro, muy claro, que esta versión interpretativa que da amparo a la expresión callejera exige la restricción breve, momentánea, y circunstancial de iguales derechos de libertad de los demás; aceptación que, sin lugar a duda alguna, importa un sustantivo gesto de convivencia democrática.

V. Reflexión final

Si ha de ser verdad que la tarea de los intelectuales consiste, en rigor, en exponer preferentemente las dudas antes que la cosecha de certidumbres, acepto que mi análisis sea encuadrado bajo la primera de las orientaciones. Obviamente, la solución definitiva no la he encontrado.

Que el orden constitucional sea una obra humana implica que determinados aspectos del régimen que instaura, llegado el caso, puedan no ser correctos y que, además, sus soluciones puedan no estar respaldadas por una única respuesta a algunas controversias jurídicas. Si se ignorasen estas dos propiedades del orden constitucional, la cultura jurídica no sería obra del hombre.

[28] Cfr. Hospers, J., *Introducción al análisis filosófico*, Macchi, Buenos Aires, 1961, ps. 105 a 107.

Frente a tal situación, debe reconocerse que la correcta caracterización jurídica de esta modalidad de protesta, la piquetera, se enfrenta a un peculiar nudo interpretativo de las disposiciones programadas por el ordenamiento constitucional.

La protesta callejera, desenvuelta bajo los lineamientos fácticos supuestos, parece encajar como el ejercicio regular de un derecho, motivo por el cual, en principio, no cabría suponerse la derivación de ningún ilícito de tales conductas [29]. La interrupción o corte de ruta no es en sí mismo un abuso del derecho; pero, desde luego, puede serlo, en caso de que, por ejemplo, (a) no exista vía alternativa de paso para terceros, (b) el mitin promocione o realice actos hostiles o de violencia inaceptables, (c) el objeto de la asociación, el fin de la agremiación, no sea el de llevar adelante la protesta encaminada al cambio social sino, más bien, a cometer delitos indeterminados.

¿El Estado argentino debe velar por propinar el marco adecuado para el ejercicio regular del derecho de petición o protesta, o más bien, en cambio, velar por el respeto integral de los derechos de quienes no participen en un piquete? (*cfr.* arg. arts. 1° y 2° de la CADH). ¿Quién abusa del derecho: el piquetero que corta la ruta, dejando escaso paso, y protesta por el cambio social; o el Estado, que penaliza su comportamiento por afectar derechos y bienes de los demás?

La protesta callejera, en principio, no puede ser entendida como otra cosa que no sea debate público de ideas y propuestas; por más débiles, inconsistentes o repulsivas que puedan parecer. El debate público es una escena vital para la democracia; por supuesto, siempre que se entienda que el contenido mínimo de la concepción de la democracia conlleve su caracterización: (a) como un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién/es está/n autorizado/s a tomar las decisiones colectivas y con qué procedimientos; (b) en cuanto se refiere a las modalidades de la decisión, la regla fundamental de la democracia es la regla de la mayoría, o bien la regla sobre la base de la cual son consideradas decisiones colectivas, y por tanto vinculantes para todo el grupo, las decisiones aprobadas al menos por la mayoría de aquellos a los que corresponde tomar la decisión; (c) pero que bien se entienda que ni siquiera para una definición mínima de democracia —como la postulada aquí— se conforme o baste la atribución del derecho a participar directa o indirectamente en la toma de decisiones colectivas a un número muy elevado de ciudadanos, ni la existencia de reglas de procedimiento como la de la mayoría. Es requisito *sine qua non* que los que son llamados a decidir o a elegir a aquellos que deberán decidir, sean colocados frente a alternativas reales y puestos en condiciones de poder optar entre una y otra. Para que se cumpla esta condición, es necesario que a los ciudadanos llamados a decidir se les garanticen los derechos de libertad de ex-

[29] Cfr. GARGARRELLA, Roberto, "Democracia, aceptar la protesta", en *Clarín*, 23/7/2001.

presión, de reunión, de asociación, de petición, etc., derechos sobre cuya base ha nacido el Estado Constitucional y se construye la doctrina de los derechos fundamentales, en sentido fuerte [30].

Toda vez que el derecho de libertad de expresión —y en este caso particular, la que se ejerce para criticar al Gobierno— queda sometido al principio de responsabilidad ulterior, no parece que pueda decidirse su limitación sin que tal restricción no comporte una indebida lesión a su núcleo esencial (cfr. arg. arts. 1°, 14, y 28 de la CN). Es bien cierto que no es un derecho absoluto; pero también parece ser cierto que obstruir el derecho de libertad de expresión, donde quienes lo ejercen, mediante la reunión y petición pacífica, ponen de manifiesto un estado de necesidad extremo y casi terminal, no condice con ningún "interés público" que justifique la intervención. Máxime, como ha quedado aclarado en el párrafo anterior, que una de las consecuencias de la represión o criminalización del conflicto social puede ser apta para vaciar de contenido el derecho de libertad de expresión, en tanto él se muestra como aglutinador y vehiculizador de otros derechos constitucionales de quienes protestan de innegable trascendencia para el desenvolvimiento de la institucionalidad republicana.

El lenguaje expresado por quienes protestan en un piquete parece, pues, la expresión del lenguaje contemplado y auspiciado por el juego de los principios receptados en los arts. 14 y 19 de la CN. A dicha plataforma normativa deben añadirse los principios de igual jerarquía provenientes del derecho internacional de los derechos humanos. ¿O no es el derecho a debatir y disentir el núcleo de nuestro régimen republicano de gobierno? So pena de quebrar tal principio elemental, pareciera que estamos razonablemente habilitados a juzgar, por más doloroso o perturbador que este juzgamiento se nos pueda anunciar, que tales conductas de protesta, *prima facie* y tal como se las concibe aquí, estarían constitucionalmente autorizadas.

Sólo puedo agregar que si los nudos se deshacen con la inteligencia y se destrozan con el sable, no cabría duda de que la opción racional, para analizar esta especial forma de queja social, no es más que una: la tolerancia. Al fin y al cabo, ¿la protesta no es originada por las desigualdades implícitas y explícitas existentes en la sociedad?

Las reglas materialmente constitucionales, al igual que el resto de las disposiciones que componen el ordenamiento, son un punto de partida. La derrotabilidad o no de una tesis interpretativa del ordenamiento constitucional depende del encanto y de la consistencia de los argumentos que la sustentan. Cuando nos enfrentamos con significados, producto de diferentes posibilidades interpretativas del Derecho Constitucional, el que pretenda ser escogido

[30] Cfr. BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Planeta, Buenos Aires, 1994, ps. 21 a 23.

tiene que ser el más razonado; debiendo estar basado en parámetros lógicos y susceptible de ser empíricamente corroborable. Tales resultados, desde luego, deben ser más consistentes que otra propuesta interpretativa. En fin, el producto interpretativo escogido debería servir, razonadamente, para hacer clarificar y también progresar nuestras deliberaciones [31]. Es esto y no otra cosa lo que he intentado, en la inteligencia de que, desde luego, todas las conjeturas deslizadas son introducidas para un caso virtual, el que sólo se desempeña bajo las coordenadas planteadas y seleccionadas en este trabajo. Y ello, porque considero que así deben ser analizados los casos judiciales: uno a uno; aunque amargamente debe anotarse que las conjeturas empleadas (virtuales) parecen mucho más cercanas a la realidad de lo que como ciudadanos estaríamos dispuestos a pensar y suponer.

[31] Cfr. HART, Herbert, *El concepto del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

DERECHO DEL TRABAJO: SU RELACIÓN E INTEGRACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS, LA ECONOMÍA Y LA SOCIOLOGÍA [1]

(Aplicación de nuevos métodos de enseñanza y aprendizaje: técnicas de teatralización y trabajos de investigación de campo en distintas disciplinas)

GLORIA MARINA PASTEN DE ISHIHARA *

PRÓLOGO

Como docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA) he tenido oportunidad de realizar, dentro del marco de la res. 91/1986, experiencias diferentes a las prácticas habituales en el dictado de la materia. Dichas actividades fueron el resultado de mi propio proceso interno y externo que se gestó a lo largo de casi once años de docencia.

El orgullo que siento de pertenecer a esta Alta Casa de Estudios y el afecto por mis alumnos, de quienes aprendo diariamente, me impulsaron a realizar esta presentación para transmitir mis experiencias, como un reconocimiento a mis docentes auxiliares y a mis alumnos que si bien en un principio parecían reticentes a la nueva metodología, posteriormente mostraron un entusiasmo y una responsabilidad dignas de elogio llevando a cabo importantes investigaciones de campo.

Logré, mediante una dinámica de grupo, los objetivos que me había propuesto: una importante modificación en la actitud de los alumnos y el enriquecimiento de mi propio rol como docente y el de las docentes auxiliares que integraban mi equipo de trabajo [2].

[1] Esta experiencia fue realizada en el marco de la Cátedra de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, a cargo de la Dra. Amanda Beatriz Caubet.

[2] Mi formación como docente, lo he señalado en diversas oportunidades, se inició recibiendo las enseñanzas de Juan Carlos Fernández Madrid, Profesor Emérito de esta Facultad y enriquecida con los cursos dictados por el Centro para el Desarrollo Docente, en los que he participado para perfeccionar mi rol como docente. Considero un especial y grato deber expresar mi agradecimiento por el apoyo in-

* Profesora de Derecho Laboral en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

I. INFORME PRELIMINAR

a) La necesidad del cambio: ¿más de lo mismo?

Una de las principales dificultades que deben superar los profesores es lograr que los alumnos se motiven e interesen en la materia que dicta. Sin embargo, no es un objetivo fácil de conseguir. Desde que me desempeño como docente en esta Alta Casa de Estudios (1988), primero en la Cátedra de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social del Dr. Juan Carlos Fernández Madrid y actualmente, en igual Cátedra pero a cargo de la Dra. Amanda Beatriz Caubet, planifiqué el dictado de la materia "Elementos del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", con clases teórico-prácticas, complementando el sistema de evaluación con actividades que iban desde el cine debate hasta investigaciones individuales y grupales vinculadas a temas de actualidad y relacionados con el Derecho del Trabajo.

Debo destacar en este punto que mi actividad docente se desarrolló y se desarrolla en una cátedra caracterizada por la democracia, la libertad y la pluralidad de ideas, sin los cuales no hubiera podido llevar a cabo con éxito las actividades realizadas y que contó siempre con el apoyo incondicional de sus titulares.

A fines de 1996 propuse a mi equipo docente replantear las actividades complementarias, pues advertía que, pese a nuestros esfuerzos, existía una falta de motivación en los alumnos. Ello me indicaba la necesidad de cambiar, pero no agregar "más de lo mismo", sino a través de modificaciones profundas en el sistema de enseñanza y del aprendizaje de tal manera que incidiera positivamente en la actitud de los alumnos y en el cuerpo docente.

b) La ardua tarea de enseñar y el aprendizaje

¿Qué me impulsó a implementar nuevas actividades? En primer lugar, la observación de la población estudiantil de esta Facultad de Derecho. En general, concurre a cursar la materia "rápidamente". Es una hora y media que le permite escuchar una clase, tomar apuntes y nota de las fechas de los exámenes parciales. Si la materia le interesa, presta suma atención pero si es una que corresponde al grupo de "si no la apruebo, no me recibo", su concurrencia será pasiva y más grave aún, su participación será escasa. Aprobará la materia como una más de las que necesita para graduarse sin incorporar los conocimientos necesarios para su profesión. No debemos olvidar que el derecho es un todo y que la división en materias es sólo un método pedagógico.

---

condicional que he recibido en ésta y en tantas otras oportunidades. Asimismo, merece, por muchos motivos, reconocimiento mi actual titular de Cátedra, Profesora Amanda Beatriz Caubet, quien, con espíritu solidario y acertadas opiniones contribuyó a la realización plena de la actividad.

De ahí la necesidad de que el alumno participe y encuentre motivación en todas las materias, no sólo en las que son de su agrado sino también en aquellas necesarias para una adecuada formación profesional, pero... ¿cómo lograrlo? Ésa es la tarea más ardua de los profesores.

En otro plano, como docente durante varios años recibí la debida y obligatoria capacitación en el Centro para el Desarrollo Docente. Incorporé que el aprendizaje es el hecho mismo de la vida y el único medio de progreso en cualquier etapa. Aprender, desde el punto de vista de la conducta del alumno, entraña la idea de enriquecimiento, el resultado de un proceso mental y de la experiencia.

Los nuevos métodos de aprendizaje descartan la memorización, la repetición de datos y la acumulación de ideas. No es ajustarse a lo que expresa el profesor, tampoco acumular hechos cronológicos y ni siquiera estudiar adecuadamente para el examen.

Cada persona aprende de una manera determinada, con un ritmo y con motivaciones específicas. Establecer objetivos y necesidades para que el proceso sea beneficioso es la tarea del profesor. En todo proceso de aprendizaje, el sujeto debe participar activamente, no ser un mero receptor, debe buscar y encontrar por sí mismo las respuestas a sus inquietudes por medio de la observación, de la experiencia y del desarrollo total de sus sentidos.

c) Los objetivos del docente: el alumno-persona

La consideración y revalorización del alumno-persona, requiere que resalte tres aspectos que a mi entender son imprescindibles: 1) la motivación, necesaria para cualquier aprendizaje; 2) el estímulo que crea en el alumno la conciencia de que existe un problema y que debe resolverlo.

A la par de ello, mi propio objetivo: lograr que los alumnos tomen conciencia de que son realmente capaces de aportar algo nuevo a través de la creatividad; que su concurrencia a la Facultad de Derecho no consiste en disponer de una hora y media para cada materia, escuchar la clase y partir a escuchar una nueva y, fundamentalmente, que la materia que yo dictaba fuera "aprehendida e internalizada". Lo importante para mí era combinar un método original y dinámico que permitiera: hacer surgir la sensibilidad de los alumnos; lograr la confianza en ellos mismos; mejorar su comprensión y tolerancia a través de la participación, la interacción y el trabajo colectivo; producir inquietudes y recibir como retorno el aporte de los alumnos a los propios docentes aún en grados diferentes; lograr el pensamiento abierto y crítico a las dificultades que se presentan cotidianamente, el análisis de sus ideas y las del grupo; incrementar el interés y la motivación de los alumnos por la disciplina; incentivar en el alumno su razonamiento y su capacidad de investigación; permitir que los docentes desarrollaran y perfeccionaran su rol como tales, aplicando nuevas estrategias de

enseñanza; profundizar las relaciones alumno-docente, intentado lograr un conocimiento personalizado.

II. La nueva técnica: teatralización (primer cuatrimestre de 1997)

En el marco de estas ambiciosas ideas encaucé las nuevas experiencias. De tal manera, propuse a mis ayudantes docentes implementar una representación teatral. La propuesta generó algunas opiniones parcialmente contrarias en los propios docentes que también se resistían a estos cambios. Sin embargo, el proyecto continuó y en febrero de 1997, se procedió a la elección de la obra para proponerla como actividad práctica al inicio del cuatrimestre. Ésta consistió en relatos breves de contenido social vinculados al mundo del trabajo.

Al iniciarse el cuatrimestre, la experiencia recayó en los alumnos de la Comisión 8619 y se les propuso la participación voluntaria en la obra de teatro, y a quienes no deseaban hacerlo se les encomendó una investigación grupal sobre temas vinculados a la materia. Los alumnos que participaron de esta actividad, su desarrollo, las evaluaciones a través de los parciales y la exhibición de la obra surgen descriptas en los párrafos que siguen. Sin perjuicio de ello, destaco que el 18 de junio de 1997 en el salón Auditórium se presentó "Historias para ser contadas" de Osvaldo Dragún, de la cual se eligieron dos obras breves y, como dije, de profundo contenido social, representadas y adaptadas por el grupo de alumnos que eligió dicha actividad [3]. Una de ellas, "Historia del hombre que se convirtió en perro", es una metáfora tragicómica que muestra en forma cruda e impactante la penosa situación por la que atraviesan millones de argentinos. El protagonista es un desocupado que, frente a la única oferta de trabajo recibida, decide aceptar ser el reemplazante del perro del sereno que había fallecido.

Lo cierto es que verdaderamente es tratado como un perro (se le exige ladrar y dormir en una casilla de perro, por ejemplo), de tal manera que comienza a comportarse —incluso con su esposa— como un perro y luego, cuando es despedido, sólo consigue trabajo como perro, transmitiendo su angustia a la esposa. Luego termina totalmente desquiciado.

En la segunda representación, "Historia de cómo nuestro amigo Panchito González se sintió responsable de la epidemia de peste bubónica en África del Sur", el protagonista no logró concretar su sueño de ser ingeniero, pero formó una familia y tiene hijos y para mantenerlos necesitaba conseguir un buen trabajo, por ello se inserta en una empresa multinacional donde le prometen pagar

[3] La puesta en escena en el Salón Auditórium logró un éxito rotundo con la participación de familiares, alumnos universitarios, titulares y profesores de la Cátedra, alumnos secundarios y sus profesores, autoridades del Centro para el Desarrollo Docente y del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho.

un sueldo muy importante si logra ganar una licitación para enviar carne al África del Sur.

Sin embargo, la competencia es sumamente feroz porque cualquier tipo de carne es sumamente cara y como no puede bajar los precios se le ocurrió enviar carne de rata con la aprobación de los directivos de la empresa, sin medir las consecuencias, de tal manera que provoca una epidemia de peste bubónica en el África.

En principio no le importa lo que le ocurra a los negros (así los llama en forma despectiva) ya que se convierte en un gran hombre de negocios pero luego, la epidemia pasa a ser mala propaganda para la empresa, lo despiden y provoca su reflexión final: si en el futuro le ofrecen un sueldo tan importante, debe pensar en su familia, pero... ¿si en lugar de los africanos fueran sus propios connacionales?

En ambas obras se trataron los valores de la libertad, la justicia y la dignidad de las personas, el estado de necesidad, la discriminación y las nefastas consecuencias del desempleo y de la flexibilidad laboral desprotectora (la desintegración de la familia, la primera célula de la sociedad, la indiferencia y la marginación social, las afecciones psíquicas y físicas que afectan a los trabajadores) y los derechos humanos como inescindibles del Derecho del Trabajo.

a) Los resultados positivos y negativos de la propuesta

Las dificultades en el cuatrimestre fueron muchas y variadas. Aparecieron personalidades con fuertes rasgos de liderazgo, pequeños grupos de conflictos y también inconvenientes de tipo económico, pero se logró, mediante la participación permanente de los docentes, el desarrollo de la actividad en forma normal en un clima de afecto, respeto y colaboración [4].

Los resultados positivos de la experiencia fueron: Modificación sustancial en la actitud, participación y motivación de los alumnos; el interés se dirigió a la internalización y discusión de los contenidos dictados, la nota y aprobar la materia no dejaron de ser importantes pero ocuparon un lugar secundario. A

[4] Es necesario aclarar que en un principio se programó la teatralización como una actividad que se realizaría en un aula de mayores dimensiones de las que se utilizaba habitualmente, sin embargo el entusiasmo de los alumnos llevó a que la obra se presentara públicamente, para ello, se dividieron en grupos de actores, de escenografía, folletería, iluminación, apuntadores y utilería. En sonido, es importante destacar la participación de alumnos secundarios pertenecientes al 5° año de electromecánica de la Escuela Técnica Alemana de Moreno (Deutsche Vereinigung Moreno) que suministraron equipos de audio, participaron en los ensayos y concurrieron desde la ciudad de Moreno, provincia de Buenos Aires a presenciar la actuación. Asimismo, conté con la generosa participación y colaboración de la Secretaría de Relaciones Institucionales a cargo del Dr. Juan Pablo Mas Velez, de la Secretaría de Extensión Universitaria a cargo del Dr. Juan Seda, del equipo de mantenimiento de la Facultad de Derecho a cargo del Sr. Abel Rodríguez y de la diseñadora gráfica de Extensión Universitaria, Srta. Silvana Elizabeth Kaplan.

su vez, la calificación definitiva evidenció un rendimiento superior a comisiones anteriores. Nacieron lazos de solidaridad y camaradería en los alumnos, se modificó la relación entre los docentes de la comisión, lográndose una comunicación más fluida, de apoyo mutuo, con intercambio de ideas y un compromiso con la tarea a realizar. Los resultados negativos fueron: quienes no habían participado en la obra de teatro e integraban los grupos de investigación, durante el dictado de las clases observaba una postura silenciosa y poco participativa. Al advertir tal situación decidí revertirla: se propuso efectuar, como cierre de la materia, posterior a la puesta en escena, un panel de exposición y de debate de sus propios trabajos, lo que efectivamente se realizó. Si bien hubo participación y entusiasmo al exponerse los trabajos, observé que dichas investigaciones no eran tales y demostraba que involuntariamente había faltado la conducción de los docentes. En efecto, los trabajos que los alumnos presentaron consistían en la recopilación de datos de diversos autores, aunque no puedo dejar de destacar que habían sido elaborados con responsabilidad y esfuerzo, dentro de parámetros marcados por la propia Facultad, que no cuenta con cursos, en esta etapa de la carrera, destinados al desarrollo y la aplicación de métodos para investigar. Por lo tanto, reconozco, que el resultado obtenido en este grupo no fue el esperado.

b) La actitud y la colaboración prestada por las docentes auxiliares

En este punto, debo destacar muy especialmente la labor de las docentes que me acompañaron en la experiencia relatada. Por un lado, Patricia Álvarez, joven docente que había sido recientemente incorporada a mi Comisión, que por su juventud y falta de experiencia sentía en ella misma, similares temores a los evidenciados por los alumnos pero igualmente logró llevar a cabo su tarea con resultados positivos. No sólo me ayudó en el dictado de las clases, sino que se vinculó con los alumnos de tal manera que era una más del grupo, participando incluso como "actriz" en una de las obras. Adriana Valinotti, con más experiencia docente que Patricia, fue quien se encargó de la búsqueda de las obras de teatro cuya selección final quedó a mi cargo. Su conocimiento e inclinación por el teatro y el tiempo personal que dedicó a los alumnos, permitió superar con éxito muchos obstáculos generados por la nueva experiencia [5].

III. Informe presentado en el primer encuentro intercátedras

Los días 19, 20 y 21 de octubre de 1998 en la Facultad de Filosofía y Letras se realizó el Primer Encuentro Intercátedras al que gentilmente fui invitada

[5] Como siempre que he tenido oportunidad de resaltarlo, sin la colaboración de Patricia y Adriana no hubiera sido posible concretar este proyecto.

a participar por el Centro para el Desarrollo Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Esta jornada denominada "Desarrollos en Docencia Universitaria con Expocátedra", con sede en la Facultad de Ingeniería, fue declarada de interés por el Consejo Directivo de la Facultad de Filosofía y Letras, de importancia académica por el Departamento de Ciencias de la Educación y contó además con el auspicio de la OEA.

Allí presenté la experiencia realizada con los alumnos de la Comisión 8619 y fue incluida en los talleres organizados por las directoras del Programa de Estudios sobre Aulas Universitarias y de Instituciones Educativas, Licenciadas Elisa Lucarelli y Lidia Fernández.

En mi carácter de responsable y expositora, juntamente con las Dras. Álvarez y Valinotti, el día 19 de octubre de 1998 participé en el Taller nro. 4, relatamos e intercambiamos nuestras experiencias con otros docentes que habían concurrido, la cual sintéticamente he expuesto en los párrafos anteriores.

Asimismo, pusimos a consideración de los colegas que asistieron al primer encuentro intercátedras, la carencia de recursos para solventar los gastos que demandó la actividad, que requirió de nuestros propios aportes con algunas ayudas especiales de otros profesores de la Cátedra y de Extensión Universitaria de la Facultad [6]. Por otra parte, destacamos que la participación de los alumnos en este tipo de técnicas no es al inicio, espontánea y entusiasta, sino por el contrario reticente, por lo que la actitud del docente como motivador ocupa un papel importante.

Dejé constancia de que mi propia experiencia me llevó a concluir que era necesario un cambio previo en el docente, tanto en la concepción del propio rol como del mismo proceso de aprendizaje, como requisito ineludible para aspirar luego a modificar la conducta y respuesta deseada en el alumno.

Además, que el abordaje de este tipo de técnicas requiere de conocimientos mínimos e imprescindibles vinculados a la dinámica grupal, puesto que los obstáculos surgidos en el transcurso de la actividad se concentraron, casi exclusivamente, en todo lo relacionado a la constitución y funcionamiento de un grupo de trabajo, por lo tanto sugerí la conveniencia de completar la formación del docente con talleres o cursos a ese respecto.

Cabe destacar que la labor mereció importantes y positivos comentarios, dado que llamó la atención que alumnos universitarios de la Facultad de Derecho, vistos como "muy estructurados" se movieron con libertad y creatividad en un espacio tal vez reservado para otras actividades universitarias. Debo des-

[6] Para poder realizar la puesta en escena fue necesario contar con una consola de iluminación que la Facultad no poseía. Este juego de luces se adquirió con fondos de docentes y alumnos y mediante actuación nro. 4768 del 15/12/1997, fue donado a la Facultad de Derecho con la única condición de ser utilizado por el Centro para el Desarrollo Docente y para todo profesor que deseara poner en práctica nuevas técnicas de aprendizaje, con fines exclusivamente benéficos, propuesta que oportunamente fue aceptada por el Sr. Decano.

tacar que al informe que oportunamente presenté, acompañé una cinta filmada de dicha actividad lo cual sirvió para ilustrar la experiencia desarrollada.

IV. Una segunda actividad: investigaciones y teatro (segundo cuatrimestre de 1998)

Los resultados apuntados motivaron que en el segundo cuatrimestre de 1998 planeáramos una actividad similar a la anterior, pero, debido a las observaciones formuladas, el objetivo esta vez fue fundamentalmente, mejorar las actividades de investigación. Es así que Adriana Valinotti, por hallarse cursando una maestría en Ciencias Sociales y por ende con acceso a distintas disciplinas, propuso dividir la actividad en dos ejes: por un lado, la puesta en escena de una obra de teatro vinculada como antes a los contenidos de la materia y, por el otro, la realización de verdaderos trabajos de investigación, ambas actividades integradas y dedicadas al conocimiento de la realidad del mundo laboral.

La idea era que a través del teatro se realizara una actividad creativa y mediante trabajos de investigación se intentara, desde la óptica de la Sociología, la Economía y los Derechos Humanos, vincular e integrar las distintas disciplinas con el Derecho del Trabajo.

De tal manera, la Comisión se dividiría en cuatro grupos de reflexión con el objeto de extender los conocimientos adquiridos a sus pares, propuesta que acepté de sumo grado, porque se abría la posibilidad de enriquecer el conocimiento de los alumnos y propender al crecimiento intelectual del propio grupo docente.

Así, al iniciarse el segundo cuatrimestre de 1998, la propuesta recayó sobre la comisión 8214 y desde el principio, se formaron cuatro grupos, cada uno con un profesor en las distintas especialidades antes mencionadas, y luego de una reunión con quien suscribe, aceptaron conducir cada uno de los grupos e iniciarlos en un proyecto de investigación dedicando su valioso tiempo en forma desinteresada y generosa, sin perjuicio de que también para ellos constituyó una experiencia enriquecedora ya que si bien como científicos se encuentran acostumbrados a este tipo de actividades, fue importante contar con alumnos de derecho ausentes de experiencia alguna.

Mi compromiso hacia ellos, con la conformidad y el apoyo de la Dra. Caubet (titular de la Cátedra), fue facilitarle el acceso a lugares para las reuniones de trabajo, la participación de los alumnos y dar a publicidad esta tarea, el cual cumplo mediante el presente informe.

a) Los temas investigados y los docentes que participaron en las actividades de investigación y en la representación teatral

A continuación expongo los temas investigados, los profesores invitados a cargo, su trayectoria y los docentes de mi comisión que participaron en esta segunda actividad:

Economía: se investigó acerca de: "Los Trabajadores argentinos frente al nuevo escenario laboral" a cargo del Dr. Carlos A. R. Cleri, Contador Público, Posgrado de la especialización en Comercio Internacional, Ex Decano de la Escuela de Economía y Negocios Internacional de la Universidad de Belgrano, Coordinador Académico de Lynn University (EE.UU.); en la Argentina, Profesor de la UB, UBA, Palermo y UNLP.

Sociología: la propuesta fue: "Condiciones de vida y estrategias laborales de los niños en situación de calle. Trabajadores infantiles de la ciudad de Buenos Aires", a cargo de la Licenciada Alicia Lezcano, socióloga, Becaria Posdoctoral de Conicet 1995/97, Adjunta del Gabinete Metodológico de la Facultad de Derecho de la UNLP.

Derechos Humanos: se partió de la siguiente premisa: "Los Derechos Humanos del trabajo" a cargo del Dr. Rolando Edmundo Gialdino, Secretario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, titular de la Secretaría de Derecho Comparado e Investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La coordinación general de estas actividades, que consistió en la participación de las reuniones, confección de informes por escrito y control de asistencia de los alumnos estuvo a cargo de la Dra. María Cecilia Petruzzello, quien de esta forma inició su carrera docente.

Teatro: se presentó la obra: *El tío loco* de Roberto Cossa, en la cual intervinieron las docentes Adriana Valinotti, en la Coordinación General, Liliana Fernández, en escenografía, sonido, iluminación y vestuario, y Patricia Álvarez como apuntadora [7]. Al igual que en las obras anteriores, se planteó el tema de la dignidad de las personas, los efectos nocivos de la desocupación sobre la célula familiar, la explotación del ser humano por el propio ser humano, la situación paupérrima de los ancianos ante la carencia de una red de seguridad social, la falta de trabajo para los jóvenes y los problemas de la familia generados por la depresión del mercado laboral. Como expresé, la labor llevada a cabo por los profesores invitados y por el grupo docente de mi comisión resultó insuperable. Se trabajó en equipo, con responsabilidad y solidaridad. Los alumnos que participaron en esta actividad fueron: Aleman, Martín R.; Bootello, Juan M.; Cordero, Bartolomé L.; Fernández, Marcelo P.; Forlón, Juan M.; Galmarini, Florencia A.; Ghione, María R.; Gonda, Mariano D.; Groisman, Javier D.; Liotto, Germán C.; López, Fernando P.; Martínez, María C.; Merico, Vanesa L.; Monteagudo, Claudia V.; Ohman, Natalia; Olmedo, Andrés; Otero, Analía S.; Paternó, Marcelo A.; Podesta, Maximiliano; Sánchez Negrete, Rosa; Maron, Karen F.; Vilar, Luis M.

[7] A su vez recibí la invalorable colaboración (moral y económica) de la Dra. Gloria Llana y del Dr. Guillermo Pajoini, ambos docentes de la Facultad y de los ayudantes alumnos, Srta. Andrea Molina y Sr. Rodrigo Elizalde que aportaron las impresiones recogidas en la primera experiencia en la cual habían participado.

b) Los aspectos generales de las investigaciones

Cabe dejar asentado que en Sociología y en Economía los alumnos debieron realizar un importante y delicado trabajo de encuestas, que no me fueron entregadas aunque por intermedio de la coordinadora general de esta actividad, Dra. Petruzzello, se me suministró los informes de cada una de las actividades.

Se me explicó que en virtud de los delicados temas abarcados y el tipo de población que fue entrevistada era necesario mantener reservado dicho material. En este sentido aclaro que las encuestas correspondientes a las investigaciones en Economía y Sociología obran en poder de los respectivos tutores, Licenciada Lezcano y Dr. Cleri.

Debo destacar una vez más la labor desarrollada por todos los profesores en cada una de las investigaciones, dado que el resultado de las mismas y la compilación y análisis de datos resultó fundamental para arribar a la síntesis final de cada trabajo de investigación, como se podrá apreciar más adelante.

Para su presentación, juntamente con la obra de teatro, se organizó una jornada interdisciplinaria que se llevó a cabo el 13 de noviembre de 1998 a partir de las 15,30 horas en el Salón Auditórium y culminó aproximadamente a las 21 horas. Se inició con la exposición de los trabajos de investigación y concluyó con la puesta en escena de la obra de teatro.

Al igual que la experiencia anterior, resultó un éxito total, participaron alumnos, familiares, docentes, contó con la presencia del profesor Emérito de la Facultad de Derecho Dr. Juan Carlos Fernández Madrid, y la actual titular de la Cátedra Dra. Amanda Beatriz Caubet, como así también asistieron otros profesores de la cátedra y de otras materias.

En los apartados que siguen se exponen cada uno de los trabajos de investigación, los que han sido transcriptos tal cual me fueron entregados sin modificación alguna.

V. Investigación en Economía. "Los trabajadores argentinos frente al nuevo escenario laboral"

Tutor a cargo: Dr. Carlos A. R. Cleri

Alumnos: Allievi, Javier I.; Bolontráde, Eduardo; Bustamante, Carlos A.; Contursi Fernández, Zulma; Costa, Ignacio J.; Del Campo, Rodrigo; Eidelson, Enrique; García, María; Amahon, Hernán D.; Malceñido, Hernán A.; Maron, Karen F.; Morbiato, María E.; Passadore, Diego; Quinos, Santiago; Randazzq, Gabriel; Souto, Eva R.; Taborda, Roberta; Avera, Rosa M.

a) Objetivos y método

El objetivo de la investigación se centró en el análisis de los trabajadores argentinos frente a los cambios derivados del proceso de globalización econó-

mica a escala mundial, el aumento de los niveles de competencia interempresaria y el modelo de convertibilidad seguido por la Argentina a partir de 1991 y las secuelas de sus principales instrumentos: apertura económica, las privatizaciones de las empresas públicas y la paulatina flexibilidad laboral.

A partir de este análisis, se extrajeron conclusiones acerca de los efectos de los cambios sobre el nivel relativo de *confort* en el ámbito laboral y fuera de éste y la salud física y mental de nuestros trabajadores.

Finalmente se consideró si el modelo seguido por la Argentina en materia de relaciones laborales estaba en consonancia con la evolución seguida por los países líderes o se producen desvíos a favor o en contra de la masa de trabajadores.

Los alumnos, bajo la dirección del Dr. Cleri, fueron divididos en tres grupos y realizaron la tarea de investigación de la siguiente forma: efectuaron encuestas a trabajadores y para facilitar las tareas se les permitió entrevistar a personas allegadas, pero siempre que se desempeñaran en relación de dependencia. Por lo menos cuatro entrevistas fueron realizadas a trabajadores industriales. La información recogida se presentó en forma anónima, las respuestas no en forma individual sino agrupada. Luego se formó un grupo que procesó los datos para ordenar toda la información, discutiéndose las conclusiones. Por último, otro grupo de alumnos elaboró el documento que sería presentado públicamente.

b) Síntesis e informe final de los alumnos investigadores

I. El mayor valor de las encuestas realizadas por este grupo radica en tratar de obtener un reflejo del escenario laboral de nuestro país y, sobre todo, constatar si concuerda con los distintos sistemas laborales vigentes en todo el mundo por efecto del fenómeno llamado "globalización".

Primero corresponde aclarar que la "globalización" no constituye un hecho puntual, sino que es un proceso dinámico. Las empresas operan sin considerar fronteras, los mercados financieros se unen, los habitantes consumen bienes que no son elaborados en sus respectivos países, repercutiendo en cada uno lo que el resto del mundo haga.

Al respecto, para comprender este fenómeno se pueden destacar tres etapas.

En primer lugar, un período restringido a la búsqueda afanosa de materias primas y alimentos. Posteriormente, la creación de organismos internacionales que tuvieron como fin lograr la unidad comercial y financiera de todo el planeta trajeron aparejada la aparición de las empresas multinacionales, las que comenzaron a operar en distintas regiones, y tuvo como resultado una diversificación de las fases del proceso productivo.

En la etapa actual, nos encontramos con una diferencia muy importante respecto de las anteriores: la elevada complejidad de las relaciones económicas traen como resultado que una decisión adoptada repercute en toda la comunidad mundial.

Debe ponderarse la determinativa influencia del factor tecnología. Éste deviene en un elemento básico impulsor y facilitador de la globalización.

Más allá de lo expresado, debe destacarse, con una visión lo más objetiva posible, que la situación de los trabajadores en nuestro país es realmente preocupante. Altos porcentajes demuestran la disconformidad que ellos tienen con sus empleos, lo cual ya de por sí, contraría el concepto de trabajo. El art. 4° de la ley 20.744 lo define como la actividad productiva y creadora del hombre, entendiéndose que debe ser una actividad realizadora de la persona humana, lo que además avalan diversas normas internacionales como así también encíclicas papales.

II. Una vez reunidas la totalidad de las encuestas, más allá de las distintas reacciones que tuvieron los trabajadores frente a las mismas (varió según la rama de actividad, capacitación, ingreso, funciones, y demás ítems que a continuación se abordarán), arrojaron las siguientes conclusiones: los trabajadores, cumplen con su prestación en la relación laboral, básicamente por dos motivos muy importantes como son la necesidad de la remuneración —de 108 encuestados más del 40% dijo que ésa es la razón por la que trabaja— y la ausencia de otra alternativa —del total, un 34% así lo manifestó—. Lo cual deriva de la situación económica actual, la que ya no se puede medir tomando las economías de cada país, sino que éstas se hallan interrelacionadas.

Esta circunstancia, no hace más que influir en las relaciones laborales, de modo que los derechos de los trabajadores se ven condicionados, dado que las medidas adoptadas internamente deben ser acordes al panorama mundial de interdependencia, a diferencia de cómo ocurría a mediados del siglo XX cuando un Estado era mucho más fuerte en sus decisiones, sin serle tan significativo lo que sucedía en el resto del mundo. La realidad descripta, respecto del cambio de modalidades de trabajo, se cristalizó en las respuestas que obtuvimos, en cuanto a que denotaron una desvalorización del trabajador como persona, trayendo como consecuencia la violación de la normativa, que tiende a que la actividad laboral sea realizadora de la persona humana. Sobre el punto se puede remarcar que, del total, un 90% presta servicios por más de 35 horas semanales, lo que además, por supuesto, no se refleja en la remuneración, siendo que las tendencias en los países más desarrollados es llegar a un promedio de 35 horas semanales, dándole la oportunidad al trabajador de desarrollar otras actividades, vinculadas al crecimiento intelectual y cultural. En el mismo sentido el 37% de la rama de la industria y un 41% del sector servicios, refirió no estar satisfecho por su empleo, un 55% de ambas áreas manifestó sentir resistencia por retornar a su trabajo y un 48% expresó sentirse estresado por la tarea que realiza. Esto no hace más que afirmar lo anteriormente dicho, en cuanto a la gravosa situación del trabajador y al desequilibrio existente entre las partes de la relación laboral, siendo, por otro lado, llamativo el aumento de la producción en todos los órdenes de la economía, lo cual no se refleja en la distribución de las riquezas.

Como corolario de todo esto podemos decir que en el año 1974 la distribución de los ingresos era de un 50% para los empresarios y el restante para los asalariados. En la actualidad, el porcentaje de los asalariados, en su relación con los ingresos totales de la empresa, ronda el 17%.

Siempre relacionado con el desmejoramiento de las condiciones de los trabajadores, nos resultó preocupante el alto porcentaje de personas que señalaron sufrir enfermedades psicosomáticas (hipertensión arterial, gastritis, úlcera, insomnio, impotencia, etc.). Aclaramos que se percibió que los encuestados se mostraron reticentes a decir que tenían enfermedades ligadas a sus respectivos trabajos o vinculadas a las condiciones en las cuales se desarrollaban los mismos.

III. Teniendo en consideración las modalidades descriptas precedentemente y la estructuración de la producción a la cual se tiende mundialmente en las distintas economías, nos pareció importante confrontar si del resultado de nuestra investigación se desprende que la actual situación de los trabajadores de nuestro país se encuentra acorde con aquella modalidad.

Así al preguntársele cuestiones tales como si aumentó la exigencia en el trabajo, si se les consulta y participan de la programación de la tarea, si tienen oportunidad de sugerir mejoras, quién ajusta el ritmo del trabajo y si realiza una parte o todo el proceso productivo, nos encontramos con una alta variación en los porcentajes de las respuestas que, en cierto modo, nos lleva a interpretar que en nuestro medio no se pudo visualizar que el sistema se acerque a lo que las nuevas pautas de la economía determinan.

Al respecto, corresponde remarcar que en el área servicios un 71% y en el sector industria un 75%, se volcó por una respuesta afirmativa acerca de que aumentó la exigencia en el trabajo, lo que se explica si se tiene en cuenta que la economía en la República Argentina ha crecido notoriamente, más allá de la situación de las distintas clases.

Por otro lado, si bien nos referimos a un aumento de la actividad económica, lo cierto es que se verifica un desfasaje en cuanto a las modalidades de producción que han adoptado los países desarrollados, y que, como ya dijimos, son necesarias para poder tener cierta participación en la economía, la cual ya no puede ser aislada sino que es integradora (si bien son diferentes los modelos europeo, norteamericano y japonés, todos ellos tienden a dignificar el trabajo como forma de conseguir mayor productividad, lamentablemente en nuestro país no se cumple).

Al respecto, las grandes potencias económicas, quienes mandan en el mundo, han implementado un sistema donde se sentaron premisas tales como: ya no compite trabajador contra capital, sino empresa contra empresa, sintiéndose el trabajador parte de ésta, dejando en un segundo lugar los intereses de su clase; la producción es diversificada; hay innovación continúa; dándose mayor

importancia a la calidad del producto; lo que lleva a una conciencia por parte de los empleadores, como de los trabajadores, de constante autosuperación. Resulta ilustrativo en relación a esto, que de nuestra investigación obtuvimos que más del 80% de los encuestados refirió que sus intereses nada tienen que ver con los de la empresa para la que prestan servicios.

Este nuevo orden, también, demuestra que en la realización de las distintas tareas, el trabajador tiene una participación activa. Ante ello nosotros, por el contrario, recibimos un porcentaje del 79% que sostuvo que no participa en la programación de la labor, un significativo 54% nos dijo que no se le consulta sobre la misma, y un 45% señaló que no se le da la oportunidad de sugerir mejoras, lo cual lo único que hace es demostrar que si bien aumentó la exigencia en el trabajo, los vínculos en general entre las partes que conforman las distintas relaciones laborales (empleador y trabajador), y también los lazos que unen a estos últimos, no resultan participativos, integrados y flexibles, como lo establecen las circunstancias actuales.

Sin embargo, nos encontramos, y en concordancia con el escenario actual, que un 72%, sumados ambos sectores, refirió que realiza sólo una parte del proceso productivo, pero a su vez un 73% en la rama de la industria y un 74% del área servicios, señaló que el trabajo es repetitivo, lo que denota la falta de una programación de la actividad que sea flexible, integrada y competitiva.

Sobre esto, es importante remarcar circunstancias realmente curiosas, como la que se está dando en los Estados Unidos de Norteamérica, donde existen grandes corporaciones en las cuales los trabajadores, además de prestar su fuerza productiva, tienen en su poder parte del capital de la empresa para la que trabajan (ya sea acciones, cuotapartes, etc.) lo que crea una alteración en las clásicas relaciones laborales, debido a que se podría decir que los sujetos son a la vez empleador y empleado, haciendo nacer un sentimiento de pertenencia a la empresa y también de obligación laboral con ella.

Un tratamiento aparte requiere todo lo atinente a la responsabilidad. Cuando a los trabajadores se les preguntó cómo era la responsabilidad que tenían sobre la tarea realizada dentro de la empresa respondieron que la misma era individual (71% por sí, 29% por no).

Sin embargo, paradójicamente, un 66% del sector industrial y un 62% del área servicios manifestó que trabajaba con otras personas, lo cual evidencia que la estructura de las empresas en la Argentina no fomenta el trabajo en equipo para alcanzar un mismo objetivo como se da en el modelo japonés.

Es por tales circunstancias, que en nuestro país los obreros se encuentran más interpretados por su clase social que por la empresa para la cual prestan su labor. Esta es la diferencia más importante con el modelo japonés en el cual el trabajador y el empleador se encuentran identificados con la empresa a la que

pertenecen, trabajando en equipo y luchando contra las firmas competidoras y no contra otra clase social.

Asimismo, al interrogárseles sobre quién debía subsanar las dificultades que se producen durante la ejecución de la actividad productiva, obtuvimos los siguientes porcentajes: un 38% expresó que es el propio trabajador, un 43% señaló que lo hace el supervisor y un 15% una persona especialmente designada (en este caso fue notoriamente mayor el porcentaje en la rama industrial, ello en virtud de que lógicamente ese tipo de actividad requiere la utilización de distintas máquinas).

Quedó demostrado que los trabajadores tienen cierta libertad para ejecutar sus tareas. Al respecto un 68% de la industria y un 73% del sector servicios, así lo manifestó; pero al momento de controlar el resultado del trabajo un 74% del total señaló que es el supervisor quien ejerce tal función.

Consideramos que se encuentra íntimamente relacionado, con todo lo relativo a la responsabilidad de los trabajadores, el adiestramiento recibido, o no, para desarrollar sus respectivas actividades. Entonces, pasemos a observar los resultados obtenidos: solamente un 27% del total expresó que le llevó tiempo aprender la tarea, mientras que el 70% de los encuestados señaló haber recibido adiestramiento para ejecutar el trabajo, el cual, según lo dicho por un 59%, fue dado ya mientras se encontraba prestando funciones, y sólo un 41% afirmó haber efectuado cursos (dentro de la empresa un 24% y fuera de ella un 17%). Sin embargo hoy en día tan sólo un 28% del sector industrial y un 33% del área de servicios manifestó recibir adiestramiento continuo (aclaramos que no son nuevas capacidades).

Esto nos lleva a la reflexión de que conforme a cómo se capacita a los trabajadores en las naciones más desarrolladas, donde se considera una inversión y no un costo lo relativo a la formación de los empleados, así como también lo vinculado a las tareas de investigación y a los avances tecnológicos. Nuestro país denota un sensible retroceso en este aspecto, dado que de acuerdo a los números mencionados en el párrafo que antecede, si bien expresaron haber recibido adiestramiento, la gran mayoría dio cuenta de que el mismo fue dado ya ejecutando la tarea, resultándonos negativo, a los efectos de poder realmente competir en el sistema económico mundial actual, que no se los capacite continuamente. También consideramos contrario al sistema mencionado el alto grado de responsabilidad individual que las encuestas reflejaron, pareciéndonos más acertado tender al trabajo en equipo, en donde todos persigan los mismos objetivos y consecuentemente la responsabilidad sea conjunta.

IV. En este punto nos dedicaremos a analizar la realidad del pensamiento y sentimiento del trabajador frente a la situación actual general, tanto en lo político, en lo económico como en lo social, adelantando que la impresión que nos llevamos es realmente poco alentadora.

Sobre lo expuesto, pasaremos a dar algunos ejemplos que no hacen más que corroborar lo dicho.

Solamente un 46% de los encuestados dijo sentirse realizado con su trabajo. También, y sin tener que ahondar en la delicada realidad de nuestro país, nos encontramos que, del total, un 66% (siendo muy parejos los porcentajes en ambas ramas), manifestó tener miedo a perder su empleo, de ese resultado, un 52% justamente, refirió que ello se debe a la situación del país.

Esto repercute en la vida del trabajador, quien no puede planificar su vida, al estar inmerso en una situación inestable que hace que el mismo viva día a día sin saber si en el mañana tendrá el trabajo, sustento para él y su familia.

En el mismo plano, coincidentemente, al preguntársele su opinión sobre la jubilación, las respuestas obtenidas dejaron en claro la mala expectativa que tienen de la misma. Sobre el punto, a modo de ejemplo, brindamos los siguientes porcentajes: tristeza 23%, miedo 33%. Siendo importante la cantidad de encuestados que se expresó considerando a la jubilación "un fraude". Respecto de esto, creemos que las respuestas dadas son consecuencia de la realidad, al observar la situación actual de los jubilados y la falta de confianza que tiene el trabajador en el sistema previsional.

c) Conclusiones

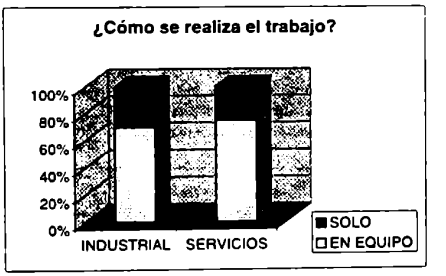
Todo lo expuesto nos lleva a reflexionar sobre diversos puntos tan significativos que nos parece importante mencionar. Estamos convencidos de que el desarrollo que se fue dando, tanto en la industria como en todas las ramas de la economía, trajo aparejado un retroceso paralelo de los derechos. En nuestro caso en particular, que es lo importante, no se pudo adaptar a los constantes cambios que propone este nuevo sistema de economías interrelacionadas o no está capacitada para hacerlo, quizá por falta de recursos, quizá por no tener una estructuración adecuada para poder encarar tal fenómeno, y esto se hizo sentir en los trabajadores que son los que aportan la fuerza productiva. Lo cierto es que el trabajador se ve desprotegido y es quien debe cargar con las consecuencias de una economía estancada ya desde hace tiempo. Los fenómenos actuales de exclusión remiten a antiguas categorías de exclusión lo que trae aparejado la aparición de una nueva cuestión social. El resultado de esto es un mundo de empleo fragmentado donde son tan diversas las situaciones de inclusión como las de exclusión, lo cual atenta contra la conformación de grandes actores colectivos al estilo clásico, como lo era la clase obrera.

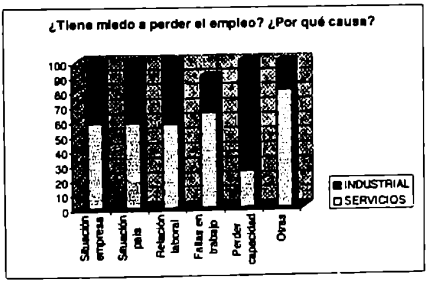
El proceso de heterogeneización del empleo en el sector privado de la economía, impulsada por distintos factores tales como la introducción diferencial de tecnología, la concentración de la propiedad, la acumulación de capitales externos, entre otros, está acompañado por un proceso análogo en el sector de los servicios públicos. Por otro lado, la desindustrialización que se da en la econo-

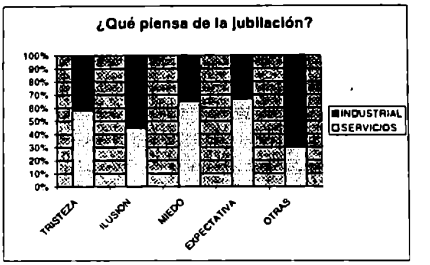
mía se expresa en la caída del porcentaje de obreros que conforman dicha clase, lo que modifica la morfología social. Respecto de este tema es dable agregar que el 20% del sector industrial no se siente integrado a la sociedad. Todo esto trae como consecuencia transformaciones en el mercado de trabajo que implica un proceso de desalarización, una distribución cada vez más concentrada de los ingresos, la precarización laboral, lo cual se traduce en un desequilibrio importante entre las dos partes de una relación laboral. Fiel reflejo de lo dicho anteriormente es la nueva reforma laboral que lo que protege son los derechos pura y exclusivamente del empresario y no los del trabajador, acentuando aún más su desvalorización.

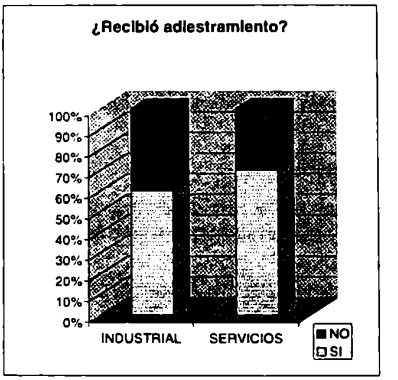
Se percibe cómo el Estado fue perdiendo interés en los derechos de los trabajadores y se abocó a la lucha por mantener la economía a salvo por medio del funcionamiento de las empresas poderosas. Los distintos cambios que se sucedieron en las últimas tres décadas desestructuraron todo el sistema económico imperante, debiendo el Estado intervenir a favor del mismo, cargando con todas las deudas que las distintas ramas del sector económico habían contraído. Es en este panorama en el cual se presenta la globalización en nuestro país, tomando todas las instituciones totalmente desorganizadas y desestructuradas y el motivo por el cual aún no hubo adaptación al mismo.

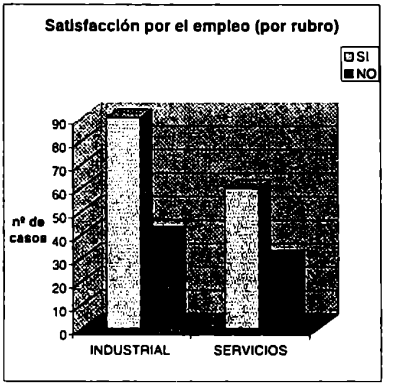
Anexo: gráficos estadísticos

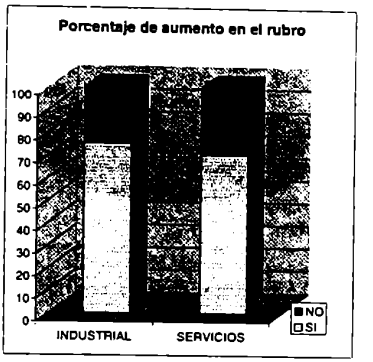


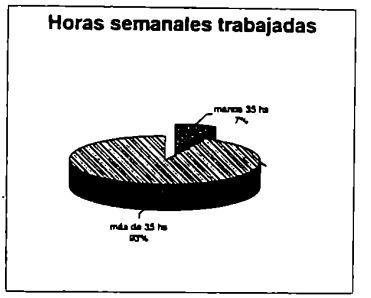


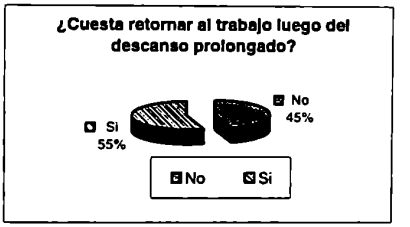

¿Qué piensa de la jubilación?
100%
90%
80%
70%
60%
50%
40%
30%
20%
10%
0%
INDUSTRIAL
SERVICIOS
TRISTEZA
ILUSION
MIEDO
EXPECTATIVA
OTRAS

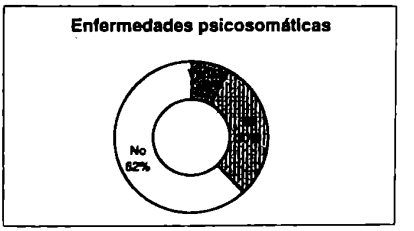

¿Recibió adiestramiento?
100%
90%
80%
70%
60%
50%
40%
30%
20%
10%
0%
INDUSTRIAL
SERVICIOS
NO
SI

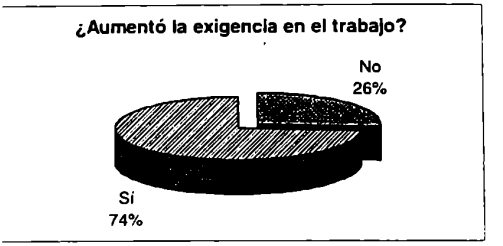

Satisfacción por el empleo (por rubro)
SI
NO
90
80
70
60
50
40
30
20
10
0
nº de casos
INDUSTRIAL
SERVICIOS

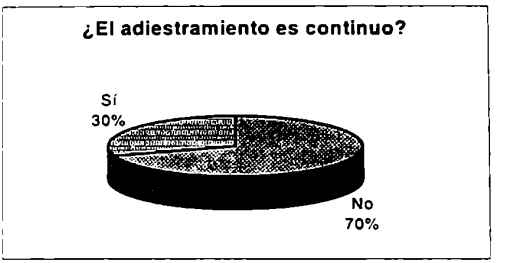

Porcentaje de aumento en el rubro
100
90
80
70
60
50
40
30
20
10
0
INDUSTRIAL
SERVICIOS
NO
SI

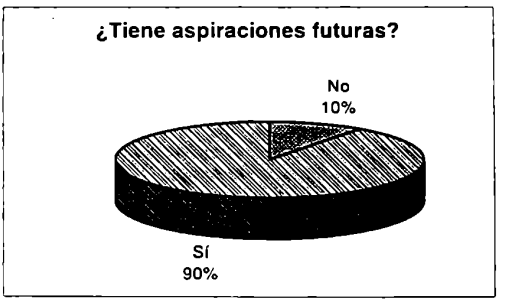

Horas semanales trabajadas
menos 35 hs
7%
más de 35 hs
93%

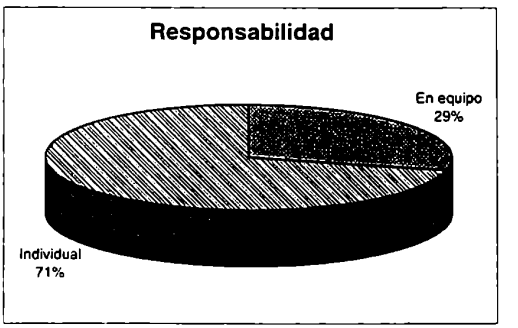

¿Cuesta retornar al trabajo luego del descanso prolongado?
No
45%
Si
55%
No
Si

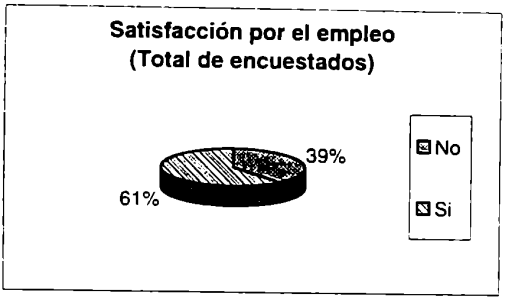

Enfermedades psicosomáticas
No
62%

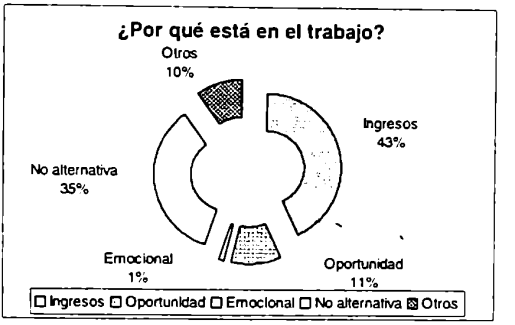

¿Aumentó la exigencia en el trabajo?
No
26%
Sí
74%


¿El adiestramiento es continuo?
Sí
30%
No
70%


¿Tiene aspiraciones futuras?
No
10%
Sí
90%


Responsabilidad
En equipo
29%
Individual
71%





VI. Investigación en Sociología. "Condiciones de vida y estrategias laborales de los niños en situación de calle. Trabajadores infantiles de la Ciudad de Buenos Aires"

Tutora: Licenciada Alicia Lezcano

Alumnos-encuestadores: Ayala, Laura I.; Bernaba Castex, Hernán; Bragalenti, Valeria A.; Brondo, Mónica A.; Dobniewski, Deborah; Efron, Mariano; Espósito, María V.; Fabbricatore, Mariana; Francescutti, Mariana; González, Laura V.; Iribarne, Tristán; Lattorre, Rosana de los A.; Morales, Demián E.; Morón, Valeria L.; Pagni, Jorge F.; Pardo, Oscar S.; Salmain, Gastón A.; Salvio, María F.; San Martín, Patricia A.; Teves, Marcelo E.; Ugarte, Julia E.

a) Objetivos y método

El objetivo de la investigación fue observar y conocer las condiciones de vida y las estrategias laborales desarrolladas por los niños menores de 18 años, en puntos estratégicos de encuentro (terminales ferroviarias, avenidas princi-

pales, microcentro, cruces de calles principales, peatonales) de la ciudad de Buenos Aires, en el período comprendido entre los meses de setiembre y octubre de 1998.

La metodología constó de tres etapas fundamentales: la primera comprendió la formación de los alumnos sobre aspectos sociológicos y jurídicos que implica el trabajo infantil; la segunda, correspondió al entrenamiento en técnicas de observación, entrevistas y relevamiento propiamente dicho y la tercera, la compilación y el análisis de datos. Los alumnos observadores debieron: realizar un seminario interno con la Licenciada Lezcano, a fin de presentar el problema y mostrar las principales nociones conceptuales desde distintas disciplinas —derecho, sociología, antropología— para internalizar el *corpus* conceptual y presentar la estrategia metodológica posible para el abordaje del tema. Posteriormente, comenzaron con el entrenamiento en la práctica de la técnica. Se instruyó a los alumnos respecto de que se trataba de una población muy específica, y debían ser muy cuidadosos para que el tercer objetivo, además de cumplirse con eficacia, no implicara un riesgo adicional tanto para los niños como para los estudiantes. Luego, durante una semana, relevaron la condición de los niños en cinco puntos de encuentro de la ciudad de Buenos Aires, de tal manera que la idea era conocer, analizar similitudes y diferencias entre las condiciones de vida y laboral que se observaron durante el trabajo de campo.

b) Síntesis e informe final de los alumnos investigadores

1. Presentación de los datos relevados

La presencia de los niños en los ámbitos de la ciudad parece un hecho recurrente y creciente. Sin embargo, es posible que pocos sectores de la sociedad puedan conocer quiénes son, qué hacen, por qué están en la calle y cuáles son sus actividades principales. A partir de este informe intentamos dar respuesta a estos interrogantes y a algunos más que se han podido detectar entre 119 casos relevados en la ciudad de Buenos Aires, en la semana comprendida entre los días 28 de setiembre y 5 de octubre de 1998.

2. Características de la población encuestada

El número de niños de 3 a 18 años encuestados fue de 119. De este valor, el 54,6% son varones y el 45,4% son niñas.

El 82,4% de los casos vive son su familia y acude a las calles para realizar algún tipo de actividad económica, el 2,5% dijo alternar su estadía en la calle y en el hogar y el 15% restante declaró vivir en la calle (este dato creemos debe ser subestimado dado que su declaración no parece confiable pues la circunstancia de la encuesta pudo haber influido negativamente en la respuesta). El

56,3% de los encuestados asiste a la escuela. El 38,7% del total de los niños abandonó la escuela.

Según los resultados, en el 51,1% de los casos comenzaron a ser niños de la calle entre los 5 y 9 años, correspondiendo porcentajes más altos a la franja de niños entre 10 y 14 años (28,6%). Es necesario señalar, sin embargo, que al momento del relevamiento el 48,5% de los niños tenían entre 10 y 13 años.

3. Situación de la calle

En este apartado describiremos algunos de los ítems más importantes de este trabajo, comenzaremos a dar cuenta de porqué el niño está en la calle y qué está haciendo.

Del análisis que se hace de los datos es posible inferir, a pesar de la nominación diferencial, "ayudo/trabajo", "porque me gusta", desocupación, etc. que los niños se encuentran en las calles desarrollando algún tipo de actividad económica. Resulta claro que, más allá del sector de la economía —informal, clandestina, ilegal, etc. que los comprenda—, los niños buscan obtener ingresos para satisfacer necesidades vitales para ellos o para el colectivo doméstico. Es importante destacar que esta afirmación es aceptable si se tiene en cuenta que este ítem no respondió a una única pregunta sino a un grupo de tres preguntas de control.

En cuanto al tipo de actividades que desarrollan los niños, nótese que en el 69% de los casos se trata de una sola actividad y que entre ellas son de mayor predominancia la mendicidad, la apertura de puertas de taxis, la venta ambulante y el cuidado de autos.

Otro de los aspectos notables es que el 31% de la población entrevistada debe recurrir a más de una actividad "económica" para reunir ingresos, lo que implica una gran rotación en las tareas.

En cuanto a la extensión de la jornada podemos decir que, el 21,1% de los niños trabajan entre 4 y 6 horas diarias, mientras que el 16,8% de la población trabaja más de 12 horas. En general, la distribución horaria estaría indicando una permanencia muy prolongada en la calle cuyo piso son 4 horas.

La profundización de la crisis es un factor fuertemente condicionante que cambia sustancialmente la magnitud y la intensidad del fenómeno bajo estudio. Por un lado, la creciente presencia de nuevos trabajadores o trabajadores "adicionales" callejeros y, por otro, la escasez de dinero —que sirve de aporte cotidiano para estos niños—, hacen que la captación de ingreso cada vez sea más dificultosa, lo cual trae aparejado un aumento de la jornada laboral de los trabajadores infantiles. Esto a su vez genera efectos que atentan, a un muy alto costo, contra su desarrollo psicofísico, sanitario, intelectual y social, es decir, contra su propia vida.

En el 70,6% de los casos, lo recaudado por los niños es destinado a colaborar con la economía doméstica, es decir, que se trata de ingresos adicionales.

El 10,1% percibe ingresos destinados al sostén personal; en estos casos el niño designa la utilidad que le da a los mismos, por ejemplo, alimento, vestimenta o recreación. Para el 14,3% se trata del ingreso principal, o sea que es el único proveedor de ingresos para el grupo doméstico.

4. Condiciones de vida y sociolaborales de los trabajadores infantiles

Describir las condiciones a las que se ven sometidos cotidianamente los niños que trabajan en las calles, a partir, simplemente, de rangos numéricos resulta un análisis escaso, imperfecto e insuficiente. Es imprescindible para nosotros rescatar aquellos datos cualitativos que hemos observado en todo el proceso que implicó esta investigación. Probablemente no podamos dar cuenta cierta del impacto o las consecuencias que tiene este "ser niño trabajando en la calle", sin embargo podemos enunciar los elementos que constituyen esta particular condición: la necesidad de satisfacer necesidades mínimas de existencia los compele a ingresar al mercado laboral a muy temprana edad; el ámbito laboral es la calle, con lo cual los riesgos y las condiciones de trabajo los coloca en un lugar altamente vulnerable, más allá de su condición de niños. Al ingresar al mundo del trabajo, además de postergar las posibilidades propias de la niñez, se limitan las capacidades psicofísicas. La permanencia prolongada en las calles impide la satisfacción de necesidades vitales, como por ejemplo alimentación y el uso sanitarios. Se restringen las capacidades lúdicas y de socialización; los cuerpos deben adaptarse a diversas circunstancias, como las climáticas, el maltrato social, la represión policial o ante la inquisitoria de una encuesta como la que llevamos a cabo para este estudio. Existen, además, factores endógenos que construyen las condiciones de docilidad de estos cuerpos: no reconocen la enfermedad, se mueven estereotipadamente acorde a las características de la actividad que realizan, no ponen de manifiesto sus emociones, produciendo una interrupción en el contacto con sus sentimientos. Si bien hemos observado una menor presencia de niñas a medida que aumenta la edad, resulta significativo que las mismas adquieran una fisonomía particularmente "masculina", como una modalidad de preservación en la calle. Se someten a condiciones laborales altamente desfavorables, como las jornadas laborales muy prolongadas, de imprevisible duración, o nocturnas, accidentes de tránsito, caídas, golpes, sobrecarga corporal por efecto de la actividad, etc. En síntesis, todos estos factores determinan el sacrificio de la identidad del niño.

5. Conclusiones

El ingreso precoz de los niños al mercado de trabajo está determinado por la multipresencia de factores que dependen fundamentalmente del contexto socioeconómico, cultural y jurídico. Hemos podido establecer que el trabajo in-

fantil es desempeñado por niños de sectores de pobreza extrema. Sabemos que este fenómeno no responde a una situación de coyuntura. Sin embargo, desde el comienzo de la década y frente a los procesos de reestructuración productiva, la depresión del mercado de trabajo y el reciente y sostenido aumento del desempleo, hacen que éste aparezca con una intensidad y una dimensión diferencial.

Habitualmente cuando el ingreso de las familias de sectores de pobreza extrema no cubre los niveles de subsistencia mínima, formalizan estrategias que implican la incorporación de la mayor parte de sus miembros al mercado de trabajo. Eventualmente las mujeres se ubicaban junto a los niños y los jóvenes como las poblaciones más afectadas por estas decisiones. Los hombres se insertaban en algún segmento de la economía formal o informal en situaciones de mayor o menor precariedad, a partir de capacidades socialmente acumuladas o de acreditaciones diferenciales.

Las familias, ante la ausencia de oportunidades de inserción laboral "efectiva" o "genuina", desarrollan capacidades frente a las necesidades de subsistencia mínima —alimentación y vestimenta—. Entre las prácticas laborales con mayor predominancia urbana se encuentran la mendicidad abierta o encubierta y la apertura de puertas de taxis. En ambas actividades, el niño tiene una funcionalidad económica básica. Aunque no nos ocuparemos de este tema aquí, diremos que esto influye directamente tanto en la precarización e informalización de las relaciones filiales como en el desarrollo integral del niño.

A pesar del creciente grado de precarización e informalidad de las relaciones económicas vigentes, en todos los casos se ha observado un fuerte predominio y mantenimiento de las estructuras familiares nucleares, esto es, los niños pueden trabajar en la calle solos o en organizaciones, pero vuelven a sus casas y al seno de sus familias. La familia sostiene, en todos los casos, sus obligaciones mínimas de contención, amparo, alimentación y abrigo. Cabe hacer la salvedad de la problemática propia de los niños que viven en la calle, quienes son comprendidos por otro tipo de redes vinculares.

A partir de esta investigación hemos confirmado nuestra hipótesis de que los niños se encuentran desarrollando algún tipo de actividad económica que sirve para su subsistencia mínima y elemental. Estas tareas, sean mendicidad, venta ambulante, robo, prostitución, cuidado de autos, etc., para ellos es trabajo y lo perciben como tal, o sea como la única forma posible para obtener ingresos y su subsistencia diaria.

Si bien es cierto que existen múltiples factores que determinan esta presencia en las calles, su crecimiento cuantitativo se debe fundamentalmente a las condiciones que impone el cambio de patrón de acumulación prevaleciente que se registra a partir de 1992. Aunque sabemos que esta situación no es coyuntural, creemos que son el emergente de una realidad social y económica altamente conflictiva que, si no se reconoce, seguirá siendo social y legalmente penalizada.

Merece especial mención lo enriquecedora que resultó la experiencia para todos los que de alguna manera formamos parte de este grupo de trabajo; debe destacarse que el intercambio producido entre encuestador y encuestados, fue, tal vez, más rico una vez finalizadas las entrevistas, que durante el tiempo que duraron éstas. Al haberse dejado de lado los prejuicios que nos podían haber hecho mantener cierta distancia con los niños, pudimos dialogar con ellos abiertamente e interesarnos por sus vidas más allá del objeto de la presente investigación.

Estamos convencidos de que esta realidad puede ser cambiada, y sabemos que quienes estamos relacionados, de una manera u otra, con las ciencias jurídicas, tenemos los elementos como para propiciar el cambio. Muchos son los prejuicios que se tienen respecto de las víctimas de este sistema, a tal punto que a través de una discriminación mediática se ha convertido a aquéllas en victimarios, a los que se les niega un lugar en la sociedad.

Nuestro más ferviente deseo es que esta investigación sea de utilidad para desmitificar y echar luz sobre una problemática social que nos concierne a todos. Una vez libres de los prejuicios que nos llevan a creer que los niños con ropas rotas y mendigando forman parte de un paisaje natural, tal vez seamos capaces de exigir justicia para quienes más la necesitan. Incluso, cuando, llegado el caso, nosotros mismos seamos los encargados de mantener el equilibrio de la balanza social, podamos diferenciar con absoluta libertad, desde el lugar que ocupamos, qué es justo y qué es costumbre.

VII. Investigación en Derechos Humanos. "Los derechos humanos del trabajo"

Tutor: Dr. Rolando E. Gialdino.

Alumnos: Aguirrezábal Varnier, Cristina; Cozzáni, Rodrigo M.; Diez, María M.; Goñi, Inés; López, María L.; Perec, Gustavo; Rozanski, Bárbara; Ríos Pérez, Ana M. B.; Sánchez, Darío N.

a) Objetivos y método

La premisa de este trabajo, a cargo del Dr. Gialdino, consistió en debatir los efectos de la reforma constitucional de 1994 en cuanto ésta amplió el espectro de derechos sociales amparados por la Constitución. Para realizar esta tarea los alumnos debieron: debatir la relevancia de la nueva fuente constitucional, y realizar el análisis exhaustivo de los tratados constitucionales a fin de sistematizar todo el plexo de derechos sociales que amparan, específicamente, aspectos de la relación de dependencia, subdividiéndose en dos grupos de trabajo. Concluido ello, en una segunda etapa, se realizó la revisión de instrumentos internacionales, no constitucionalizados pero de rango supralegal, especialmente los Convenios de la OIT. En una tercera etapa se efectuó la comparación de to-

dos los tratados internacionales analizados a fin de establecer cuál es, en el marco del derecho internacional, la máxima protección a la que el trabajador tiene derecho. Con los datos obtenidos se analizó la legislación actual a la luz de los derechos amparados y el desarrollo de las estrategias alternativas para la defensa del trabajador subordinado.

b) Síntesis e informe final de los alumnos investigadores

Introducción

En una época caracterizada por los retrocesos en el Derecho Laboral, se torna vital asumir un compromiso de revalorización de los derechos del trabajo, a través de una perspectiva que los enfoque desde el área de los derechos humanos. En efecto, si pueden considerarse a los derechos laborales y sociales como parte de estos últimos, se puede deducir un objetivo claro, que es el de la reivindicación de la dignidad de la persona humana. Dignidad, ésta, que reconoce la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su preámbulo, al expresar que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca... de todos los miembros de la familia humana". Teniendo como premisa la protección del ser humano en su calidad de trabajador, como así también la de su núcleo familiar, y en cuanto integrante de grupo social con intereses específicos dentro de la sociedad, podemos delimitar el objetivo de nuestro trabajo. El mismo consistirá en un análisis de los "Derechos Humanos del Trabajo" contenidos en los instrumentos internacionales receptados en el art. 75, inc. 22, de nuestra Constitución. Estos derechos delimitan el campo del presente análisis. Sin embargo, para complementar el estudio, se acudió también a algunos Convenios de la OIT (instrumentos más específicos en lo concerniente al Derecho Laboral) con el objetivo de determinar qué relaciones de analogía podrían tener con los textos del citado art. 75, inc. 22, que enfocan de una manera más genérica los derechos en juego.

Así, nuestro eje de investigación se centrará sobre estos pactos y a partir de éstos, en determinados Convenios, ya que, fuera de cualquier especulación doctrinaria acerca de la naturaleza de los derechos, los derechos reconocidos y proclamados en estos pactos y convenios forman parte de nuestro ordenamiento legal interno. De hecho, los tratados enumerados en el art. 75, inc. 22, tienen desde la reforma del '94, jerarquía constitucional, mientras que los Convenios de la OIT tienen jerarquía supralegal, pero infraconstitucional. Las relaciones entre los Convenios y los Tratados determinarán su orden de prelación, tal como se expondrá oportunamente.

En lo concerniente a los derechos, la clasificación propuesta en el trabajo, se ha elaborado sobre la base de las categorías propuestas en los tratados y los convenios. Así se desarrollará "el derecho al trabajo", "el derecho a una remu-

neración", "el derecho a la seguridad social", etc. Se ha prestado también singular atención a los preámbulos de los instrumentos, ya que éstos representan el objetivo o las aspiraciones que los Estados partes no pueden dejar de lado.

Finalmente, esperamos que nuestro trabajo sea una contribución para el emprendimiento de un estudio más exhaustivo y recabado, que por su amplitud y magnitud se merece el tema.

1. No discriminación: Esta idea, como principio general del derecho, expresa el pilar fundamental (en el plano laboral) ante el cual debe ser la idoneidad el medio único y excluyente para la concreción, mantenimiento y promoción de un empleo, considerando, entonces, que lo que no está permitido es la discriminación arbitraria, o sea aquella que no se encuentre fundada en causas objetivas. Este punto se ratifica en el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño, que en distintos términos refieren al principio mencionado, reafirmándose este criterio en los Convenios de la OIT que tratan el tema.

Así, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre consagra el derecho de igualdad ante la ley y otorga deberes y derechos sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra forma de discriminación, por lo tanto el derecho a trabajar no puede ser perturbado, menoscabado o disminuido por dichas razones (art. II).

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece que toda persona debe estar protegida contra la discriminación basada en exclusión arbitraria sobre la diversidad de derechos de las personas, y este hecho debe ser garantizado por los Estados partes (arts. 2° y 7°). La mayoría de los Tratados se basa, en general, en los principios de dignidad e igualdad inherentes a todo ser humano y apelan a la motivación de los Estados para que éstos tomen medidas, conjunta o separadamente, para concretar dichos propósitos y estimular el respeto universal y efectivo de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de todos. Se rechaza con vehemencia la disminución, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, sexo, religión, partidos políticos, etc., y todo cuanto pueda significar, a nuestro juicio, arbitrariedad ante actos de esta índole, que frente a derechos humanos generen falta de equidad o sensible desprotección del ser humano.

Esta conceptualización, este rechazo a la discriminación en todas sus formas, esta necesidad de los Estados de comprometerse para asegurar la protección ante estos actos para que no ocurran, y para combatirlos cuando se gene-

ren, es la expresión fuerte que encontramos acompañada en igualdad de jerarquía en los Tratados analizados.

La OIT define a la discriminación en el Convenio nro. 3 en los siguientes términos: "Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo u ocupación que podría ser especificada por el Miembro interesado previa consulta a las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores, cuando dichas organizaciones existan y con otros organismos apropiados". Se trata de un Convenio que la OIT califica como de derechos humanos fundamentales. Establece la salvedad de que las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

Este Convenio obliga a los Estados Miembros a formular y llevar a cabo políticas nacionales que promuevan en la práctica la igualdad de oportunidad y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objetivo principal de eliminar cualquier discriminación al respecto.

El Convenio establece que para todos sus Miembros persistirá la obligación de adaptar sus legislaciones para que sus políticas internas tiendan al cumplimiento y fortalecimiento de medidas de lucha contra la discriminación. Éste es un punto que se reitera a lo largo de todo el Convenio, como medida básica para prevenir y luchar contra la discriminación. El Convenio nro. 98 de la OIT, que trata el tema de la no discriminación en relación a la actividad sindical, alude, en el art. 1°, a la protección del trabajador a no ser discriminado por afiliarse o participar en actividades sindicales que pudieran repercutir en despidos o cualquier otro tipo de perjuicio para él. El Convenio nro. 100 de la OIT hace referencia a la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor entre el hombre y la mujer, promoviéndose mediante la evaluación objetiva del empleo, determinada por métodos decididos por las autoridades competentes. El Convenio nro. 156 de la OIT, prevé la igualdad de oportunidades entre trabajadoras y trabajadores por motivo de responsabilidades familiares. El mismo remite a la Declaración de Filadelfia, la cual consigna que todos los seres humanos, sin distinciones, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades.

2. Derecho al Trabajo: El derecho al trabajo se encuentra en el art. 23, inc. 1°, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que reconoce, además, el derecho a su libre elección; y tutela de que se desarrolle en condiciones satisfactorias y equitativas.

También se alude a este derecho en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, cuyo art. XIV agrega la posibilidad de que cada individuo elija, en la medida en que se den los medios, su vocación en el empleo.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales declara en el art. 6°, primer párrafo, que el individuo no sólo posee el derecho a trabajar sino también que los gobiernos deben tomar las medidas pertinentes para su viabilidad y, en clara similitud con la Declaración Americana de los Derechos Humanos, hace hincapié en propiciar el desarrollo de las actividades laborales del hombre dentro de su área de interés.

3. Condiciones de trabajo: Teniendo en cuenta la amplitud de criterios con que se puede analizar este concepto, lo definiremos como el tratamiento que recibirá el trabajador en el ámbito en que se desempeña. Este término incluye higiene, salubridad, seguridad y todos aquellos factores que influyan en el hecho de que el trabajador lleve a cabo las tareas debidas, con la mayor cantidad de garantías posibles para su integridad y su salud.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se refiere a las condiciones en que se realizan las actividades laborales en el art. XIV, estipulando que toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer contempla el derecho a la protección de la salud y la seguridad en las condiciones en que realiza el trabajo (art. 11). También se refiere a este punto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el art. 7°, inc. b), cuando dice que se reconoce a toda persona el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo.

4. Derecho a remuneración: La Declaración Universal de los Derechos Humanos se refiere a este derecho en el art. 23, inc. 3°, aludiendo a que toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure una existencia digna. Este principio se complementa con el art. 25, inc. 1°, que determina que el salario debe protegerse con adecuadas medidas tendientes a lograr igualdad mediante la vigencia de igual salario por igual trabajo, relacionándose el cumplimiento de estos derechos, con la viabilidad de que toda la sociedad pueda gozar de un adecuado nivel de vida.

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales refiere a este punto en sus arts. 7°, inc. a), y 11, fundándose en la necesidad de evitar diferenciaciones personales, a través de la percepción de un salario que permita a todos los trabajadores, una existencia digna para ellos y sus familias.

En todas las normas se destaca la voluntad por establecer igual remuneración por igual tarea, como, así también, evitar la diferencia salarial entre hombres y mujeres; punto que se ratifica en los arts. 5°, inc. e), pto. 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y 11, inc. 1°, pto. d, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que refiere concretamente a la igualdad de remuneración, de trato y de calificación para ambos sexos.

La adecuada regulación de estos derechos permite a los seres humanos gozar de esa dignidad que el derecho laboral pretende proteger. Por ella, los Tratados, en general, tienden a referirse en distintos términos, a la protección del ser humano, en su afán de lograr un nivel de vida adecuado, obtenido por su propio mérito como fruto del desempeño laboral. Así lo expresa la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus arts. 23, inc. 3°, y 25, inc. 1°, que agrega al derecho de remuneración, el beneficio de nivel de vida adecuado, el derecho a la salud, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y lo referente a la seguridad social.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 11, establece el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, con el agregado de que obliga a los Estados partes a tomar medidas tendientes a efectivizar este derecho, dándole esencial importancia a su obtención y a la cooperación internacional para su viabilidad.

El Convenio nro. 95 de la OIT, sobre la protección del salario, se aplica a todas las personas a quienes se pague o deba pagarse un salario y establece que éste se abonará en efectivo y únicamente en moneda de curso legal, ya que prohíbe el pago con pagarés, vales, cupones o en cualquier otra forma. Menciona la posibilidad de permitir el pago parcial del salario con prestaciones en especie en las industrias, pero que en ningún caso se deberá permitir el pago del salario con bebidas espirituosas o drogas nocivas.

Los empleadores no pueden limitar la libertad del trabajador de disponer de su salario. También está prohibido cualquier descuento en los salarios que se efectúe para garantizar un pago directo o indirecto por un trabajador al empleador, a su representante o a un intermediario cualquiera con objeto de obtener o conservar un empleo. El Convenio, en su art. 10, establece que el salario no podrá embargarse o cederse sino en la forma y dentro de los límites de la legislación nacional, es decir, que el salario deberá estar protegido contra el embargo o cesión en la proporción que se considere necesaria para garantizar el mantenimiento del trabajador y su familia.

El Convenio nro. 173, en su art. 1°, obliga a establecer un sistema de salarios mínimos que se aplique a todos los grupos asalariados cuyas condiciones de empleo hagan apropiada la aplicación del sistema. El art. 2° estipula que los salarios mínimos tendrán fuerza de ley, no podrán reducirse y la persona que no los aplique estará sujeto a sanciones de carácter penal o de otra naturaleza. En su art. 5° establece que en caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio de modo tal que sean pagados con el activo del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponde.

El Convenio nro. 26, relativo al establecimiento de métodos para la fijación de salarios mínimos, determina que todo Miembro de la OIT que ratifique el presente Convenio se obliga a establecer o mantener métodos que permitan la fijación de tasas mínimas de los salarios de los trabajadores empleados en industrias en las que no exista un régimen eficaz para la fijación de los salarios por medio de contratos colectivos u otro sistema. También estipula que se deberán establecer las medidas necesarias para aplicar un sistema de control y sanciones, a fin de que los empleadores y trabajadores interesados conozcan las tasas mínimas de los salarios vigentes, y que los salarios pagados no sean inferiores a las tasas mínimas aplicables. Así, todo trabajador al que le sean aplicables las tasas mínimas y haya recibido salarios inferiores a éstas, tendrá derecho a reclamar la suma que se le adeude por vía judicial o por cualquier otra vía legal, dentro del plazo que fije la legislación nacional.

5. Derecho al descanso: Como contraparte del derecho al trabajo, surge inevitablemente el derecho a gozar de una jornada limitada de desempeño del mismo, como así también de las vacaciones pagadas. Analizamos este derecho en contraposición al derecho al trabajo, ya que resulta inconcebible la existencia del primero sin el segundo.

Consideramos a los mencionados derechos como elementos nutrientes del cuerpo y del espíritu del individuo que, diariamente, debe enfrentar su labor en la situación más adecuada posible. En razón de esta necesidad, los Tratados los regulan en algunos casos diferenciadamente y, en otros, en forma global, resultando notorio que dichas normas, al amparar estos derechos, resaltan que la protección tiende a lograr que el individuo, en el pleno aprovechamiento de estos tiempos, realice actividades que le resulten enriquecedoras y productivas. En primer lugar, con base en sus intereses personales, y en proyección social, para que su productividad resulte útil para el medio en el cual se desarrolla, creándose así un círculo de armonía, que contribuye a mejorar la sociedad en general.

6. Derecho a vacaciones pagadas: La Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 24) simplemente menciona el derecho a vacaciones pagadas y agrega el principio de disfrute del tiempo libre, cuya viabilidad depende de la garantía de recepción de remuneración justa que le permita hacer uso de ese descanso, realizando actividades creativas y constructivas para el trabajador, su familia y su medio.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagra este derecho en los mismos términos que la anterior Declaración (art. XV).

Por su parte, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 7°, inc. d]), reitera la protección, en los mismos términos que los textos ya mencionados, agregando como novedad, el derecho a remuneración de los días festivos.

Así también menciona el derecho a vacaciones pagadas, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11, inc. 1°, pto. e).

Hay varios Convenios de la OIT que se refieren a este derecho: el Convenio nro. 52 sobre vacaciones pagadas establece que toda persona tiene derecho, después de un año de servicio continuo, a vacaciones pagadas de 6 días laborables como mínimo, y los menores de 16 años, con igual antigüedad, tienen derecho a vacaciones pagadas de 12 días laborables en las mismas condiciones. Establece que no se computan a los efectos de las vacaciones los feriados ni las inasistencias por enfermedad. La duración de las vacaciones deberá aumentar progresivamente con la duración del servicio en la forma que determine la legislación nacional, y que quien tome vacaciones deberá percibir durante las mismas su remuneración habitual. Esta norma fue revisada por el Convenio nro. 132, el cual establece que toda persona tiene derecho a vacaciones anuales pagadas, que en ningún caso serán inferiores a tres semanas laborables por un año de servicios.

La manera de calcular el período de servicios será determinada en cada país por la autoridad competente. Menciona también que el monto debido por vacaciones debe ser pagado antes de las mismas.

7. Jornada limitada de trabajo: La Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 24) menciona el derecho a una limitación razonable de la duración del trabajo, encontrando similar tutela en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 7°, inc. d]). El Convenio nro. 1 de la OIT también prevé este tema y limita las horas de trabajo en las empresas industriales a 8 horas diarias y a 48 horas semanales, salvo excepciones que tendrán su propia regulación.

El Convenio nro. 14 sobre descanso semanal es aplicable a los trabajadores de empresas industriales y establece que todo el personal empleado por éstas deberá disfrutar, cada siete días, de un descanso de por lo menos 24 horas consecutivas. Por su parte, el Convenio nro. 106, sobre el descanso semanal aplicable a trabajadores de comercio y oficinas, dispone al igual que el Convenio nro. 14, que cada siete días de trabajo, los trabajadores tienen derecho a un descanso de 24 horas ininterrumpidas. Este descanso debe coincidir, de ser posible, con el día de la semana consagrado al descanso por la tradición o la costumbre del país.

8. Derechos colectivos: El tratamiento de los temas laborales viene aunado a la consideración de los derechos sindicales como primer elemento protectorio de los derechos de los trabajadores, por ser la primera instancia de defensa natural que poseen los mismos; y ésta es la razón por la cual diversos Tratados del art. 75, inc. 22, de la CN, hacen mención a su regulación, ocurriendo lo propio con los Convenios de la OIT.

9. Reunión y asociación: La Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra la libertad de reunión y asociación (art. 20, inc. 1°).

Similar mención hace la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art. XXII, relacionando la libertad de asociación con la del ejercicio de los intereses legítimos de cada uno, sean de orden político, social, cultural, profesional, sindical y de cualquier otro orden. Esta paridad se extiende también a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dedica dos artículos completos, el 15 y el 16, a la tutela del derecho de reunión pacífica y asociación motivada por fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos y otros.

Para el ejercicio de ambos derechos estipula limitaciones basadas en el respeto a los pares, como así también al orden público y a la sociedad democrática, a fin de preservar la seguridad y las libertades de los demás. También se observan estos derechos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el ejercicio del derecho tanto de reunión como de asociación. Al igual que los textos ya mencionados, restringe su ejercicio dentro de un marco de respeto a la sociedad democrática y a los individuos que la componen (arts. 21 y 22).

Finalmente encontramos el derecho de reunión y asociación, aunque escasamente tratados, en el art. 5°, inc. d), pto. IX, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 15).

Derechos sindicales

A fin de lograr un mejor análisis, separaremos a los derechos sindicales de la siguiente manera:

1. Afiliación a sindicatos: La Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23, inc. 4°) consagra el derecho a la protección de los intereses personales afiliándose libremente a los sindicatos. Así lo menciona también el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que trata con especial amplitud estos temas, en un extenso art. 8°, que comienza garantizando el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse con el fin de proteger los intereses económicos y sociales. Continúa limitando las restricciones de su ejercicio solamente a las normas que se dicten con el objeto de asegurar el orden público, la seguridad nacional y las libertades de los demás. El mismo artículo hace mención al derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales, y éstas a su vez a fundar organizaciones sindicales internacionales. Se resalta el derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y con las únicas limitaciones que prescriba la ley local a fin de proteger los intereses de toda sociedad democrática. El art. 8°, *in fine*, establece una relación con el Convenio de la OIT nro. 87, que determina que nada de lo dispuesto en este artículo au-

torizará a los Estados partes en este Convenio a adoptar medidas legislativas o a aplicar la ley ya existente en forma que menoscaben dichas garantías.

El art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos alude al derecho a sindicalizarse como medio de protección de los intereses particulares y, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relaciona la aplicación de este artículo con el Convenio nro. 87 de la OIT sobre libertad sindical, en términos de que ningún Estado parte podrá adoptar medidas legislativas ni aplicar las leyes vigentes en menoscabo de las garantías tuteladas en dicho Convenio.

Encontramos referencia, también, en el art. 5°, inc. e), pto. II, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el art. 22 reconoce el derecho de afiliación a sindicatos.

También los Convenios de la OIT refieren a la protección de los diferentes derechos sindicales, siendo uno de los más importantes en este tema el Convenio nro. 87 ya citado, referente a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, por ser el mencionado, la base fundamental de los demás Convenios que regulan casos de sindicalización en particular.

Este Convenio data de 1948 y se funda en el preámbulo de la Constitución de la OIT, que al enunciar los medios susceptibles de mejorar las condiciones de trabajo, hace referencia, entre otros, a la afirmación del principio de libertad de asociación sindical. A lo largo de su articulado enumera todos los derechos que incluye la actividad sindical. En su art. 2° establece la posibilidad de afiliarse y constituir las organizaciones que se consideren convenientes. A los efectos de una adecuada aplicación del Convenio, define en el art. 10 el término "organización" como toda organización de trabajadores o empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores.

En su art. 11 establece la protección del derecho de sindicalización e insta a todos los Miembros a adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicalización, especificando que, indefectiblemente, este derecho se ejercerá dentro del marco de legalidad nacional, como corresponde al ejercicio de cualquier derecho, pero cuidando que la legislación nacional no menoscabe las garantías previstas por dicho Convenio.

El Convenio nro. 98 también refiere a la aplicación de los principios del derecho de sindicalización. Éste data de 1949, y en su primer artículo podemos encontrar la protección del trabajador bajo el principio de no discriminación en relación a los derechos sindicales, ya que establece que los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación que pueda menoscabar la libertad sindical, ya sea porque se condicione su perdurabilidad en el empleo en relación al hecho de que el trabajador no se afilie ni integre par-

te de un sindicato; o porque por la misma causa pudiera ser despedido o perjudicado en cualquier sentido.

2. Representación sindical: El art. 8° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales otorga a los sindicatos el derecho de funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley, a fin de proteger el desarrollo de la sociedad democrática. También otorga a los sindicatos, como organismos representantes de los trabajadores, el derecho a formar federaciones y confederaciones nacionales y a afiliarse a otras de rango internacional, asegurándoles, en el mismo artículo, el ejercicio de estos derechos y libertades. Por su lado, los Convenios de la OIT también aluden a este tema. El nro. 87 otorga derecho a las organizaciones sindicales para constituir federaciones y confederaciones, concediéndoles, a su vez, el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos, y de organizar y administrar sus actividades mediante la formulación de un programa de acción.

El Convenio nro. 98 establece la protección contra todo acto de injerencia entre las organizaciones de trabajadores y de empleadores, considerando como tales a las medidas que tienden a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o sostenidas económicamente por empleadores.

Finalmente establece la creación de organismos adecuados para garantizar el respeto al derecho de sindicalización, como así también fomentar que exista entre las organizaciones el espíritu de conciliación y negociación voluntaria respecto de las condiciones de empleo.

El Convenio nro. 135 relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores de las empresas enuncia lo que se entiende por representante, diferenciando entre representantes sindicales —nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados— y representantes electos —libremente elegidos por los propios trabajadores de la empresa—. En su primer artículo establece que gozarán de protección eficaz contra cualquier acto que los perjudique, incluso el despido, por razón de su condición de representantes de los trabajadores, o de su participación sindical o de su afiliación al sindicato, siempre que desempeñen sus tareas dentro de los términos que permite la ley local.

3. Huelga: El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tutela brevemente el derecho a huelga, siempre que se ejerza de conformidad con las leyes del país (art. 8°).

La OIT no se ha expresado más que incidentalmente sobre este derecho, dejándolo a las legislaciones nacionales. Sin embargo, sus organismos, han reunido una importante y copiosa jurisprudencia en la materia, considerándola comprendida en la libertad sindical como una de las medidas que las organizaciones de trabajadores pueden adoptar en la defensa de los derechos de sus colectivos.

Derechos laborales de la mujer

En cuanto a los derechos de la mujer, ésta se encuentra ampliamente protegida en el ámbito laboral. Existen numerosas normas que regulan sus derechos y abarcan distintas situaciones tales como la maternidad, su igualdad de oportunidades en relación al hombre y otros supuestos propios de su actividad laboral.

1. Derechos de la mujer embarazada: La Declaración Universal de Derechos Humanos menciona la maternidad en su art. 25, inc. 2°, al decir que "la maternidad y la infancia tienen derechos a cuidados y asistencias especiales". El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que "los Estados partes en el presente Pacto reconocen que: se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social" (art. 10, inc. 2°). La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el art. 7°, prevé el derecho de protección a la maternidad y a la infancia, al decir que "toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales". El instrumento internacional del art. 75, inc. 22, de la CN que otorga mayor cantidad de derechos a la mujer embarazada es la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que reconoce en el preámbulo "...la importancia social de la maternidad... y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación...". En la segunda parte del art. 11 dispone que, a fin de "impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad, y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados partes tomarán medidas adecuadas para... prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil"; implementando además "la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales".

Los Estados se comprometen a prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

Hay varios Convenios de la OIT que hacen referencia a este derecho.

El Convenio nro. 3 de la OIT relativo al empleo de las mujeres, antes y después del parto establece que la mujer no está autorizada a trabajar durante un período de 6 semanas después del parto y puede abandonar el trabajo, previa presentación de un certificado médico que declare que el parto sobrevendrá, probablemente, en un término de 6 semanas. Durante los períodos que permanezca ausente, debe recibir las prestaciones suficientes para su manutención y

la de su hijo. Estas prestaciones serán satisfechas por el Tesoro Público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer también tiene derecho a la asistencia gratuita de un médico.

El Convenio nro. 103, sobre la protección de la maternidad, es más extenso que el nro. 3, al consagrar que el período que la mujer embarazada puede tomarse, no debe ser, en ningún caso, inferior a seis semanas.

Al igual que el Convenio nro. 3, el nro. 103 establece que, durante el período de ausencia, la mujer deberá recibir prestaciones en dinero y médicas, las cuales serán concedidas en virtud de un sistema de seguro social obligatorio o con cargo de fondos públicos. Ambos Convenios mencionan el derecho a interrumpir el trabajo, a efectos de la lactancia, y establecen que, cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud del descanso por maternidad, es ilegal que se le comunique su despido, durante dicha ausencia.

2. Derecho a la igualdad entre el hombre y la mujer: La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer menciona el derecho a las mismas oportunidades de empleo que los hombres y declara la "igualdad entre el hombre y la mujer" (preámbulo).

El art. 11 de esta Convención establece que "los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos". Menciona, en particular, el derecho al trabajo como derecho inalienable, el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los últimos criterios de selección en cuestiones de empleo. También menciona el derecho de elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico. Consagra también el derecho a igual remuneración y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, como así también con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo.

Prevé, asimismo, el derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas.

El Convenio nro. 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares, si bien no se dirige específicamente a la mujer, menciona la necesidad de instaurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres con responsabilidades familiares, y entre éstos y los demás trabajadores.

El Convenio nro. 100 establece la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres. Fija como pauta que no debe considerarse discriminación, cuando la diferencia de remuneración surja de una evaluación objetiva de los trabajos a efectuarse.

Derechos laborales en relación al niño

Según lo expuesto, el espíritu de los Tratados tiende a consagrar el derecho al trabajo rodeado de la mayor cantidad posible de garantías. En la Convención que nos ocupa (sobre Derechos del Niño), podemos observar una importante diferencia, ya que en el art. 32, más que consagrar el derecho al trabajo, reconoce en el niño el derecho a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que entorpezca su educación o le resulte nocivo en cualquier sentido. Para ello, en el inc. 2° del mismo artículo, los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para hacerlo realidad, respetando las edades mínimas fijadas para trabajar y disponiendo reglamentos sobre salarios y condiciones de trabajo en general.

A fin de garantizar su cumplimiento, el mismo artículo en su último inciso determina la estipulación de penalidades para asegurar el cumplimiento del presente artículo. Si bien esta norma se destaca como la *más* importante por su alto nivel protectorio, toda la Convención se manifiesta como un verdadero plan social que salvaguarda al niño de su vulnerabilidad, permitiéndole ampararse en un texto tan rico como contundente, que a lo largo de su articulado, entre otros ítems, lo protege y le brinda garantías de nivel de vida adecuado (arts. 24 y 27), acceso a la Seguridad Social en todas sus formas (arts. 6° y 26) incluso para los niños con discapacidades físicas o mentales (art. 23), otorgándole además los derechos de asociación y reunión pacífica.

También encontramos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos la misma protección en su condición de menor, tanto por parte de su familia, como de toda la sociedad y del Estado, sin admisión alguna de discriminación por ningún motivo.

El Convenio nro. 138 establece que todos los miembros del Convenio se comprometen a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños, eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo, y haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores. El art. 3° consagra, como principio general, que la edad mínima de admisión a todo tipo de trabajo o empleo, que por su naturaleza o las condiciones en que se realice, pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores, no deberá ser inferior a 18 años. No obstante, la legislación nacional o la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesados, cuando éstas existan, podrán autorizar el empleo o el trabajo a la edad de 16 años, siempre que queden plenamente garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes, y que éstos hayan recibido instrucción profesional adecuada y específica en la rama de actividad correspondiente.

El Convenio también establece que la legislación nacional podrá permitir el empleo o trabajo de personas de 13 a 15 años en trabajos ligeros, a condición de que éstos no sean susceptibles de perjudicar su asistencia a la escuela, su participación en programas de orientación profesional o el aprovechamiento de la

enseñanza que reciben. La legislación nacional podrá también permitir el empleo o el trabajo de personas de 15 años por lo menos, sujetas aún a la obligación escolar siempre que se cumplan los mismos requisitos. Es importante destacar que todo Miembro que ratifique el Convenio en cuestión debe especificar la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo en su territorio, la cual no podrá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a 15 años, salvo que la economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados, en cuyo caso la misma se reduce a 14 años.

Derecho a la seguridad social

La seguridad social ha sido abordada por todos los pactos que son materia de estudio, aunque algunos de ellos, tal como nos referiremos a continuación, realizan un tratamiento más minucioso que otros.

Así, en primer lugar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 22, sostiene el derecho de toda persona, como simple miembro de la sociedad, a gozar de la seguridad social, y así compromete en su texto a los Estados Partes para que se esfuercen en un ámbito de cooperación internacional en lograr la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales, de acuerdo con los recursos y las posibilidades. En este último punto, podemos encontrar correspondencia con lo prescripto en los Convenios nros. 102, 128 y 130 de la OIT. En efecto, en estos Convenios se establece la eventualidad de acogerse (por parte de los Estados Miembros cuya economía y recursos médicos estén poco desarrollados) a determinadas excepciones. Así el art. 3° del Convenio nro. 102 dispone que dicho procedimiento se llevará a cabo mediante una declaración anexa a su ratificación y "por todo el tiempo que consideren necesario". En cambio los Convenios nros. 128 y 130 acuerdan a las excepciones un carácter temporario.

A fin de facilitar el desarrollo de este apartado, consideramos conveniente subdividir el ítem de la seguridad social, en vista de la amplitud de temas abarcados por éste.

1. Protección de la familia: La protección social para el trabajador y su familia, estipulada en el art. 23, inc. 3°, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que la retribución del trabajador deberá ser completada cuando sea necesario, por otros medios de protección social para garantizar así la dignidad humana.

En el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se brinda especial atención al valor de la familia como base de la sociedad, partiendo de la protección de aquélla, y haciendo extensiva esta protección a cada uno de sus miembros, especialmente a los niños y las madres, sobre todo en los períodos que más protección requieren; estas últimas en su etapa de embarazo y amamantamiento, y los hijos durante sus primeros años de desarrollo.

Los Convenios, con una mayor especificidad, tratan el tema de la protección a la familia.

El Convenio nro. 102, acerca de la seguridad social ("norma mínima"), establece que, la asistencia médica en caso de estado mórbido (enfermedad del asalariado) deberá comprender también a su cónyuge y al hijo de la categoría protegida. Se establece además que también son beneficiarios de las prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional, la viuda y los hijos. Asimismo, este Convenio, al tratar la asistencia médica, establece que las prestaciones deben abarcar el caso de embarazo, parto y sus consecuencias, como así también el estado prenatal y la asistencia puerperal (art. 10 b], apartados i] e ii]). El mismo instrumento, vuelve sobre el punto cuando trata las prestaciones por maternidad en sus arts. 46 a 49.

Análogamente, el Convenio nro. 130 establece que la asistencia médica debe prestarse al cónyuge y a los hijos de las categorías de trabajadores beneficiarios. Las contingencias deben comprender la asistencia médico-preventiva y la curativa (art. 7°).

2. Enfermedad. Incapacidad. Vejez y sobrevivientes: En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se dedica todo el art. XVI a la seguridad social, haciendo referencia a los casos susceptibles de protección social como sería: la vejez, la incapacidad, la desocupación, o cualquier otra causa que lleve al individuo a autolimitar su dignidad personal, trabajando para conseguir sus medios de subsistencia.

En esta misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales le dedica por completo sus arts. 9° y 10 al Instituto de la seguridad social, mencionando incluso el derecho a recibir el seguro social. En forma más difusa, pero presente en su articulado, tutelan la asistencia social tanto la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5°, inc. e], pto. IV); cuanto la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11, puntos e] y f]), haciendo extensiva esta protección a los casos de incapacidades, vejez, enfermedad e incluso la función reproductiva.

Por su parte el Convenio nro. 42 obliga a los Estados miembros, a garantizar a las víctimas de enfermedades profesionales o a sus derechohabientes, una indemnización basada en los principios generales de la legislación nacional.

El Convenio nro. 102 trata en sus diferentes partes las prestaciones monetarias en caso de enfermedad, las prestaciones por desempleo, las prestaciones de vejez, las prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional.

El Convenio nro. 128 determina, asimismo, las prestaciones de invalidez, vejez y de los sobrevivientes, y en su art. 45 se preceptúa que en cuanto al régimen de estas prestaciones, el Convenio en cuestión sustituirá a lo normado en el Convenio nro. 102 acerca de invalidez, vejez y los sobrevivientes.

Por su parte, en el Convenio nro. 130 se dispone acerca de las prestaciones por asistencia médica y las monetarias.

3. Desempleo: Cabe destacar que también está tratado dentro de algunos de los textos objeto de nuestro estudio, como por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 23) y en los mismos términos lo expresa la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. XVI). Ambas declaraciones tratan este derecho detalladamente y con amplitud, pero también se regula en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5°, inc. e], pto. 1); y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11, inc. 1°, pto. e]), puesto que hacen referencia al derecho de protección contra el desempleo, sin que llegue a regular el derecho a percibir fondos o subsidios. En el ámbito de la OIT, el Convenio nro. 2 dispone la obligatoriedad de todo miembro que lo ratifique, de comunicar a la Oficina Internacional del Trabajo, todos los datos estadísticos o de otra clase sobre el desempleo, comprendiendo cualquier información relativa a las medidas tomadas o a los proyectos destinados a luchar contra la desocupación.

En otro orden, el Convenio nro. 44 establece pautas que garantizan a los desempleados involuntarios, una indemnización o subsidio. Este convenio se aplicará a todos aquellos que habitualmente estaban empleados y que percibían un salario, y sólo restará que cada miembro establezca en su legislación, las medidas que considere necesarias. En esta norma también se hace referencia al desempleo parcial, concediendo indemnizaciones o subsidios a los trabajadores cuyo empleo se encuentre reducido en las condiciones que fije la legislación nacional.

En estos casos se prevé la suspensión del derecho a recibir una indemnización o subsidio al solicitante que rechace un empleo conveniente, o cuando se haya perdido el empleo por causas imputables al trabajador. El derecho a recibir una indemnización o subsidio podrá limitarse, pero en ningún caso podrá ser inferior al equivalente a setenta y ocho días laborables por año, y el pago de dichas indemnizaciones no podrá depender del estado de necesidad del desempleado.

En otro sentido, el Convenio nro. 102, al considerar el tema del desempleo, establece que, las prestaciones que se brinden por esa contingencia deben comprender la efectiva suspensión de ganancias, y "la imposibilidad de obtener un empleo conveniente en el caso de una persona protegida que sea apta para trabajar y esté disponible para el trabajo" (art. 20). La prestación por desempleo durará todo el tiempo que se mantenga tal situación, aunque se puede limitar su concesión de acuerdo con las pautas establecidas en el art. 24 de este Convenio.

Pautas de interpretación de los tratados

Las libertades o derechos que cada uno de los Tratados consagra, se aplicarán siguiendo sus propias pautas de interpretación. Entre ellas se establece

que no podrán interpretarse en oposición a los principios que establece la Carta de la ONU (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 29, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 24). También determinan que no podrán interpretarse de tal modo que le permitan a cualquier Estado, grupo o individuo, ninguna actividad tendiente a suprimir o limitar derechos o libertades consagrados por ellos, como tampoco restringir o menoscabar ningún derecho fundamental reconocido en un Estado, bajo el pretexto de que éste no los reconoce o lo hace en menor escala (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XXIX; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 5°; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5°; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 24). Por el contrario, se afirma que ninguna disposición afectará la vigencia de condiciones más propicias que provengan del Estado mismo (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 41).

Como restricción a la vigencia de estos derechos y libertades, se establece que sólo en situaciones que pongan en peligro la vida de la Nación, los Estados partes podrán adoptar disposiciones que en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas por los instrumentos internacionales durante el menor tiempo posible (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 4°; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 27).

Pautas de interpretación de los Convenios de la OIT

En cuanto a los Convenios de la OIT, encontramos sus pautas de interpretación plasmadas en la Constitución de dicha Organización. Ésta determina los principios sobre los cuales se funda la Organización, y que tienen la característica de ser obligaciones, cuyo cumplimiento es un deber convencionalmente aceptado por todos los Estados miembros.

La Constitución se complementa con la Declaración de Filadelfia de 1944, que reafirma los principios fundamentales de la Organización, ampliando y actualizándolos con una visión más moderna y universalista. Esta peculiaridad la ubica en el mundo como una institución internacional "permanente", ya que se estipula que todos los conceptos a aplicar se adecuarán y se analizarán según los requerimientos de cada momento, con base en una interpretación evolutiva del texto constitucional, que permita adaptarlo a un mundo en constante proceso de cambio.

Respecto de la aplicación de los Convenios, sólo resta concluir, tal como se expresó en la Declaración de Filadelfia, que los principios que ella proclama son plenamente aplicables a todos los pueblos, no siendo admisible el dictado de subnormas para subhombres.

Obligaciones de los Estados parte

El espíritu de los Tratados manifiesta un claro interés por la protección del trabajador frente al empleador y al Estado, ante los cuales se encuentra en un patente estado de desventaja.

Por ello, y para remediar este punto, los Tratados reúnen, en su generalidad, planes que prevén la plena efectividad de estos derechos a través de la implementación de acciones necesarias para que se les dé vigencia y puedan ser gozados con total plenitud por todas las personas consideradas en sus textos. Para ello, resulta imprescindible que en cada Estado se arbitren las medidas tendientes a brindar una adecuada protección en el área laboral, siendo de vital importancia la cooperación internacional entre Estados para su viabilidad, no obstante el hecho de que cada Estado dispondrá plenamente de las riquezas y recursos naturales propios (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 25).

Así encontramos que la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que los Estados miembros se comprometen a asegurar, en cooperación con la ONU, el respeto de las libertades fundamentales del hombre, y que todos los derechos y libertades no podrán ejercerse en oposición a los principios de la ONU, aclarando que ningún Estado podrá interpretar que se le confiere derecho alguno para la supresión de ningún derecho consagrado en la Carta de dicho organismo.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su introducción, fija como pauta la Carta de la ONU, que impone a los Estados la obligación de promover y respetar la libertad humana, comprometiéndose a adoptar todas las medidas necesarias por sí mismos o mediante la asistencia y cooperación internacional, usando para ello todos los recursos posibles y la adopción, incluso, de medidas legislativas efectivas. En este Pacto se advierte una expresa mención, en el art. 6°, inc. 2°, que dice que los Estados deberán adoptar medidas para lograr la plena efectividad del derecho al trabajo, mediante la instauración de programas de orientación y formación. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula las obligaciones de los Estados parte como compromisos que adquieren, a fin de garantizar el pleno ejercicio de todos los derechos de las personas, el cual será supervisado por los organismos superiores encargados de revisar su efectivo cumplimiento. También los Estados se comprometen a elevar informes acerca de las disposiciones adoptadas a tal efecto.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en su art. 2°, enuncia como compromiso que adquieren los Estados parte, la revisión de políticas gubernamentales nacionales, tendientes a permitir el efectivo cumplimiento de la Convención, para lograr el pleno ejercicio de estos derechos. Con el fin de lograr un verdadero control a nivel in-

ternacional, los Estados presentarán un informe sobre las medidas judiciales, legislativas y administrativas que implementen para efectivizar el cumplimiento de esta Convención.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer obliga, en su art. 4°, a los Estados a tomar las medidas apropiadas y urgentes a fin de acelerar el trato igualitario entre el hombre y la mujer como así también, crear planes de instrucción dirigidos a concientizar a los individuos bajo este precepto, evitando también la discriminación en los ámbitos públicos y en la esfera internacional.

En la Convención sobre los Derechos del Niño encontramos referidas las obligaciones de los Estados a partir del art. 2°, afirmando que deberán garantizar su protección, inclusive, comprometiéndose a controlar a las instituciones encargadas de ellos. También se obligan a adoptar medidas administrativas y legislativas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención, adoptando medidas hasta el máximo de recursos disponibles para perseguir el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de un marco de cooperación internacional, en caso de que fuera necesario, siempre haciendo valer el principio de priorizar, en la medida de lo posible, el interés del niño, y obrando, con la mayor diligencia. A modo de síntesis, y luego de detallar el alcance de las obligaciones en cada instrumento, concluiremos en que: los Estados parte en general se comprometen a:

1) Dar a conocer en sus territorios la existencia de cada uno de dichos instrumentos, e instruir a la población respecto de su aplicación y alcance.

2) Propender al efectivo cumplimiento de ellos.

3) Tomar las medidas legislativas, judiciales y administrativas los mismos se cumplan, incluso en aquellos casos en que sea necesari cación de reformas en el derecho interno.

4) Cumplir con los requerimientos internacionales, presentando o en la forma que estipule cada Tratado para su fiscalización.

Conclusiones

El análisis de los Tratados que consagra el art. 75, inc. 22, de la mados a los Convenios de la OIT, componen una "meganorma" de ca ternacional que permite a los individuos gozar de la protección que r en materia laboral, a fin de desempeñar esta actividad con la dignidad ser humano merece. Por todo lo expuesto concluimos que:

1. El sistema de relación laboral de la legislación argentina, en su da por una mayor competitividad, debe apoyarse en los recursos huma el debido respeto que éste se merece, y con la certeza de que se satisfag sus necesidades, en un marco de respeto hacia él, con base en las no lo protegen.

2. Los Estados están obligados a respetar los derechos fundamentales de todos los hombres, llevando a cabo políticas internas que hagan viable una modalidad de aplicación paulatina, según la disponibilidad de recursos de cada país.

3. Ningún Estado democrático puede plantearse la posibilidad de llevar a cabo una transformación productiva con base en la equidad, sin el pleno reconocimiento y respeto de los derechos analizados.

4. Los Tratados del art. 75, inc. 22, CN, si bien son de índole programática por naturaleza, se tornan operativos por el hecho de estar incluidos en la Constitución Nacional, y desde el momento que la misma les otorga rango constitucional, pasan a constituir una obligación ineludible para los Estados, impidiéndoles legislar en su contra, como así también restringir su contenido o aplicación, a fin de que otorguen a los individuos la plenitud de los derechos que consagran.

Reflexión final

Si bien sabemos que existen diferentes posturas al respecto, nuestra conclusión grupal es una reflexión que se torna expresión de deseo, ante el constante avasallamiento de la dignidad del hombre en el ámbito laboral.

c) Anexo: cuadros sinópticos

DERECHO DEL TRABAJO	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	Declaración Universal de Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial	Convenios OIT
Derecho del Trabajo	Art. 14: "Toda persona tiene derecho a trabajar... y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo".	Art. 23: "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo...".	Art. 6.1: "...derecho a trabajar... comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado...".	Art. 11.1 a): "Derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano".	Art. 5.e).i): "...derecho a la libre elección de trabajo...".	

DERECHO DEL TRABAJO	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	Declaración Universal de Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial	Convenios OIT
Condiciones de Trabajo	Art. 14: "derecho al trabajo en condiciones dignas...".		Art. 7º: "Los Estados Partes... reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias...". B) Seguridad e Higiene	Art. 11.1. f): "... derecho a la seguridad en las condiciones de trabajo...".	Art. 5.e).i): "... a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo...".	

NO DISCRIMINACIÓN	Declaración Universal de Derechos Humanos	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial	Convención sobre los Derechos del Niño	Convenios OIT
No discriminación	Art. 2º: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". Art. 7º: "Todos son iguales ante la ley... y tienen derecho a igual protección contra toda discriminación...".	Art. 1º: "...la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer...". Art. 2º: "Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer...". Art. 11: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo...".	Art. 1.1: "...la expresión 'discriminación racial' denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio... de los derechos humanos y libertades fundamentales...".	Art. 2.1: "Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación... sin distinción alguna... de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales".	nro. 3 nro. 100 nro. 111 nro. 156 nro. 105

NO DISCRIMINACIÓN	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	Convención Americana sobre Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Convenios OIT
No discriminación	Art. 2º: "Todas las personas son iguales ante la ley... sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna".	Art. 1º: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella... sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Art. 24: "Todas las personas son iguales ante la ley... tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".	Art. 2.2: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a gurantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión polfúca o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".	Art. 2.1: "Cada uno de los Estados Partes se compromete a respetar y a garantizar... los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Art. 26: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley".	nro. 3 nro. 100 nro. 111 nro. 156 nro. 105

DERECHO A LA REMUNERACIÓN	Declaración Universal de Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial	Convenios OIT
Derecho a la remuneración	Art. 23.3: "Toda persona que trabaje tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria...".	Art. 11: "Los Estados Partes... reconocen el derecho a toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido, y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia".	Art. 11.1.d): "...derecho a igual remuneración... con respecto a un trabajo de igual valor...".	Art. 5.e).i): "...derecho a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria".	nro. 95 nro. 173 nro. 26

DERECHO AL DESCANSO	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	Declaración Universal de Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discrimina-ción contra la Mujer	Convenios OIT
Derecho a vacaciones pagas	Art. 15: "Toda persona tiene derecho al descanso, recreación honesta y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico".	Art. 24: "Toda persona tiene derecho al descanso... y a vacaciones periódicas pagadas".	Art. 7°: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: "...d) el descanso, el disfrute del tiempo libre... y vacaciones periódicas pagadas".	Art. 11.1.e):... "...derecho a vacaciones pagadas..."	nro. 52 nro. 132
Jornadas limitadas de Trabajo		Art. 24: "Toda persona tiene derecho a... una limitación de la duración del trabajo".	Art. 7°.d) "...derecho a la limitación razonable de las horas de trabajo y vacaciones periódicas pagas".		nro. 1 nro. 14 nro. 106

DERECHOS LABORALES DE LA MUJER	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	Declaración Universal de Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discrimina-ción contra la Mujer	Convenios OIT
Derechos de la mujer embarazada	Art. 7°: "Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia..., tiene derecho a protección, cuidado y ayuda especiales".	Art. 25.2: "La maternidad... tiene derecho a cuidados y asistencia... especiales".	Art. 10.2: "...Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajan se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social".	Art. 11.1.f) "El derecho a la protección... de la función de reproducción". Art. 11.2: "...los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: "a) Prohibir... el despido por motivo de embarazo..." "b) Implantar la licencia de maternidad... "d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo...".	nro. 3 nro. 103

DERECHOS LABORALES DE LA MUJER	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	Declaración Universal de Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	Convenios OIT
Derecho a la igualdad entre el hombre y la mujer			Art. 7.a).i): "...debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres...".	Art. 11.1: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos...".	nro. 156 nro. 100

	Convención sobre los Derechos del Niño	Convenios OIT
DERECHOS LABORALES EN RELACIÓN AL NIÑO	Art. 32.1: "Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social". Art. 32.2: "Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular: "a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; "b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; "c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo". Art. 24.1: "Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios". Art. 27.1: "Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social". Art. 26.1: "Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho de beneficiarse de la seguridad social, incluso el seguro social, y adaptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional". Art. 23.1: "Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad".	nro. 138

DERECHOS COLECTIVOS	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	Declaración Universal de Derechos Humanos	Convención Americana sobre Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Convenios OIT
Reunión y asociación	Art. 21: "Derecho de reunión. Toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública, o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes...". Art. 22: "Derecho de asociación. Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger intereses legítimos...".	Art. 20.1: "Toda persona tiene derecho de libertad de reunión y de asociación pacíficas".	Art. 15: "Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas...". Art. 16: "Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines... laborales... o de cualquier otra índole".		Art. 21: "se reconoce el derecho de reunión pacífica...". Art. 22.1: "Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras...".	
Derechos sindicales		Art. 23.4: "Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses".		Art. 8°.1: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección".	Art. 22: "Toda persona tiene derecho... a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses".	nro. 87 nro. 98
Representación sindical				Art. 8°: Otorga al sindicato el rol de representación de los trabajadores.		nro. 87 nro. 98 nro. 135
Huelga				Art. 8.d) "...el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país".		

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	Declaración Universal de Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial	Convenios OIT
Desempleo	Art. 16: Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez, y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.	Art. 23.1: "Derecho... a la protección contra el desempleo".		Art. 11.1.e) "Derecho a la seguridad social, en particular en casos de... desempleo..."	Art. 5.e).i) "...derecho a la protección contra el desempleo"	nro. 2 nro. 44
Protección de la familia		Art. 23.3: "Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada por cualesquiera otros medios de protección social".	Art. 10: "Los Estados Partes... reconocen que: "1) Se debe conceder a la familia... la más amplia protección y asistencia posibles..."			

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	Declaración Universal de Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial	Convenios OIT
Enfermedad, Incapacidad, Vejez, Sobrevivientes	Art. 16: "Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.		Art. 9°: "Los Estados Partes... reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social..".	Art. 11 e) "El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad...". Art. 11.f) "El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo...".	Art. 5.e).iv): "El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales".	nro. 42 nro. 102 nro. 128 nro. 130

VIII. Los resultados de la experiencia

a) Con relación a los alumnos

En la actividad realizada en el año 1997 existieron diversas dificultades pero el resultado negativo se observó en el grupo al que se le había encomendado una investigación relacionada con los principios del Derecho del Trabajo. Si bien los alumnos se esforzaron en la elaboración de los trabajos, éstos en realidad consistieron en una recopilación de datos de diversos autores evidenciándose una notable diferencia con quienes habían participado en la obra de teatro. En esta nueva experiencia, el objetivo fue modificar los aspectos que a mi criterio no eran positivos tales como: obtener la participación e integración de todos los alumnos, que las nuevas propuestas los motivara a investigar, que se incrementara su capacidad de razonamiento y que se creara una relación personalizada con el cuerpo docente.

A continuación desarrollo los contenidos de la situación de aprendizaje, la motivación y aplicación de las técnicas, el marco de coordinación, el sistema de evaluación y la conclusión a la que se arribó en cada uno de ellos.

Situación de aprendizaje

En primer lugar se dictaron las clases teóricas de la materia propiamente dicha mientras que paralelamente se iniciaba el trabajo de investigación. El objetivo a cumplir era que el tema de la clase coincidiera con la actividad práctica. Se observó que paulatinamente los alumnos desplegaron una gran participación (a diferencia de la promoción anterior donde sólo participaban quienes se hallaban en la parte de teatralización), pues a las clases teóricas se sumaban los planteos en las investigaciones. De ser meros receptores de información (escuchar y tomar apuntes), pasaron a conformar un grupo de estudiantes que intervenía en una discusión dirigida, intercambiaba conocimientos, debatía los diferentes temas e ilustraba al resto de sus compañeros en la disciplina que estaban investigando.

Una vez concluidas las investigaciones coincidentes con las clases teóricas, previo a la presentación pública y como ensayo general, en el aula de clase se llevó a cabo una exposición global, donde se relató en líneas generales las actividades que habían cumplido y cada grupo mereció el reconocimiento y la aprobación de sus propios compañeros.

Por último, los grupos de investigación concurrieron y participaron activamente en la jornada interdisciplinaria exponiendo públicamente sus conclusiones de investigación y apoyando solidariamente a sus compañeros que presentaron la obra teatral, culminando así el proceso de integración de todos los alumnos.

Puede concluirse que los alumnos aprendieron métodos de investigación, participaron activamente en las clases y en los grupos, con espíritu crítico e incorporaron los contenidos de la materia a través de datos de la realidad.

Motivación y aplicación de las técnicas

La posibilidad de elegir una actividad entre cuatro propuestas fue seductora para los alumnos, quienes se incorporaron en aquella que le resultó más afín y atractiva sin que existiera por parte de los docentes intervención alguna para inclinar la voluntad del alumno hacia una disciplina determinada. Desde luego, cada tutor brindó una charla introductoria explicando los objetivos que perseguiría su investigación; de la misma forma, se explicó la actividad teatral y en todos los casos, la premisa fue comprometerlos a realizar un trabajo en el cual era fundamental actuar con responsabilidad y con pautas que serían de cumplimiento obligatorio una vez incorporado el alumno a la actividad que hubiera elegido.

Tanto es así que tuvieron oportunidad, aunque dentro de un tiempo prudencial, de participar en distintas propuestas, de tal manera que algunos alumnos pudieron cambiar de disciplina y también se comprobó que existieron otros

que, por propia decisión, participaron en dos actividades sin que esto último fuera de carácter obligatorio, ya que la Cátedra sólo requirió participación en una.

En otros casos, se incorporaron a teatro aquellos estudiantes a quienes les resultaba más adecuado a sus horarios laborales y de estudio. Sólo fueron exceptuados de estas actividades dos alumnos, por razones de edad y de salud pero igualmente cumplieron actividades prácticas dirigidas y controladas por una docente.

El marco que he descripto permitió que los alumnos verdaderamente participaran en la actividad que les agradaba, sin sentirse presionados para cumplir una tarea que en realidad era de carácter obligatorio además de que debían concurrir a las clases teóricas de la materia.

Se observó un marcado interés en conocer los métodos de investigación, ya que éste es un campo al cual los alumnos de la Facultad de Derecho no tienen acceso. Participaron en forma activa, con mucho entusiasmo y con total conocimiento del gran esfuerzo de dedicación que ello implicaba. Con el transcurrir de las reuniones con los tutores se avinieron a reunirse incluso fuera del ámbito de la Facultad, adecuando sus propios horarios al tiempo de los tutores.

Sin perjuicio de ello, en algún grupo, que naturalmente era de esperar, se observaron algunas personalidades competitivas y de liderazgo, pero con sustento en nuestra experiencia anterior, logramos mejorar esos aspectos de tal manera que de constituir un polo conflictivo pasaron a ser alumnos colaboradores e integradores.

Los alumnos se iniciaron con éxito en el camino de la investigación y emitieron importantes conclusiones consensuadas en cada grupo. En el esquema propuesto lograron —guiados por sus tutores— arribar a la fase principal del proceso de investigación que constituyó las conclusiones (síntesis). Este proceso se motivó con la delimitación del problema y con apoyo teórico brindado por cada profesor a cargo, cumpliendo los distintos pasos metodológicos por ellos indicados.

Se plantearon las distintas hipótesis, luego se realizó una observación sistemática (reunión y procesamiento de datos). De esta manera se comenzó con una visión totalizadora de un problema dado, a lo que sucedió una etapa donde predominó la reducción analítica. La síntesis marcó una vuelta a lo general, pero con conocimiento pleno de sus componentes y relaciones y con la posibilidad cierta de comprobar efectivamente las hipótesis.

En teatro, se inició el trabajo grupal utilizando la técnica de teatro "leído", se repartieron los personajes y cada uno leyó su parte con el objetivo de ir conociendo y aprendiendo la letra, las secuencias de la obra y el aspecto psicológico de cada personaje. En cada encuentro se charló con los alumnos sobre los temas que el texto planteaba: cómo se relacionan los problemas de la familia

con el Derecho del Trabajo, la desocupación, la explotación, los ancianos, las madres que dejan a sus hijos en guarda mientras trabajan, la paradoja de una familia que prepara comidas para vender, pero su cena consiste en mate cocido alrededor de una mesa repleta de fiambres y los sueños de los padres de ver a su hija mujer convertida en una famosa modelo.

Se les dio a los alumnos la libertad de agregar y sacar líneas, incorporar nuevos personajes o modificar el final de la obra (lo que efectivamente hicieron). Actuaron con total libertad y ello permitió que se mostrara como un grupo muy participativo, preguntando y opinando sin temor y muy ansiosos por comenzar la actuación, pese a que la primera vez que lo intentaron resultó tan desastrosa y desorganizada que la desilusión y la angustia los embargó. Sin embargo, no se desmoralizaron y siguieron ensayando y corrigiendo los errores. Paralelamente a los "actores", trabajaba el grupo de escenografía, iluminación y sonido preparando lo que sería la puesta en escena. Con el correr del tiempo, y luego de muchos ensayos, cambios de horario y lugar de trabajo se logró pulir la representación y agregaron un texto más completo que reflejó con claridad los problemas que plantea el trabajo en la actualidad.

Como corolario, se logró un profundo cambio en la actitud de los alumnos, ya que la metodología de trabajo elegida permitió que ningún estudiante se sintiera excluido, contaron con libertad para elegir y desarrollar la actividad elegida, participaron interactivamente, respetaron el trabajo colectivo, se desempeñaron con solidaridad y responsabilidad, comprendiendo que el resultado de las investigaciones y la obra teatral que formarían parte de una presentación final, sólo era posible con la participación de todos y cada uno de ellos.

Marco de coordinación

Las actividades que he descripto, por ser novedosas, normalmente generan resistencia, ello trae como consecuencia la necesidad de comprometer a los alumnos y exigirles un sacrificio "extra", que no todos pueden o se encuentran dispuestos a cumplir. Tratándose de un grupo numeroso y heterogéneo, para observar el cumplimiento de la tarea, necesariamente debió implementarse un sistema de control. Esta tarea quedó a cargo de una docente que se hacía presente en las reuniones, llevadas a cabo normalmente fuera del horario de clase, procediendo a controlar la asistencia de los alumnos. Si bien al principio se notaron algunas ausencias, fueron esporádicas y normalmente justificadas por compromisos laborales o en el cumplimiento de exámenes de otras materias. En todo momento se les recomendó mantenerse al tanto de lo que ocurría en cada reunión.

Un elemento que considero importante para completar la motivación de los alumnos fue que además del tutor de cada actividad, contaron con la presencia de algún docente de la comisión. Al sólo título de ejemplo, cuando se rea-

lizaron actividades en días sábados, tales como ensayos y preparación de la escenografía, la suscripta estuvo presente participando activamente, inclusive pintando en Planta Principal junto a los alumnos, los afiches que integrarían el decorado de la obra. Esta actitud, entre otras, afianzó aún más el compromiso de los alumnos pues se evidenció que todas las docentes estaban realmente comprometidas en la tarea encomendada, que las exigencias eran mutuas, creándose así un clima de respeto, colaboración y armonía, sin que se dejara de reconocer la existencia de una docente que ejercía el máximo control, pero con la cual podían comunicarse y plantear sus dudas y problemas en la oportunidad que desearan.

Sistema de evaluación

El sistema de evaluación constituye una de las más serias preocupaciones, más aún, en experiencias como las relatadas. ¿Cómo evaluar a cada alumno con objetividad, debiendo considerar que a lo largo de cuatro meses trabajó y se integró en un equipo con esfuerzo y dedicación habiendo dado origen, inclusive, a lazos de afecto? Para ello desde siempre he acudido a lo que denomino "nota integral", pues considero que es la más efectiva y justa.

Ha constituido una constante en la Comisión a mi cargo, realizar dos evaluaciones parciales y, si fuera necesario, un examen final, todos en forma oral. Esta circunstancia también ha generado resistencia y cierto temor en los estudiantes que por lo general, no están acostumbrados a ser examinados de esa forma.

Sin embargo, la experiencia llevada a cabo también fue muy positiva en este aspecto. Constituye una realidad que el abogado ante el avance de la modalidad de los juicios orales necesita, además de los conocimientos científicos que la Facultad proporciona, acceder a técnicas de expresión oral y desarrollar una serie de habilidades tales como saber escuchar, comprender el lenguaje, contar con capacidad de lectura, formulación de síntesis y ejercitar desde actitudes posturales hasta gestuales. Lamentablemente, estos aspectos constituyen una marcada carencia en los alumnos de derecho que conspira contra la excelencia académica que los profesores pretendemos otorgar para la plena formación del abogado y el adecuado ejercicio de la profesión.

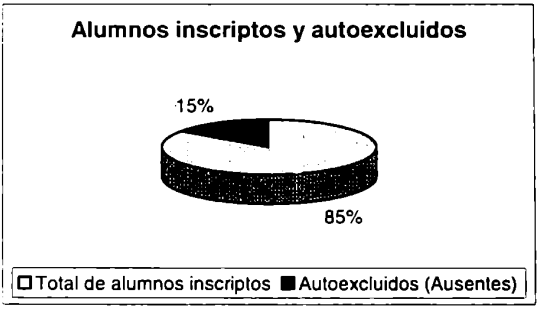
En la experiencia realizada utilicé el concepto de "nota integral", que fue conformada por: una nota individual y grupal sugerida por cada tutor, una evaluación realizada por la suscripta en cada clase teórica mediante la cual se calificó la participación, el interés y los conocimientos evidenciados en la práctica de investigación; por otra parte, se consideró el cumplimiento y la asistencia de los alumnos. A todo ello se sumó la calificación de los parciales orales, lo que originó una nota final.

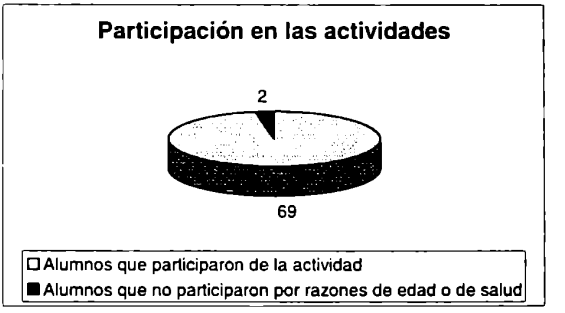
El resultado de la evaluación mostró que los objetivos propuestos se habían logrado ampliamente. Cabe señalar que la materia fue internalizada y

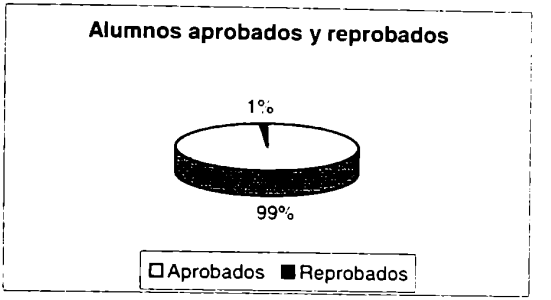
aprehendida de tal manera que se tradujo en excelentes exámenes parciales, con exposiciones razonadas y vinculadas a los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos fueron superiores a los de otras comisiones. En ello también influyó el acercamiento directo entre los docentes y alumnos, donde cada uno tenía un nombre y apellido y no sólo era un número más en la lista de inscriptos. Estoy convencida de que para lograr excelencia en los estudios universitarios y una plena formación del futuro abogado es imprescindible despejar esos temores y ello se logró mediante una dinámica grupal, la participación activa, la toma de conciencia y la aplicación de técnicas orales que infunden confianza en el alumno y, fundamentalmente, la consideración del alumno como persona.

A continuación, realizo algunos gráficos que expresan claramente el resultado al que he hecho referencia:

Anexo: gráficos estadísticos







b) Con relación a los docentes

Todas las integrantes del cuerpo docente participamos en las actividades formando un grupo activo, dinámico e informado. Cada docente sumó la experiencia anterior y cumplió un rol predeterminado. Se obtuvo un conocimiento personalizado de cada alumno a la vez que nos enriquecíamos intelectualmente con las actividades.

c) Breves reflexiones finales acerca de la integración de las distintas disciplinas con el Derecho del Trabajo

En estas reflexiones no pretendo agotar la problemática del Derecho del Trabajo; por el contrario, es mi intención precisar algunos aspectos de la materia que dicto y la importancia que reviste la perspectiva interdisciplinaria en la que confluyen el Derecho, la Economía y la Sociología, enriquecida con el aporte de trabajos de campo realizados por alumnos.

Fernández Madrid [8] ha señalado que "el ordenamiento jurídico debe armonizar los intereses de los empresarios y de los trabajadores pero teniendo como meta la plena realización del hombre, lo que no puede lograrse si se tiene como objetivo inmediato la eficacia económica de la empresa a través de sus integrantes. No se trata con esta posición de proteger o tutelar los derechos del trabajador en desmedro de la empresa, sino de propiciar que se fomente el desarrollo de un empresariado altamente eficiente y responsable que, incentivado por una política favorecedora de su crecimiento, asuma plenamente los riesgos de la explotación. El Estado debe acudir en ayuda de los trabajadores y de la misma empresa cuando el problema particular del empresario trasciende al ex-

[8] FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Tratado práctico de derecho del trabajo*, T. I. La Ley, Buenos Aires, 1990.

tremo de convertirse en un problema social". Por su parte, Alonso Olea [9] ha señalado que el Derecho del Trabajo descansa sobre la realidad social y esa realidad en los hechos se presenta íntimamente unida a los recursos naturales sobre la que opera, a las fuerzas que controla, a los instrumentos de su control y a las instituciones sociales en cuyo seno se desenvuelve.

En el marco de estas ideas, el Derecho del Trabajo no puede desvincularse de la economía, la sociología y de otras ramas del derecho. Se ha producido una universalización del Derecho del Trabajo, aunque en la actualidad se advierte una regresión de los derechos de los trabajadores, porque se desarrollan teorías que tratan de someterlo a la economía y que sostienen que el Derecho del Trabajo no tiene respuestas para los problemas económicos y sociales, por lo tanto, la solución —en esa postura— sería el libre mercado, la supresión de la garantía legal y la regulación autónoma de las partes.

Sin embargo, en la síntesis a la que arribaron los alumnos en los trabajos de investigación aparecen dos elementos esenciales, que revisten particular importancia para estas reflexiones: *El hombre y su dignidad* y *el Estado y sus obligaciones.*

El Derecho del Trabajo es una ciencia que centra su atención en el hombre en relación de dependencia y lo dignifica a través del trabajo. El art. 4° de la Ley de Contrato de Trabajo al expresar el concepto "trabajo" señala que éste constituye toda actividad lícita que se preste a favor de quien tiene la facultad de dirigirla mediante una remuneración y que el contrato de trabajo tiene por objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley [10].

Constituye una norma rectora que privilegia a la persona humana y a su realización al otorgarle al contrato como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre. Este principio fundamental se repite en los Tratados y Convenios internacionales detallados exhaustivamente en el trabajo de investigación en Derechos Humanos en el cual se analizaron los efectos de la reforma constitucional de 1994 que amplió el espectro de los derechos sociales amparados por nuestra Constitución Nacional [11].

En las conclusiones del citado trabajo de campo se expresa con claridad la necesidad de la reivindicación de la dignidad de la persona humana, teniendo como premisa la protección del ser humano en su calidad de trabajador y la de

[9] Cit. por FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Tratado...*, cit.

[10] FERNÁNDEZ MADRID, Juan C. - CAUBET, Amanda B., *Leyes fundamentales del trabajo —sus reglamentos y anotaciones complementarias—*, Colección Legislación, 4ª ed., JMF, 1999.

[11] Los Tratados y convenios internacionales pueden ser consultados en "Convenios y recomendaciones internacionales del Trabajo" 1919-1984, y cartillas complementarias, adoptados por la conferencia Internacional del Trabajo (OIT), Ginebra, 1ª ed. de 1985 impresa en Bélgica.

su núcleo familiar, destacándose que el hombre integra el grupo social con intereses específicos y, por otra parte, que sobre el Estado recae una obligación ineludible que es la de respetar los derechos fundamentales de todos los hombres consagrados en nuestra Constitución Nacional.

El hombre en materia laboral goza de protección nacional e internacional para desempeñarse con dignidad y es el Estado el obligado a respetar los derechos fundamentales del Hombre y a dar operatividad a las cláusulas supralegales. En este sentido, desde el punto de vista de los Derechos Humanos la progresividad, que deriva de igual principio, constituye una obligación de los Estados que implica mejorar las condiciones de goce y de ejercicio de los derechos humanos y correlativamente existe la prohibición de adoptar políticas que los desmejoren o aniquilen.

Dicha obligación está contenida en numerosos Tratados y Convenios internacionales, como surge de la investigación respectiva, específicamente, en la Declaración Universal de Derechos Hūmanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en las Convenciones sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de carácter Racial o contra la Mujer.

He sostenido que los jueces son los custodios naturales del fiel cumplimiento de la Constitución y que ante la inexistencia de mecanismos idóneos para garantizar y tornar operativos los derechos humanos y sociales consagrados constitucionalmente, deben volver la mirada a la realidad política, social y económica en la búsqueda de la inclusión social. El marco normativo que obliga a asegurar las garantías constitucionales está formado por la supremacía y el bloque de legalidad de la Constitución Nacional (arts. 28 y 31), por los Tratados y Convenios internacionales incorporados en 1994 (art. 75), en especial el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [12], cuyo objetivo "libertad, justicia y paz", tiene por base el reconocimiento de la dignidad humana a través de condiciones que permitan el goce de derechos económicos, socioculturales, civiles y políticos. El dictado de normas contrarias a la Constitución Nacional en el marco normativo expresado configuraría un incumplimiento de los compromisos internacionales, acarreando la consiguiente responsabilidad internacional [13].

La investigación en Economía muestra cómo a la par del cambio en el perfil productivo, de un proceso económico abierto, competitivo y de innovaciones tecnológicas, asistimos a la depresión del mercado de trabajo, a una arbitraria distribución del ingreso, a la multiplicidad del trabajo precario, a la falta de formación profesional, a un grave estado de incertidumbre en el trabajador

[12] *Constitución de la Nación Argentina*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

[13] PASTEN DE ISHIHARA, Gloria M., "El deber de asegurar las garantías constitucionales", *Doctrina Laboral*, nro. 166, Errepar, junio de 1999.

y a la desaparición del Estado de Bienestar, lo que trae como consecuencia la exclusión de amplios sectores de la población.

A mi criterio, la crisis del Estado de Bienestar se presenta como una desintegración y atomización de sus instituciones y del tejido social porque los presupuestos del capitalismo liberal exigen que el Estado se limite a asegurar que el proceso de reproducción social se mantenga de tal forma que los propietarios del capital puedan orientar su acción exclusivamente basada en el interés económico privado [14], es decir, para el pensamiento neoliberal no es competencia del Estado proveer el bienestar de los ciudadanos, sino subsidiar la iniciativa privada, aspecto que genera serias preocupaciones y motiva la búsqueda de alternativas que permitan una sociedad moderna y cambiante, pero sin exclusiones.

Desde la Sociología, si bien la investigación fue centrada en una población de características particulares, se muestra crudamente cómo la exclusión a la que me he referido en párrafos anteriores, ha operado y opera en poblaciones de extrema pobreza, con pocas posibilidades de ser incluidas en el sistema y el impacto del desempleo en la calidad de vida de las personas, en particular, en los niños y lo que es más grave aún, un debilitamiento de los elementos estructurales de la familia y de la sociedad.

Bustelo Graffigna ha señalado que el tema de la inclusión social requiere una prioridad en el área de la investigación sobre cómo incorporar al nuevo patrón tecnológico crecientes sectores de la población. Para ello afirma que se necesita analizar las relaciones de complementariedad entre competitividad y solidaridad y repensar, experimentar y multiplicar los mecanismos que incorporen al tejido social sectores de la población hasta ahora excluidos del desarrollo y del proceso técnico. Asimismo, "Para Unicef la puerta de entrada a la modernidad está representada por los niños. Lo más preocupante es que no todos los niños serán incluidos aunque exista una asociación positiva entre inversión infantil y crecimiento de la productividad. Invertir en la infancia es hacer mayor incorporación tecnológica para obtener mejores niveles de competitividad. Pero lo más importante es la inclusión de los niños a un sistema de solidaridad que los contenga plenamente. Por esto, el tema de la inclusión de las nuevas generaciones al desarrollo es crucial en las preocupaciones de Unicef" [15].

Obviamente, los trabajos de investigación no agotan la problemática del Derecho del Trabajo y su vinculación con la Economía, la Sociología y los De-

[14] HABERMAS, Jürgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu, Buenos Aires, 1973, ps. 38/39.

[15] BUSTELO GRAFFIGNA, Eduardo S., director de Unicef/Argentina. 1992, palabras de presentación en "La modernización excluyente, Transformación económica y Estado de Bienestar en la Argentina"; BARBEITO, Alberto C., - LO VUOLO, Rubén M., Unicef/Ciepp/Losada, Losada, Buenos Aires, 1992, 2ª ed., abril 1995.

rechos Humanos, ni se logra una respuesta (tampoco éste fue el objetivo) a todos los problemas que se han planteado; sin embargo, espero modestamente que la tarea sea considerada como el inicio de un método innovador en la enseñanza universitaria de aquellos alumnos que aún no se han graduado, cuyos resultados pueden considerarse como pequeños aportes en la búsqueda de soluciones para superar las dificultades por las que atraviesa nuestro país.

Personalmente, considero que es necesario una verdadera intervención del Estado, el que a través de la negociación colectiva y con la participación de todos los actores sociales, conformando un verdadero compromiso social y diseñando políticas públicas estructuradas con criterios de solidaridad, equidad y justicia que permitan enfrentar la indignidad, la pobreza, la exclusión, el desempleo y sus nefastas consecuencias.

Aclarados estos aspectos, no queda más que remitirme a los resultados de las actividades reseñadas precedentemente, en especial los nuevos enfoques pedagógicos dirigidos a lograr una mejor formación académica y profesional de los estudiantes. Es importante destacar que seleccionar conocimientos en una concepción práctica interdisciplinaria no es sencillo, es una tarea ardua y resulta difícil superar todos los problemas que lógicamente surgen en cada grupo, implica una importante inversión económica y de tiempo de parte de alumnos y docentes no limitada a la "hora cátedra". Sin embargo, mediante un ordenado y dinámico equipo de trabajo, con responsabilidad, esfuerzo y dedicación, logramos estos resultados que, a mi criterio, resultan altamente satisfactorios y no imposibles de realizar.

ENSAYOS

RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE ANÁLISIS CREDITICIO [1]

SEBASTIÁN D. ALANIS [*]

El derecho se halla hoy en una etapa histórica en la que debe responder a los nuevos y complejos problemas que le plantean la amplitud y profundidad del avance tecnológico, en general, y los bancos de datos personales, en particular.

I. INTRODUCCIÓN

La Revolución Informática del siglo XXI [2], en la cual estamos sumergidos, ha beneficiado en forma irrefutable el progreso económico, social y cultural de toda la humanidad.

Paralelamente con los beneficios de dicha revolución, se han configurado una innumerable cantidad de peligros que apremian en el presente a nuestra sociedad.

Uno de ellos es hoy, a mi parecer, el más significativo y trascendente por sus características, por cuanto traspasa las fronteras de la privacidad que posee como derecho cada individuo. Fronteras que fueran establecidas con la evolución del hombre y de la sociedad por la ciencia jurídica. Me estoy refiriendo a: *El almacenamiento de datos personales sobre el comportamiento financiero de cada persona, y su posterior difusión, como instrumento de medición y análisis del riesgo financiero* [3].

¿Cuál es el límite que poseen dichos bancos de datos? ¿Quién repara los daños ocasionados por los informes patrimoniales suministrados por las em-

[1] Trabajo ganador del premio "Lecciones y Ensayos" a la mejor ponencia presentada por un estudiante universitario, Ecomder 2001. Primer Congreso Internacional por Internet sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico. En virtud de la fecha de realización del Concurso, el ensayo no contiene referencias a la actual normativa existente sobre la materia.

[2] O la *era de la información*, según la definición dada por algunos autores.

[3] No debemos descartar que el problema sobre el almacenamiento de datos personales va mucho más allá del citado. Pero sólo será tomado como tema de la presente monografía el almacenamiento de datos que se relacionan en los aspectos financieros o patrimoniales de las personas que son objeto de informes por parte de empresas de análisis de riesgo crediticio (Organización Veraz SA, Fidelitas SA, Veritas SA o Solar Servicios On-Line [propietaria de la página web: decidir.com]), y que se toman en la actualidad como un requisito implícito, en cuanto a su contenido, al momento de solicitar un crédito o al abrir una cuenta corriente en entidades financieras, como también en ciertos comercios adheridos al sistema.

[*] Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

presas de análisis de riesgo crediticio? ¿No es acaso, que nos encontramos en una etapa jurídica en la que se tiene como objetivo la protección del sujeto, que se encuentra en una posición de hecho más débil?

Esta serie de interrogantes son, a mi entender, los problemas que imprescindiblemente deberá solucionar la sociedad moderna, estableciendo parámetros claros y precisos dentro de los cuales se configure dicha actividad, evitando así la sucesiva aparición de casos en los que se aprecia un indiscutible daño al derecho a la privacidad e intimidad, como a otros derechos que hacen a la personalidad.

Éste será el punto de partida de la presente monografía, en el cual trataré de delinear los aspectos relativos a la responsabilidad civil, que emergen a partir de dicha difusión, de las organizaciones o empresas que almacenan dichos antecedentes y que tienen como actividad comercial su divulgación.

No quedan dudas con sólo observar la realidad, respecto de la débil posición en la que se encuentran todas y cada una de las personas, en virtud de la construcción de los grandes bancos de datos de carácter personal, sobre los cuales, luego, se realizaran los informes comerciales o patrimoniales que serán posteriormente puestos en conocimiento de terceros.

Las empresas propietarias de aquellos bancos de datos personales se apuntalan en una nueva categoría de poder: "el poder de la información".

Es innegable, como se observa, la necesidad de que el Derecho una vez más elabore un rejuvenecido concepto de protección del derecho a la intimidad. Es decir, es imperiosa la necesidad de respuestas jurídicas que protejan al individuo débil ante los abusos que pudieran ocasionársele por la manipulación de su información personal, en sentido general, y de su información financiera, en particular.

Por último, y como complemento útil para comprender la situación actual sobre esta cuestión, ante la ineficacia legislativa, que una vez más queda patentada por nuestro Estado, al momento de dictar normas que protejan eficazmente a los ciudadanos, frente a los daños que pueden provocar ciertas actividades, expondré los aspectos constitucionales relativos al tema, como así también los proyectos legislativos existentes sobre la materia y la legislación extranjera que, desde la década del setenta, se viene estableciendo sobre la protección debida a las personas frente a los bancos de datos.

Adentrémonos en el tema en cuestión.

II. Las bases de datos. Las empresas de análisis de riesgo crediticio. Los informes de riesgo financiero

En la historia del hombre como ser social se observa la evolución de los registros de datos personales, que él mismo fue ideando para mantener vigente la memoria por los hechos del pasado [4].

[4] El hombre siempre trató de utilizar métodos para que la información con que contaba fuera

La imprenta, hasta el siglo XVI con los incunables, abrió el gran cauce de la comunicación sin fronteras y, al mismo tiempo, facilitó el acumulación y guarda de las descripciones, de los conocimientos y de las narraciones.

Cuando los datos y referencias centraron su objeto en la persona para fijar sus condiciones, cualidades, hechos, defectos y situaciones, en otras palabras, preservar y así poder comunicar los elementos de su ser y de su tener, se formaron los archivos y registros de papel y de cartón, que acumularon todo el continente del hombre, desde el nacimiento hasta mucho más allá de su muerte [5].

El avance informático que la inteligencia del hombre desarrolló ha posibilitado que aquellos registros o ficheros de papel o de cartón, diseminados en distintos espacios físicos, en los que se encontraban los antecedentes personales de cada individuo dentro de una sociedad, se encuentren hoy en formato digital para su consulta, en forma automática, sistemáticamente organizados y concentrada toda la información relevante sobre él.

Estas bases de datos se crean y se organizan con propósitos muy concretos, siguiendo un diseño específico: se escogen y se archivan aquellos datos que responden a ciertas preguntas, y la misma estructura de la base de datos —su clasificación, su orden y los mecanismos de recuperación de la información— refleja este diseño previo.

Dicho diseño de las bases de datos, sean éstas públicas o privadas, responde en la generalidad a dos objetivos muy concretos:

a) evaluación del riesgo financiero sobre un sujeto y, en caso negativo, su exclusión;

b) la identificación del consumidor, en cuanto a sus necesidades de bienes y servicios, y por ende su segura inclusión para una posterior campaña de publicidad *(marketing* directo).

Como se observa, los diseños comunes de las bases de datos tienen como objetivo específico, dentro del sector privado, vaticinar: a qué persona excluir para evitar riesgos, y/o a quién dirigirse en tanto sea pasible de ser un cliente potencial.

Ahora bien, el tema sobre el cual nos abocaremos en este trabajo, según lo establecido en las primeras líneas del presente, es el establecido en el punto a) de la clasificación establecida, es decir: *las bases de datos privadas, que tienen como objetivo la "evaluación del riesgo financiero sobre un sujeto, que se patentiza a partir de los informes elaborados por ellas y, en caso negativo, su exclusión de la posibilidad de acceso al crédito".*

---

transmisible y pudiera ser incluso legada a las generaciones futuras. Así pueden encontrarse ejemplos de transmisión de información como las pinturas rupestres, las pirámides egipcias, etc. PIERINI - LORENCES - TORNABENE, *Hábeas Data. Derecho a la Intimidad*, Universidad, 1999, p. 130.

[5] CIFUENTES, Santos, "Derecho personalísimos a los datos personales", LL, 1997-E-1327.

En varios países, en general, y en la Argentina, en particular, han aparecido hace décadas atrás, cobrando mayor relevancia en los últimos años, empresas de análisis de riesgo crediticio que ofrecen *informes comerciales que contienen datos personales de carácter comercial, crediticios y de medios de pago referidos al cumplimiento de obligaciones comerciales de los titulares de crédito, sean éstos personas físicas o jurídicas* [6].

Dichos informes son realizados a partir de la recopilación de datos suministrados, en el caso argentino, por: el Banco Central de la República Argentina (BCRA), Boletín Oficial, Tribunales [7], o clientes. Estos últimos son empresas de distintos rubros, que están obligadas por un contrato firmado con la empresa de análisis de riesgo crediticio, a suministrar toda la información sobre las deudas contraídas —por ejemplo: en cuanto a la morosidad con que cumple sus obligaciones— por cualquier persona en dichos comercios o entidades financieras.

La información del Banco Central, inhabilitados, central de riesgo, central de información crediticia y deudores de entidades en liquidación, es un segmento de la información que está disponible tanto para el público en general como para los prestadores de servicios de información crediticia, los que son consultados con mayor constancia por los componentes del mercado, por el valor que le agregan a la información y porque la información del Banco Central no incluye los incumplimientos originados en las operaciones de crédito entre particulares que no operan por intermedio del sistema financiero.

Las voces que se alzan en favor de dichos informes sostienen que dicha información crediticia de las personas es vital. Vitalidad que hace a la transparencia de las decisiones de crédito, disminuyendo los riesgos de insolvencia en que podría encontrarse hoy o en un futuro un sujeto determinado.

[6] www.veraz.com.ar/derechos.htm.

[7] Los hechos que expondré a continuación, los traigo a colación en virtud de la discusión actual de la doctrina argentina sobre la licitud o no de este tipo de suministro de información por parte de los Tribunales de Justicia (ANTIK - RAMUNNO, "Hábeas data", LL, 14/4/2000). En el marco de una causa penal, radicada en el Juzgado Criminal de Instrucción nro. 17, Sec. nro. 153 se solicitó el libramiento de un oficio a la Cámara de Apelaciones en lo Comercial a fin de que informe *acerca de si la Cámara Comercial ha suscripto contrato, convenio, acuerdo o ha otorgado autorización que permita a las empresas consultoras de créditos (Veraz, Veritas, Fidelitas, etc.) conocer las presentaciones de quiebras y/o concursos comerciales efectuados ante la Sala de sorteos.* Por último, se solicita que la Cámara indique la forma en que las consultoras de créditos acceden a la información de la base de datos del sistema computarizado. El pedido de ese oficio está contenido en el marco de una causa iniciada por la empresa Acron SA, a través de su letrado, el Dr. José María Soaje Pinto. La empresa Acron SA se vio envuelta en problemas comerciales al ser registrada como morosa por diversas empresas de informes comerciales. Al parecer, la empresa se enteró a través de sus proveedores sobre la presentación de dos pedidos de quiebra en su contra, que se tramitaban en el Juzgado Nac. en lo Com. nro. 19, a cargo de la doctora Adela Fernández, Secretaría 38. Estos proveedores se habrían enterado por los informes brindados por consultoras de riesgo crediticio como "Veraz", "Fidelitas" y "Veritas".

Como sea, el hecho es que un pedido de quiebra, aunque carezca de fundamento, causa un perjuicio innegable para el supuesto deudor, desde que esta situación queda registrada en las bases de informes de las distintas empresas que prestan el servicio de evaluación de riesgo crediticio. Fuente: *www.diariojudicial.com.* Fecha: 23/3/2000.

En el mismo sentido sostienen que es un elemento crucial para la capacidad que tienen los acreedores al evaluar y fijar los precios de los riesgos, la disponibilidad de información que posibilite extraer la forma en que manejaba, un sujeto determinado, el crédito en el pasado [8].

Siguiendo la misma línea argumental, otros expresan que: "La finalidad de ese tipo de bancos de datos es la asistencia informativa a las partes que se disponen a celebrar una operación negocial, por lo general comercial, de contenido patrimonial, en la que habitualmente se establecen obligaciones crediticias, otorgándoles un mayor grado de conocimiento mutuo a fin de regular ciertos aspectos del negocio, tales como monto y condiciones de cumplimiento. Asimismo contribuye a prevenir la comisión de conductas no deseadas en el futuro que frustren las expectativas de lucro de las partes, permitiendo reducir el riesgo propio y natural de la transacción y evitando eventualmente la posible comisión de fraude" [9].

Por lo que se observa, dichos informes comerciales actúan sobre lo preventivo, a modo de antídoto y para evitar fraudes [10]. *El interés común que comparten estas organizaciones privadas es la eliminación del riesgo.*

Se puede sostener entonces, de acuerdo a lo expresado en los párrafos anteriores, que los informes crediticios que suministran estas empresas privadas hacen al derecho que tiene toda persona a la información sobre con quién va realizar un determinado contrato. Esto es irrefutable. Pero ante esta afirmación, también se plantean cuestiones de hecho que son indiscutibles.

Qué empresa de riesgo crediticio asegura la veracidad y actualización [11] de los datos suministrados por ellos, sobre la base de la información que poseen en sus bases de datos, teniendo en cuenta que hoy en día dichos informes son un requisito implícito, en cuanto a su contenido, al momento de realizar cualquier tipo de operación comercial o financiera.

El centro de la decisión al momento de abrir una cuenta corriente o al momento de solicitar un crédito hipotecario, por ejemplo, se toma sobre la base de la información acerca de la solvencia del solicitante, analizada y determinada

[8] Banco Central de la República Argentina, "Taller sobre el papel de la información crediticia confiable en el desarrollo de mercados de servicios financieros estables", realizado el 4 y 5 de diciembre de 1997.

[9] DUBIÉ, Pedro, "Quid del consentimiento previo de la persona en el uso por terceros de información de acceso público irrestricto", *www.ulpiano.com*. Citando a FAVIER DUBOIS, E. M., *Derecho societario registral*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 260.

[10] ROITMAN, Horacio, "III Jornadas Internacionales sobre prevención del Fraude", 1996, p. 113.

[11] Siguiendo un orden lógico diremos que actualización es: la acción de actualizar; Actualizar: significa poner al día/volver actual. Actual: presente/vigente/que existe en el tiempo presente. Vigente significa "actual/contemporáneo/en vigor/presente/al día/real". Real: "que existe verdaderamente/concreto/verdadero". El razonamiento apunta a concluir que *actualización es semejante a verdadero. Lo contrario a verdadero es falso*. Citando a ANTIK - RAMUNNO, "Hábeas data", LL, 14/4/2000.

a partir de los datos suministrados por las empresas en análisis. Dicho en otras palabras: los prestatarios no prestarán si no tienen garantías de que el consumidor pagará su deuda. El consumidor, encontrará una respuesta negativa, en caso de que haya solicitado un crédito, por ejemplo, si el informe proporcionado por las empresas de análisis de riesgo crediticio (Organización Veraz SA, Fidelitas SA, Veritas SA o Solar Servicios On-Line —propietaria de la página web: decidir.com—) contiene datos que, a los ojos del prestatario, resultan contrarios a su seguridad [12].

¿Qué sucede entonces cuando los datos divulgados por las empresas de análisis de riesgo crediticio son falsos o inexactos por la negligente conducta de no actualizar y/o verificar la información que proporcionan a terceros? ¿Qué derechos se encuentran vulnerados? ¿Quién reparará los daños ocasionados por el suministro de una información falsa o inexacta?

Es por lo visto uno de los problemas más graves, en mi opinión, en los que se encuentran *sumergidos y desprotegidos* los ciudadanos al momento de sacar un crédito o de realizar una operación comercial de relevancia. En otras palabras, para aquellas personas implicadas de manera adversa por el uso de tal información, las consecuencias pueden variar desde la molestia hasta el desastre financiero [13].

En apoyo a lo expresado, traigo a colación una encuesta cuya fuente es una de las empresas de análisis de riesgo crediticio que sostiene que de las 1000 consultas que reciben diariamente por pedido de los informes en análisis, 400 deben iniciar un trámite de rectificación por la información falsa o inexacta que contienen [14]. Es decir que el 40% de los pedidos de antecedentes termina en un reclamo de rectificación. De lo cual se desprende que por dichos errores mu-

[12] Cuando era muy joven, hace más de diez años, Gonzalo integró una sociedad familiar que con el tiempo dejó de operar y luego se disolvió. El año pasado, Gonzalo quiso abrir una cuenta corriente para comenzar a trabajar por su cuenta y se enteró de que, allá lejos y hace tiempo, un proveedor había pedido la quiebra de aquella sociedad por falta de pago, un tema que se había resuelto, pero que quedó registrado en los anales judiciales. "Entré en el banco como un ganador para abrir una cuenta y salí como un delincuente. Estuve una semana llevando y trayendo papeles. Que exista *Veraz* me parece necesario, porque la calle está llena de delincuentes con chequeras, pero estas empresas necesitan invertir mucha plata en un buen sistema de seguimiento, porque no puede ser que uno mismo se tenga que encargar de probar su inocencia". Diario *La Nación*, 8/8/1999.

[13] WHITAKER, Reg., *El fin de la privacidad*, Paidós, 2000, p. 159.

[14] Por ejemplo, podemos citar el caso de Juan Miguel, quien nunca se enteró de que en 1991 el Banco Francés le había emitido una tarjeta Visa. En el año 1998 fue a sacar un crédito hipotecario para comprarse una casa y apareció en Veraz a causa de los gastos administrativos y los intereses de esa tarjeta, que nunca utilizó. Como tenía urgencia, porque vencía el boleto de compraventa, pagó la deuda de la tarjeta, que alcanzaba los mil pesos. El mismo año que logró el crédito, dio de baja la tarjeta MasterCard del Citibank que tenía. "Como me mudé, nunca me enteré de que los gastos administrativos seguían corriendo. Todo eso saltó este año, pero como no tenía ningún comprobante de que yo la había dado de baja, tuve que volver a pagar". Lo que no pudo evitar es que quede el antecedente. Luego Juan Miguel pidió una tarjeta de crédito al Banco Galicia. Y le dijeron que no porque su 'mujer' debía plata de un préstamo. En realidad él nunca estuvo casado, ni con la mujer citada en el informe, ni con ninguna otra. *El problema cobra seriedad*.

chos ciudadanos encuentran trabas de importancia al momento de solicitar un préstamo o abrir una cuenta corriente [15].

III. Los derechos personalísimos del hombre. El derecho a la privacidad en el siglo XXI. El nuevo derecho a la autodeterminación informativa

Continuando con el análisis sobre la responsabilidad de las empresas de análisis de riesgo crediticio por los informes que suministran a terceros sobre la situación financiera de un individuo, es imprescindible analizar el principal derecho vulnerado al titular de dichos datos, a mi entender y de acuerdo a lo sostenido por distintos autores, es sin lugar a dudas: *El derecho a la privacidad.*

El derecho a la privacidad ha adquirido gran trascendencia a raíz de la evolución de los medios de comunicación o de transmisión de datos, en los últimos años.

Pero se observa que dicha cuestión en cuanto a sus fronteras, ha sido tema de debate desde hace mucho tiempo atrás. La doctrina no es consistente al momento de establecer el momento histórico desde cuando se parte sobre dicha discusión.

Díaz Molina expresa que el primer rastro que pudo haberse encontrado de él fue quizá un antiguo caso resuelto por los tribunales ingleses en el año 1348 [16].

En cuanto a sù definición se han sostenido distintas expresiones en la doctrina: Cooley ha expresado que es el derecho a gozar de la soledad: el derecho que tiene cada persona a no ser objeto de una publicidad ilegal; el derecho de vivir sin interferencias ilegales del público en lo concerniente a asuntos en los cuales ese público no tiene un interés legítimo [17].

Además de dicha manifestación, podemos citar a Kacedan, el cual sostiene que el derecho a la privacidad es el derecho absoluto que tiene toda persona a no sufrir interferencias que puedan ocasionarle molestias, pena o daño. Toda persona tiene el derecho de exigir que sus asuntos privados y personales no sean comentados y escrutados en público sin su consentimiento [18].

Warren y Brandeis, por su parte, en un artículo que sirvió de punto de arranque para el desarrollo de este derecho en los Estados Unidos, sostienen

[15] Noticia publicada en el diario *La Nación*, 8/8/1999, Sección "Economía", La Empresa citada es la Organización Veraz.

[16] Díaz Molina, "El derecho a la vida privada", LL, t. 126, cit. a Wagner, Wieczylasw J., "El derecho a la intimidad en los Estados Unidos", *Revista Internacional de Derecho Comparado*, año XVII, nro. 2, 1965, p. 365.

[17] Díaz Molina, "El derecho...", LL, cit. a Colley, Thomas M., *Tratado del derecho sobre los actos ilícitos*, 1932, T. I, p. 429.

[18] Artículo citado, Kacedan, Basile, "El derecho a la vida privada", traducido y publicado en la *Rev. del Colegio de Abogados de Rosario*, t. III-IV.

que es una fase del derecho que tiene cada persona sobre su seguridad personal, vale decir, que es una parte del derecho más comprensivo a una personalidad inviolada [19].

Los referentes en nuestra doctrina han sostenido concepciones similares, pero así también han destacado la dificultad de resumir en un solo concepto la amplitud de situaciones que el derecho comprende. Parte de nuestra doctrina lo define como el derecho personal que compete a toda persona de sensibilidad ordinaria, de no permitir que los aspectos privados de su vida, de su persona, de su conducta y de sus empresas sean llevados al comentario público o con fines comerciales, cuando no exista un legítimo interés por parte del Estado o de la sociedad (Díaz Molina) [20].

Santos Cifuentes ha dicho que es el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones de su vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos. Explica luego su definición aclarando que la palabra intimidad está utilizada como sinónimo de vida privada, de soledad total o en compañía; que el *quid* de la cuestión no está en que se tome conocimiento (porque cualquiera puede tomar conocimiento de algo privado aun por motivos casuales sin por ello violar la intimidad); que el ataque puede consistir en la publicidad que se dirija a poner un hecho en conocimiento de los demás o en cualquier hostigamiento, perturbación, etc., aunque su fin no sea la publicidad; que no es imprescindible que se suscite el comentario público ni que el ataque persiga fines comerciales; y que este derecho corresponde a toda persona, cualquiera sea su sensibilidad [21].

En este sentido, y como consecuencia de la revolución informática que la capacidad del hombre logró desarrollar, aparejando la configuración de nuevos medios por los cuales la privacidad o intimidad de las personas se vieron vulneradas, el concepto del derecho a la intimidad, también fue en busca de una nueva frontera.

En el campo doctrinario, Charles Fried definía ya en 1968 a la privacidad como el control que se tiene sobre los propios datos, concepto que fue aceptado por la generalidad de la doctrina norteamericana. También el constitucionalista americano Laurence Tribe habla de un *derecho a controlar la masa de información por la cual se define la identidad de una persona*. Señala que la posibilidad de control sobre la información que administra, mantiene o disemina el

[19] Artículo citado, WARREN, Samuel - BRANDEIS, Louis, "El derecho a la vida privada", *Revista Jurídica de Harvard*, vol. 4, 1890, ps. 193 y 205.

[20] BELLUSCIO - ZANNONI, *Código Civil comentado*, Astrea, p. 72. Citando a DÍAZ MOLINA, "El derecho a la vida privada", LL, 126-985.

[21] BELLUSCIO - ZANNONI, *Código...*, cit., p. 73. Citando a CIFUENTES, Santos, "El derecho a la intimidad", ED, 57-832.

gobierno, forma parte del derecho a preservar la identidad que cada persona desea mostrar a la sociedad [22].

En este sentido, algunos autores argentinos hablan del derecho a la autodeterminación informativa, que es la facultad de toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros públicos o privados, especialmente los almacenados mediante medios informáticos. Se trata de un derecho personalísimo que ha adquirido autonomía conceptual con relación a otros derechos de la persona como la intimidad o privacidad, la imagen, el honor o la identidad personal, y se integra en el amplio contexto de la libertad y la identidad personal [23].

Parece conveniente recordar que nuestro Alto Tribunal ha señalado que "*en la era de las computadoras el derecho a la intimidad ya no puede reducirse a excluir a los terceros de la zona de reserva, sino que se traduce en la facultad del sujeto de controlar la información personal que de él figura en los registros, archivos y banco de datos*" [24]. Así, como señala adecuadamente Pablo Pallazi, la Corte ha complementado la definición del derecho de la privacidad que en su oportunidad había dado en el *leading case* "Ponzetti de Balbín" [25] en el que había precisado que el derecho a la intimidad previsto en el art. 19 de la CN ampara la autonomía individual integrada por sentimientos, hábitos, costumbres, relaciones familiares, posición económica, creencias religiosas, salud mental y física y todos los hechos y datos que integran el estilo de vida de una persona que la comunidad considera reservadas al individuo y cuyo conocimiento o divulgación significa un peligro para la privacidad e intimidad [26].

Continuando con el análisis de este derecho, debemos destacar la inclusión por la ley 21.173 del art. 1071 bis en nuestro CCiv., el cual expresa:

"*El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación*".

[22] PALLAZI, Pablo, "El hábeas data en la Constitución Nacional", JA, 1995-IV-715.

[23] VIGGIOLA - MOLINA QUIROGA, "Tutela de la autodeterminación informativa. Aproximación a una regulación eficaz del tratamiento de datos personales", ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derechos y Garantías en el Siglo XXI.

[24] RIQUERT, Marcelo, "Nuevas tecnologías. Ataques a la privacidad y sus repercusiones penales", citando a CS, causa "Dirección General Impositiva v. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal", fallo de 13/2/1996, LL, Sup. de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 8/9/1999, ps. 10/11.

[25] LL, 1985-B-120.

[26] PALLAZI, Pablo, "El hábeas data en la Constitución Nacional", JA, 1995-IV-711.

En dicho artículo se recepta irrefutablemente el derecho a la intimidad. El mismo objetivo ha sido alcanzado por una serie de instrumentos internacionales firmados y ratificados legislativamente por nuestro país y que a partir de la Reforma de la Constitución Nacional de 1994 tienen jerarquía constitucional. Por ejemplo: La Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su art. 12 sostiene *"que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada"*. Dicho concepto también fue receptado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, en su art. 17, inc. 1°, y lo mismo ocurre con la Convención Americana de Derechos Humanos, en el art. 11, inc. 2°.

Es dable destacar asimismo, que los daños que eventualmente se pudieran producir a partir de la divulgación de la información personal de un individuo, afectan bienes jurídicamente protegidos, que constituyen los derechos personalísimos o los derechos de la personalidad, que *"son atributos esenciales de la persona humana sin cuyo reconocimiento y protección no se concibe al hombre como unidad psicofísica, base y fundamento de la sociedad"* [27].

Esos derechos son: la vida, la integridad física, la libertad, el honor, el derecho a la información, y el derecho a la vida privada que desarrollamos en párrafos anteriores.

Con relación a este último, Bustamante Alsina sostiene que dentro del mismo se encuentran comprendidas: la identidad (con todos sus componentes), la situación patrimonial de una persona, etc.

El Dr. Santos Cifuentes expresa que, frente al crecimiento de los sistemas informáticos, y considerando la gran variedad de derechos implicados, es necesario la configuración de un derecho autónomo y complejo, que es el que debe ser tutelado.

Sostiene que si se admite que "la dignidad de la persona" desde su perspectiva individual, es el fundamento último de todos los derechos personalísimos, no cabe duda de que en este caso es sustancialmente la dignidad humana como valor lo que está en la esencia de las cosas, pues la captación registral informática desnuda la personalidad psicosocial en sus aspectos más salientes, exteriores y recónditos. Son datos relacionables desde cuyo entrecruzamiento puede accederse a la personalidad completa virtual, abarcando todos los bienes de la persona de una vez: intimidad, identidad, honor, libertad, patrimonio, etc. [28].

Como se observa, *no quedan dudas de que frente al crecimiento de los sistemas informáticos que permiten almacenar los datos personales de una indeterminada cantidad de personas, para usos diversos, y a partir de esa información entrecruzarla y obtener así todos los movimientos comerciales (y de otro*

[27] BUSTAMANTE ALSINA, "La informática y la responsabilidad civil", LL, 1987-B-892.

[28] CIFUENTES, Santos, "Derecho personalísimo a los datos personales", LL, 1997-E-1329. Citando a RABINOVICH - BERKMAN, "Cuestiones actuales en derechos personalísimos", ps. 127/163.

carácter) de la vida cotidiana de los componentes de una sociedad, el replanteamiento legislativo en cuanto al tema que nos toca analizar y su inmersión dentro de los derechos de la personalidad, es esencial en nuestros días [29].

Así también tampoco quedan dudas que la divulgación de datos de carácter patrimonial por parte de las empresas en análisis, afectan en forma directa el derecho a la privacidad, en la mayor parte de sus aspectos, de los ciudadanos, cuando son suministrados sin la previa verificación de su veracidad [30].

Podrá discutirse, y ésa es la tarea principal de nuestros legisladores, qué tipo de información de carácter patrimonial o financiero, puede darse a publicidad en vista a la protección del mercado, con el previo consentimiento de los titulares de dicha información.

Podemos sostener que si bien es atendible el interés de quienes prestan dinero de asegurarse la idoneidad de quien lo solicita, es también ineludible su responsabilidad en el manejo de la información de la que disponen, y su deber correlativo e inexcusable de evitar producir errores que afecten los derechos individuales de los ciudadanos clientes o usuarios.

IV. Responsabilidad civil de las empresas de análisis de riesgo crediticio por la divulgación de información falsa o inexacta. Fundamentos de la responsabilidad

Como hemos visto en los párrafos anteriores no quedan interrogantes en cuanto a los peligros en los que nos encontramos sumergidos los componentes de una sociedad, en virtud de la actividad comercial que desarrollan las empresas de análisis de riesgo crediticio, en particular, que almacenan los datos personales de la mayor parte de la población económicamente activa, en grandes bancos de datos, hecho que se produce a partir, como vimos, del importante desarrollo de la informática.

Los peligros en muchas ocasiones se convierten en perjuicios concretos a la vida comercial o privada de una persona.

Dichos menoscabos en muchas oportunidades, en cuanto al tema que estamos analizando, se producen a partir de los informes financieros sobre un individuo, que en la actualidad se han convertido en un requisito implícito al momento de abrir una cuenta corriente, solicitar un crédito bancario o de otro tipo, o realizar una operación comercial de relevancia económica, que son suminis-

[29] Es a mi entender, el fin del derecho, en cuanto éste debe tender a la protección de la persona y en consecuencia a la regulación de las conductas, adecuándose a los cambios que se producen en la vida de una sociedad.

[30] En una oportunidad he pedido un informe a la Organización Veraz en virtud del pedido de un amigo legalmente soltero, sobre su persona. ¿Se pueden imaginar cuál fue el resultado de dicho informe? Sí. Estaba casado.

trados por las organizaciones de análisis de riesgo crediticio, conteniendo información falsa o inexacta.

Si consideramos que sobre dicha información se basa la decisión del futuro acreedor, es indubitable que la vulneración de futuros negocios en gestión o la pérdida de una *chance* comercial o crediticia provocada como consecuencia de la información no veraz suministrada, afecta en forma indirecta en algunos casos el patrimonio de una persona, como así también en forma directa su intimidad o privacidad, en cuanto, siguiendo al Dr. Bustamante Alsina, la situación patrimonial de una persona se encuentra comprendida en el citado derecho [31].

Por lo visto es necesario, en este momento, de acuerdo con lo expresado, el estudio de los fundamentos de la responsabilidad necesarios para concluir en el deber de indemnización que pesa sobre las empresas de análisis de riesgo crediticio o de seguridad crediticia, como también son catalogadas.

Como sabemos, la responsabilidad generadora del deber de indemnizar exige la concurrencia de cuatro presupuestos, caso contrario no hay responsabilidad que dé lugar a la indemnización. Los presupuestos de la responsabilidad, son los siguientes: 1) el incumplimiento objetivo o material, 2) un factor de atribución de responsabilidad, 3) el daño y, por último, 4) una relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño.

Incumplimiento objetivo o material

La responsabilidad de las empresas de análisis de riesgo crediticio o de seguridad crediticia, es indiscutible que se sitúa, en relación a la divulgación de *información comercial, patrimonial o crediticia de una persona, es decir la divulgación a terceros de un conjunto de datos actuales e históricos, de fuente pública o privada, relativo al cumplimiento o incumplimiento crediticio, o a la composición del patrimonio, y todo otro dato relativo para la concertación de negocios —como la capacidad— de un determinado sujeto* [32], en cuanto al titular de dichos datos en la órbita extracontractual.

Al no existir relación jurídica anterior entre dichos sujetos, la responsabilidad es extracontractual, configurándose la ilicitud genérica en el art. 1109 de nuestro CCiv. y la ilicitud específica, como hemos visto, en el art. 1071 bis del mismo Código [33], por la afectación a los derechos personalísimos a la privacidad, a la identidad y al secreto; o por inexactitudes en los datos informatizados [34].

[31] BUSTAMANTE ALSINA, "La informática y la responsabilidad civil", LL, 1987-B-892.

[32] FAVIER DUBOIS, E. M., *Derecho Societario Registral*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 260.

[33] BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, 1993, p. 643.

[34] ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA, *Derecho de Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 835.

Factor de atribución de responsabilidad

Tratándose, como expresáramos, de una relación situada en el ámbito extracontractual, la doctrina en cuanto al factor de atribución se encuentra dividida.

Algunos autores, entre los que se encuentra como su mayor exponente el Dr. Bustamante Alsina, y adhieren Ameal, Kemelmajer de Carlucci, entre otros, sostienen que la responsabilidad es subjetiva, o sea que el factor de atribución sería la culpa o el dolo. Con base en que cuando los elaboradores o explotadores del banco de datos suministran información falsa o inexacta sobre un sujeto en particular, el error evidenciaría la culpa [35].

Por esto puede afirmarse que la responsabilidad se genera en el sector de la responsabilidad directa por el hecho del hombre con las cosas que le sirven de instrumentos. La culpa resulta presumida, invirtiéndose la carga de la prueba, conforme a lo dispuesto en la primera parte del art. 1113 del CCiv.

Si la acción fuere delegada en operadores del sistema, la responsabilidad sería del principal de acuerdo con la primera parte del artículo citado y con fundamento en el facto objetivo de garantía que hace inexcusable esta responsabilidad [36].

Otro sector de la doctrina sostiene que el factor de atribución, en el supuesto de que el daño derive del riesgo o vicio de la cosa, es objetivo. Con fundamento en el art. 1113, párrafo 2°, parte 2ª del CCiv.

Una tercera posición doctrinaria expresa que el procesamiento de datos personales constituye una actividad riesgosa en sí misma o por su forma de utilización, siendo un supuesto de responsabilidad objetiva, con fundamento en el actual art. 1113, párr. 2°, parte 2ª de nuestro Código.

Por último, para un sector minoritario de nuestro ambiente, la información computarizada debe ser considerada como cosa riesgosa, toda vez que aunque no sea estrictamente, una cosa, es una forma de energía y, por lo tanto, le es aplicable el régimen de las cosas (art. 2311, párr. 2, CCiv.), quedando comprendido en cuanto al factor de atribución en el régimen del art. 1113, párr. 2°, parte 2ª de nuestro CCiv.

En esta cuestión convengo con los integrantes del sector doctrinario que sostienen que la responsabilidad es subjetiva, o sea que el factor de atribución es la culpa o el dolo, considerando que, en el tema en análisis, al suministrar información financiera falsa o inexacta de una persona los elaboradores o explotadores del banco de datos, en base al cual surge dicha información, evidencian su negligente conducta y despreocupación (culpa) al no verificar la exactitud o veracidad de la información divulgada a terceros.

[35] BORDA, Alejandro, "La responsabilidad extracontractual por ilicitudes informáticas", ED, 139-938.

[36] BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 641.

Citando y a su vez coincidiendo con el Dr. Bustamante Alsina, es indiscutible *"que por mucho que los tratamientos automatizados emplearen cosas, como los ordenadores o computadores y todos los elementos magnéticos que forman el sistema, la recolección de datos, el procesamiento de la información y el tratamiento por medios interconectados, así como los programas e instrucciones del* software *y su resultado o información final son obra de la voluntad y la acción del hombre"*.

Continuando con el análisis, concuerdo que en el supuesto de que el daño derive del riesgo o vicio de la cosa empleada, el factor de atribución es objetivo con fundamento en el art. 1113 de nuestro CCiv.

Daño

Como se ve señalado en párrafos anteriores, los daños que pueden ocasionársele a una persona a partir de esa conducta culposa con relación a la divulgación de información nominativa (es aquella que permite la identificación de las personas mediante el procesamiento de datos individuales y su acumulación en centros o bancos de información) en algunos casos afectan al patrimonio del titular de dichos datos.

Dicha afectación acaece a partir de la frustración de una ganancia esperada, que se hubiere podido producir, por ejemplo, a partir de la inversión del capital que hubiere sido otorgado por parte de una entidad financiera si el informe suministrado por la empresa de análisis de riesgo crediticio fuere veraz.

O la pérdida de una *chance*, que hipotéticamente puede darse, al acceso de un crédito hipotecario en gestión, para el acceso a la vivienda.

También, a mi entender, puede causarse daño moral por los padecimientos que sufra la víctima en la esfera de su patrimonio moral subjetivo y aun en el aspecto objetivo o social de su reputación, lesionando el honor que es otro valor distinto de la intimidad pero que goza también de la protección jurídica como derecho de la personalidad [37].

Así también se vería afectada la intimidad de una persona al suministrarse información desactualizada, en cuanto a la morosidad sobre el pago de una deuda en que ha incurrido por motivos particulares.

Relación de causalidad

Para completar los presupuestos de la responsabilidad necesarios para que se configure el deber que dé lugar a la indemnización, debe probarse la relación de causalidad suficiente entre el almacenamiento de datos personales

[37] BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...*, cit., p. 642.

falsos y erróneos y su posterior divulgación y el hecho dañoso. De tal manera que el perjuicio ocasionado haya sido causado por la divulgación de la información personal, como producto del almacenamiento por parte de las empresas de análisis de riesgo crediticio.

Es claro que la consecuencia inmediata del almacenamiento de datos personales falsos o erróneos, no causan por sí mismos un perjuicio económico, sino sólo entrando en vínculo con otro hecho distinto, como lo serían las relaciones jurídicas patrimoniales de quien es objeto de la información. Ocasionando así un perjuicio económico como consecuencia mediata del hecho informático.

La consecuencia inmediata será la negativa al acceso al crédito o el fracaso de un negocio en gestión, lo cual ocasionará a su vez como consecuencia mediata un detrimento patrimonial por la pérdida de una *chance* o la privación de una ganancia.

El hecho ilícito, producido a partir de la divulgación de datos personales falsos o erróneos no recae directamente en el patrimonio sino en un derecho de la personalidad, lo cual al producir un desmedro de la identidad de la persona involucrada causa eventualmente una repercusión patrimonial negativa [38].

Como se observa, se puede concluir que es inobjetable la responsabilidad de las empresas de análisis de riesgo crediticio por los daños materiales o morales producidos, a partir de la revelación a terceros de datos falsos o inexactos sobre la conducta financiera, comercial, o composición del patrimonio, y capacidad de una persona determinada.

Es dable destacar, a modo de reseña histórica, y como antecedente sobre la preocupación contemporánea del tema en análisis, las conclusiones alcanzadas en el Tercer Congreso Internacional de Derecho de Daños (1993) [39]:

De lege lata:

I. Cuando la información constituida por datos personales nominativos recibe un tratamiento electrónico, la adecuada tutela del derecho a la intimidad requiere reconocer a toda persona la facultad de controlar la que le concierne. Dicha facultad comprende:

— el derecho de acceso a la información;

— el derecho de rectificación y cancelación de datos inexactos o caducos;

— el derecho a que los datos sean utilizados de acuerdo con la finalidad prevista;

— el derecho a impedir el acopio de datos que hacen a su personalidad o ideología.

[38] BUSTAMANTE ALSINA, "La informática...", cit.

[39] www.saij.jus.gov.ar.

II. Antijuridicidad:

1) Toda intromisión al derecho a la intimidad debe considerarse antijurídica salvo causa de justificación (interés superior prevaleciente, consentimiento del lesionado, ejercicio regular de un derecho o cumplimiento de un deber legítimo).

2) Constituyen conductas antijurídicas:

— el acopio de información personal nominativa no autorizada,

— la información no veraz o falseada,

— la utilización o empleo con fines distintos sin el expreso consentimiento del titular de los datos nominativos.

3) El acceso a los datos que atañen al patrimonio de la persona debe restringirse a quienes acrediten un interés legítimo.

III. Factor de atribución:

1) Órbita extracontractual: La responsabilidad civil del titular del Banco de Datos, y de quien se sirve del mismo, es objetiva y basada en el riesgo de la actividad desarrollada (art. 1113 del CCiv.).

2) Órbita contractual: Existe una obligación de seguridad en cuanto a la certeza, completividad y oportunidad del servicio e información al cual se obliga al prestatario. Dicha obligación es de resultado. El fundamento de la responsabilidad civil contractual es objetiva.

IV. Daño y relación de causalidad y extensión del resarcimiento:

Son aplicables los principios generales de acuerdo a la órbita de que se trate.

V. Prevención del daño:

Las acciones de abstención e inhibición contenidas en el art. 1071 bis y concs. del CCiv., son plenamente aplicables en esta materia.

De lege ferenda:

Debe reconocerse expresamente que:

a) Toda persona tiene derecho a conocer lo que de ella conste en forma de registro, la finalidad a que se destina esa información y a exigir su rectificación o actualización.

— Jurisprudencia [40]

En este sentido es hacedero destacar un fallo recientemente dictado en virtud del tema en análisis, en el cual se estableció que por daño moral y material, la entidad financiera denominada "Citibank" deberá pagarle $ 25.000 a un cliente que apareció en un listado de morosos después de haber rechazado tarjetas de crédito que el banco no dio de baja.

Así lo dispuso el juez en lo Comercial Gerardo Vasallo, quien le dio al Citibank un plazo de 10 días para concretar *el pago por los perjuicios que le causó al negársele un crédito hipotecario debido a un informe negativo emitido por una organización de seguridad crediticia.*

[40] Noticia publicada el 29/12/1999. Título: Juez condenó a banco por tarjetas de crédito. Fuente: www.diariojudicial.com. El fallo en extenso aún no ha sido publicado.

El Juez Gerardo Vasallo consideró que *"como lamentablemente sucede con habitualidad una vez 'cazado' el cliente, el banco lo rebajó fácticamente de categoría en tanto de cliente destacado, le dio el trato de cliente cautivo"*.

La demanda fue iniciada por el abogado Hugo Vasen, quien aceptó por un año una promoción sin cargo de tarjetas de crédito, vencido el período y sin previa consulta, el Citibank renovó el "dinero plástico", por el mismo plazo y facturó un cargo de 26,40 pesos.

Vasen dio de baja a esos elementos de compra-crédito mediante el envío de un fax, al cual le adjuntó una fotocopia en la cual se mostraba a las tarjetas destruidas, tal como le fuera requerido por personal de la demandada.

Sin embargo, al solicitar un préstamo para la compra de una vivienda a otra entidad crediticia, de la cual es cliente, llegó a su conocimiento un informe negativo emitido por la Organización Veraz SA. El informe lo incluía como inhabilitado por moroso en virtud de una denuncia formulada por la entidad bancaria demandada. Ante esta circunstancia, el reclamante le envió una carta al banco y en respuesta a ella la institución le informó acerca de la inexistencia de deuda y que el *error se debió al olvido del banco de dar de baja su cuenta.*

El fallo condena a la entidad bancaria por el daño moral y el perjuicio material ocasionado.

Es preciso aclarar aquí, contrariamente a lo que expuse, que los hechos del caso en análisis se configuran en la órbita contractual, por la existencia de un contrato destinado a la prestación de un sistema de tarjetas de crédito convenido entre la entidad financiera y la persona individual o consumidor del servicio.

Esta jurisprudencia me es útil para traer a colación un tema que no he tratado hasta ahora y que es preciso destacar. Es con relación a la cuestión de que, si a pesar de que la información es divulgada por las empresas de análisis de riesgo financiero, la responsabilidad debe recaer sobre la fuente de la información? Es decir, como se ve en este caso, la negligencia de la entidad financiera en la no actualización de los datos almacenados en los bancos de datos de las empresas citadas, las que se encuentran vinculadas por una relación contractual, pesando sobre la primera la obligación de suministro y actualización de los datos que se produzcan con relación a una persona, sea ésta una entidad financiera o un comercio adherido al sistema.

No quedan dudas de que respecto de la protección de los derechos de la persona, con fundamento en el principio de la buena fe negocial, en cuanto a la veracidad de la información que es divulgada a terceros, la responsabilidad debe recaer en la empresa que tiene como actividad comercial el suministro de informes comerciales o financieros.

Porque es sobre ese tipo de empresas que debe recaer la obligación de conducirse diligentemente, previendo la actualización de los datos que luego serán comercializados en el mercado, en pos —según se ha dicho— de evitar la producción de hechos fraudulentos o para el "aseguramiento" de la capacidad de repago de una persona.

Caso contrario, el consumidor o persona titular de dichos datos se vería en la necesaria producción de una conducta preventiva con relación a la averiguación de los datos contenidos, en cuanto banco de datos exista, sobre lo que configura —como hemos dicho— su vida privada antes de realizar cualquier tipo de operación comercial. Porque sobre dichos datos será realizada la calificación sobre su capacidad o diligencia comercial y/o financiera. Dichos informes se han convertido hoy en día en un requisito implícito, en relación con su contenido positivo, al momento de la solicitud de un crédito o la apertura de una cuenta corriente bancaria.

No debiendo descartarse, a pesar de lo expresado, la existencia de una responsabilidad solidaria e ilimitada de las entidades que proveen la información y de los bancos de datos que tengan como actividad comercial la acumulación, y revelación, y que sobre esa base, suministren información financiera, comercial y/o crediticia falsa o errónea.

Pero la situación planteada pone también, a mi entender, en cuestión el art. 53 de la Ley de Tarjetas de Crédito 25.065 [41], que establece expresamente:

"Prohibición de informar. Las entidades emisoras de Tarjetas de Crédito, bancarias o crediticias tienen prohibido informar a las 'bases de datos de antecedentes financieros personales' sobre los titulares y beneficiarios de extensiones de Tarjetas de Crédito u opciones cuando el titular no haya cancelado sus obligaciones, se encuentre en mora o en etapa de refinanciación. Sin perjuicio de la obligación de informar lo que correspondiere al Banco Central de la República Argentina.

"Las entidades informantes serán solidaria e ilimitadamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados a los beneficiarios de las extensiones u opciones de Tarjetas de Crédito por las consecuencias de la información provista".

Es dable destacar que dicho artículo fue vetado por el Poder Ejecutivo Nacional, mediante el decreto 15/99, art. 14 [42].

Y luego fue insistido por el Poder Legislativo, expresando en la nota enviada al Poder Ejecutivo [43] *"el H. Senado..., ha considerado la confirmación de la H. Cámara de Diputados de su sanción anterior en la observación parcial al proyecto de ley registrado bajo el nro. 25.065, relacionado con el sistema de tarjetas de crédito, compra y débito, y ha tenido a bien confirmar también la propia por mayoría de dos tercios de votos, quedando así definitivamente sancionado el proyecto según lo dispuesto en el art. 83 de la CN"*. En la actualidad el artículo transcripto se encuentra en vigencia.

[41] Publicada en BO, 14/1/1999, p. 1.
[42] Publicado en BO, 14/1/1999, p. 3.
[43] Publicado en BO, 24/9/1999, p. 1.

V. El derecho procesal constitucional del hábeas data

Me parece conveniente el tratamiento, a partir de la particular relevancia que en el tema en estudio adquiere lo referente a la prevención del daño, o la cesación del perjuicio cuando ya ha comenzado a producirse, del instituto incorporado por nuestros constituyentes en virtud de Reforma del año 1994 de nuestra Carta Magna.

Me estoy refiriendo a la acción de hábeas data, contemplada en el art. 43, 3er. párrafo, de nuestra Carta Magna el cual dice: "Toda persona podrá interponer esta acción [se refiere a la acción de amparo] para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o *bancos de datos* públicos, o los *privados destinados a proveer informes*, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos...".

Pablo A. Palazzi en un reciente trabajo, luego de citar abundante jurisprudencia y el pensamiento más evolucionado de nuestra doctrina, termina concluyendo que "el hábeas data es una acción que tiene por finalidad específica acceder a la información personal y corregir en caso de existir falsedad o discriminación" [44].

El texto del art. 43, párrafo tercero, como se observa, contempla el *hábeas data* respecto de los bancos de datos privados solamente cuando ellos estén "destinados a proveer informes"; cabe darle el sentido de que se refiere a los que estén destinados, actual o potencialmente, a proveer informes.

Siguiendo al Dr. Agustín Gordillo, cabe desarrollar el principio y darle una extensión más amplia, por ejemplo, para tutelar el derecho de los clientes de bancos y empresas de tarjetas de crédito, que aunque no estén destinados a dar informes, pueden de hecho darlos a pedido de otras entidades análogas: *el particular tiene derecho a saber qué consta sobre él en tales bancos de datos, y en su caso a requerir la modificación de los errores que contengan.*

La divulgación indiscriminada de cuanta acción judicial (y hasta extra judicial) se inicie a persona, sea ésta física o jurídica, como así también todos sus antecedentes financieros o comerciales, puede dar lugar a la configuración de perjuicios concretos en los derechos de los ciudadanos, con lo cual "los límites de lo razonablemente permitido se empiezan a ver ya seriamente afectados" [45].

Parte de la doctrina sostiene que el *hábeas data* debe utilizarse para limitar esa interferencia en la privacidad de las personas. La privacidad debe ser una

[44] Palazzi, Pablo, en "El hábeas data en el derecho argentino", *Derecho y nuevas tecnologías*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

[45] Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Fundación de Derecho Administrativo, 1998, citando a Crivelli - Vega, "Boleta de deuda, un documento imprescindible", Revista *Construcciones*, Buenos Aires, mayo de 1998, nro. 1215, ps. 46 y ss., p. 52.

cuestión de orden público, irrenunciable por los individuos, pues se tutela un bien colectivo y no meramente individual.

En consecuencia, su trámite ha de equipararse al de las acciones de clase y los derechos del usuario o consumidor, como derechos de incidencia colectiva y no cuestiones exclusivamente limitadas a un caso individual [46].

En algunos fallos la jurisprudencia ha exigido, además del error, la acreditación del daño, lo cual es palmariamente equivocado: si el daño no se ha acreditado podrá no ser procedente una acción de daños y perjuicios, pero sí procede siempre la rectificación del error [47].

VI. PROYECTOS LEGISLATIVOS ARGENTINOS

Cámara de origen y legisladores firmantes
Tema
Publicación
Artículos de los proyectos legislativos existentes más relevantes sobre el tema en análisis

Diputados firmantes: Melogno, y otros.
Información financiera y comercial
TP 1997 nro. 40 p. 2224
(Presentado nuevamente en 1999 TP 1/99)

Art. 1°: Las entidades financieras no podrán tener en cuenta las informaciones obrantes en las bases de datos privadas o públicas, conteniendo datos sobre los antecedentes financieros personales, para determinar la negativa de créditos hipotecarios.

Art. 4°: Cuando se denegare el crédito por utilizar los datos prohibidos en el art. 1°, las personas afectadas tendrán todos los derechos a reclamar las indemnizaciones correspondientes a los responsables de la institución bancaria, financiera o crediticia.

Diputados firmantes: Melogno, y otros
Bancos de datos de información financiera y comercial
TP 1997 nro. 40, p. 2225
(Presentado nuevamente en 1999 TP 1/99)

Art. 11: Los responsables, funcionarios o administradores de las bases de datos y los responsables de las entidades proveedoras de la información, serán solidariamente responsables por todos los perjuicios que pudieren causar a los incluidos en las listas de bases de datos en contra de lo dispuesto por la presente ley.

Diputados firmantes: Galland, y otros
Suministro de información financiera y comercial
TP 1998 nro. 106 p. 5626

Art. 14: Los proveedores de información y las bases de datos son solidariamente responsables por los daños y perjuicios que ocasionaren a las personas sobre las que han suministrado información financiera, comercial o crediticia falsa o en contravención a la presente ley.

[46] GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998. En igual sentido GALLARDO - SORIA - OLMEDO - FLORI, "Hábeas data", LL, 1998-A-977.

[47] Ver C. Nac. Com., sala C, "RRJ v. Organización Veraz", LL, 1997-A-212; C. Nac. Civ., sala A, "Pochini, Oscar y otro v. Organización Veraz", LL, 1998-B-3.

Diputados firmantes: Maqueda
Régimen de protección de datos —hábeas data—
TP 1999 nro. 5, p. 355

Art. 15: Quienes realicen actividades vinculadas al tratamiento de datos son directamente responsables de los daños ocasionados, cuando el tratamiento de datos no se ajuste a las prescripciones de la presente ley. A tal efecto el responsable del registro o banco de datos tendrá los siguientes deberes: a) Seguridad: Adoptar las medidas necesarias que garanticen la seguridad de los datos...

Diputados firmantes: Godoy
Régimen de Protección de datos
TP 1999 nro. 29 p. 1812

Art. 11: La indemnización al afectado por los daños y perjuicios producidos por la información de datos personales inexactos y/o falsos, podrá tramitar sumariamente dentro del juicio de hábeas data que se hubiera promovido conforme a la presente.

Diputados firmantes: Natale.
Régimen de hábeas data
TP 1999 nro. 36, p. 2126

Art. 17: Incorpórase como art. 1071 ter del CCiv., el siguiente: Toda persona tiene derecho a tomar conocimiento de los datos referidos a ella, y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes. En caso de que la información fuere falsa, discriminatoria, deficiente, insuficiente... tendrá derecho a exigir... su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización con recurso de trámite sumarísimo, en caso de negativa, ante la justicia ordinaria.

Senadores firmantes: López
Ley de Hábeas Data
DAE 1998 nro. 32, p. 811

No se habla sobre la responsabilidad civil, de las empresas de riesgo crediticio en particular pero es dable observar el artículo citado a continuación:

Art. 14: En la prestación de servicios de información crediticia sólo pueden tratarse los siguientes tipos de datos de carácter personal:

a) Los obtenidos de fuentes accesibles al público o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento;

b) Los relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de contenido patrimonial facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará al afectado, en el plazo de 10 días desde dicho registro, una referencia de los datos que hubiesen sido incluidos y se le informará de su derecho a recabar, rectificar y ampliar la información de la totalidad de ellos en los términos de la presente ley.

— Sólo se podrán archivar, registrar o ceder los datos de carácter personal que sean significativos para evaluar la solvencia económico-financiera de los afectados durante los últimos 10 años.

— No podrán cederse datos referidos a las obligaciones prescriptas.

Senadores firmantes: Menem
Ley de Hábeas Data
DAE 1998 nro. 34, p. 860

Art. 26: Prestación de servicios de información crediticia.

1. En la prestación de servicios de información crediticia sólo pueden tratarse datos personales de carácter patrimonial relativos a la solvencia económica y al crédito, obtenidos de fuentes accesibles al público o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento.

2. Pueden tratarse igualmente datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de contenido patrimonial, facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés.

3. A solicitud del titular de los datos, el responsable o usuario del banco de datos, le comunicará las informaciones, evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y domicilio del cesionario en el supuesto de tratarse de datos obtenidos por cesión.

4. Sólo se podrán archivar, registrar o ceder los datos de carácter personal que sean significativos para evaluar la solvencia económico-financiera de los afectados durante los últimos diez años.

5. La prestación de servicios de información crediticia no requerirá el previo consentimiento del titular de los datos a los efectos de su cesión, ni la ulterior comunicación de ésta, cuando estén relacionados con el giro de las actividades comerciales o crediticias de los cesionarios.

Senadores firmantes: Branda
Ley de Hábeas Data
DAE 1998 nro. 38, p. 981

Art. 22. Responsabilidad Civil: En caso de que de la inexactitud, falsedad o desactualización de los datos objeto de tratamiento, derivara un perjuicio al titular de los mismos, dicho perjuicio será indemnizable por el responsable del archivo o base de datos, de acuerdo a las normas generales sobre responsabilidad por daños del Código Civil.

Senadores firmantes: Del Piero
Ley de Hábeas Data
DAE 1998 nro. 55, p. 1403.

Banco de datos sobre solvencia patrimonial o de crédito

Art. 16: Cuando el interesado lo solicite, se le informará qué consultas fueron realizadas a su respecto y qué información y/o evaluación han sido brindadas.

Los datos sobre solvencia patrimonial o de crédito caducarán al término de 5 años y no podrán seguir almacenados, salvo consentimiento del interesado.

Art. 17: Sin perjuicio de las responsabilidades por los daños o perjuicios ocasionados al titular...

Senadores firmantes: Branda.
Ley de Tarjetas de Crédito
DAE 2000 nro. 150, p. 2977

Art. 51. Información a las bases de datos de antecedentes financieros personales: Las entidades informantes serán responsables por la información incorrecta aportada a las bases de datos de antecedentes financieros acerca de los titulares o beneficiarios de extensiones de tarjetas de crédito.

Referencias:

TP: Trámite Parlamentario. Cámara de Diputados.
DAE: Diario de Asuntos Entrados. Cámara de Senadores.

VII. VISIÓN EXTRANJERA

Asimismo vale destacar que numerosos países, con anterioridad a la incorporación de dicho instituto en nuestra Constitución Nacional, han sancionado normas protectoras en el mismo sentido que el instituto en análisis. Entre ellos cabe destacar los casos de Estados Unidos, Australia, Finlandia, Islandia,

Bélgica, Italia, Gran Bretaña y España. Las Constituciones española de 1978 (arts. 18.4 y 105, b) y la portuguesa de 1976, se encuentran entre las primeras que han incorporado esta problemática al texto de una ley fundamental.

Junto a estas legislaciones se debe tener en cuenta también el Convenio para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento automatizado de Datos de Carácter Personal, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 22/9/1980.

Entre los aspectos de mayor relevancia temática vale destacar: las exigencias de veracidad y correcta utilización de datos (art. 5°); se reconoce también el derecho al conocimiento por parte de los interesados de la existencia de datos que les conciernen, de la posibilidad de cancelarlos o corregirlos, así como la facultad de recurrir ante cualquier transgresión de los derechos anteriores (art. 8°).

En el mismo sentido es dable destacar el art. 28 de la Ley Orgánica española 5/92, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal que se refiere a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito desde una doble perspectiva.

Por un lado, determina que quienes se dediquen a la prestación de servicios sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar automatizadamente datos de carácter personal obtenidos de fuentes accesibles al público o procedentes de informaciones facilitadas por el afectado o con su consentimiento. Y por otro, regula el tratamiento de datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias señalando que podrán tratarse dichos datos siempre que sean facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés.

VIII. CONCLUSIONES

Es claro, como lo hemos sostenido en las líneas de este trabajo, que la actividad económica necesita conocer los datos comerciales y financieros de las personas físicas o jurídicas, a efectos de otorgarles créditos, operar con cuentas corrientes bancarias, emitir tarjetas de crédito, y/o cualquier otro instrumento que necesite contar con información determinada de un sujeto, para conocer la capacidad de repago en principio y los antecedentes que pesan sobre dicho individuo en estos aspectos para evitar el acaecimiento de hechos fraudulentos.

El desarrollo informático posibilitó que diversos tipos de información, que se producen a partir de los movimientos comunes que realiza cada persona en su vida cotidiana [48], pudieran almacenarse y procesarse a una velocidad inusitada.

En virtud de esto aparece una nueva actividad comercial desarrollada por las denominadas "empresas de análisis de riesgo crediticio", que suministran

[48] Una investigación publicada en 1996 calculaba que en los Estados Unidos una persona generaba 150 registros electrónicos diarios. Fuente: revista *Viva, Clarín,* 21/3/1999.

informes a las entidades financieras o terceros que lo soliciten, sobre la situación comercial o financiera de una persona, sea ésta física o jurídica, utilizando principalmente los datos almacenados por ellos informáticamente, a partir de la recopilación de los antecedentes que recogen de distintas fuentes públicas [49].

Muchas veces a partir de que dichos informes contienen datos inexactos o falsos, el individuo sobre el que se han producido se ve perjudicado en sus derechos, material y moralmente. Porque a pesar de los adelantos técnicos, aún no existe la posibilidad de procesar con exactitud tanta información.

Hemos analizado así los presupuestos de la responsabilidad, necesarios para que se configure el deber de indemnizar por parte de las empresas en cuestión.

Así, hemos dicho que al no existir una relación jurídica anterior, en este caso entre las partes, la responsabilidad se ubica en la órbita extracontractual, configurándose la ilicitud genérica en el art. 1109 de nuestro CCiv. y la ilicitud específica, como hemos visto, en el art. 1071 bis del mismo Código, por la afectación de los derechos personalísimos a la privacidad, a la identidad y al secreto; o por inexactitudes en los datos informatizados.

Asimismo, hemos sostenido que la responsabilidad es subjetiva, o sea que el factor de atribución es la culpa o el dolo, considerando que, en el tema en análisis, al suministrase información financiera falsa o inexacta de una persona los elaboradores o explotadores del banco de datos, en base en el cual surge dicha información, evidencian su negligente conducta y despreocupación (culpa) al no verificar la exactitud o veracidad de la información divulgada a terceros.

Y en el supuesto de que el daño derive del riesgo o vicio de la cosa empleada, el factor de atribución es objetivo con fundamento en el art. 1113 de nuestro CCiv.

Hemos expresado también, siguiendo al Dr. Bustamante Alsina, que el hecho ilícito, producido a partir de la divulgación de datos personales falsos o erróneos, no recae directamente en el patrimonio sino en un derecho de la personalidad, lo cual al producir un desmedro de la identidad de la persona involucrada causa eventualmente una repercusión patrimonial negativa.

En virtud de lo expresado, se puede concluir que es inextinguible la responsabilidad de las empresas de riesgo crediticio por los daños materiales o morales producidos, a partir de la revelación a terceros de datos falsos o inexactos sobre la conducta financiera, comercial, o composición del patrimonio, y capacidad de una persona determinada.

Así también hemos analizado, la acción procesal incorporada en nuestra Constitución Nacional por la reforma constitucional de 1994, el hábeas data y

[49] "La actividad que pueden desarrollar algunas empresas privadas produciendo informes sobre aspectos que hacen a la situación patrimonial de las personas, su utilidad comunitaria se vincula a la seguridad en las obligaciones contractuales y cambiarias... Ahora bien, no puede soslayarse el derecho que le asiste a cualquier persona de conocer la conducta anterior de aquel con quien se propone contratar" ("Pochini, Oscar y otros v. Organización Veraz", LL, 2/3/1998).

como ha quedado demostrado es necesaria su urgente reglamentación por parte del Poder Ejecutivo. O, caso contrario, será tarea de los Tribunales, teniendo como miras la protección del ciudadano —objetivo hasta hoy muy poco visualizado, en relación a esta acción— ir delineando como lo hiciere en el caso "Siri" y en el caso "Kot" la consagración del instituto citado.

Del mismo modo, he establecido los aspectos más relevantes en cuanto al tema que me tocó analizar, de los proyectos legislativos presentados desde 1997 hasta la fecha sobre el debate aquí planteado. Lo que demuestra que en el interior de la sociedad surge la imperiosa necesidad de establecer parámetros precisos sobre los cuales se desarrolle la actividad comercial que tiene como objetivo brindar informes de antecedentes comerciales y/o financieros de las personas. De igual modo queda patentizada la ineficacia legislativa de nuestros representantes, que no pueden sancionar una ley que ponga en primer lugar la figura protegida de un consumidor, por la presión indiscutible que los *lobbies* empresariales ejercen sobre ellos, teniendo como bandera "la seguridad del mercado".

De la misma forma hemos visto la existencia de legislación vigente en la materia en distintas naciones extranjeras, que demuestra la opuesta conducta con relación a nuestro Poder Legislativo. Teniendo así el ciudadano, como las empresas en análisis, claras reglas de juego dentro del marco social.

Encontrándose, de esta manera, un punto de equilibrio entre el interés público y el interés privado.

Por todo lo expuesto, podemos sentar el reclamo de una *urgente* sanción por parte del Poder Legislativo, de una ley que regule el suministro de información financiera y comercial de los ciudadanos, y es oportuno recordar aquí las palabras de Jacques Fauvet [50]:

"El poder de la informática, en particular, requiere de contrapoderes para evitar que ella pueda atentar contra la vida privada, la dignidad, y las libertades públicas e individuales".

[50] ANTIK - RAMUNNO, "Hábeas...", cit. Citando a FAUVET, Jacques, "Hay que defender las libertades individuales". *Bol. de la Secretaría de Ciencia y Técnica*, 1987, p. 27.

UN CRISOL UTILIZADO POR LA HISTORIA, EL DERECHO Y LA CIENCIA DEL PUEBLO

AGUSTÍN PARISE *

"Aclara el lazo vivo que liga al presente con el pasado y nos permite penetrar en el espíritu del derecho".
Federico Carlos Von Savigny (1779-1861)

Es menester plantear sucintamente, y a modo de introducción, los objetivos de este breve opúsculo. Esto se desprende de la necesidad de orientar al lector en el desarrollo de su análisis.

Los profesionales y estudiantes del Derecho, a lo largo de la última década, han perdido contacto con el estudio de la llamada Historia del Derecho.

Esta última es una rama del conocimiento empeñada en indagar, no sólo la historia de la legislación, o los principios inspiradores de las decisiones jurídicas de antaño, sino también su aplicación práctica [1].

Asimismo, se puede entender, ya de una manera más amplia, como el estudio de la naturaleza, elementos y variaciones sufridas por un sistema jurídico del pasado [2].

Con el objeto de facilitar el estudio de esta área de las ciencias jurídicas, se ha realizado una división en su análisis. Por un lado el estudio en su aspecto externo y por el otro con relación a su ámbito interno.

La historia externa es la de las fuentes del Derecho (v.gr. Ley, Costumbre, Jurisprudencia, Doctrina) y de los sucesos político-sociales que lo explican. La historia interna, dando por sabida la externa, trata de las transformaciones de las instituciones jurídicas [3].

[1] LEIVA, Alberto D., nos acerca esta impresión en el comienzo de su nota titulada "Las fuentes para el estudio de la historia del derecho argentino en el Archivo General de la Nación", para *Revista del Instituto de Historia del Derecho Dr. Ricardo Levene nro. XXV*, Buenos Aires, 1979, p. 411.

[2] VILLAMAR, Claudio, *Lecciones de Historia del Derecho*, Quito, 1995, p. 35.

[3] AFTALION, Enrique R. - GARCÍA OLANO, Fernando, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1939, p. 76.

* Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Actualmente, y debido a las exigencias del plan de estudios brindado por las Universidades Nacionales, los alumnos se limitan a realizar una aproximación a los temas de Historia del Derecho. Ya sea dentro de alguna materia introductoria (v.gr. Teoría General del Derecho) o como materia optativa dentro el Ciclo Profesional Orientado, *hoc est*, el estudio de la historicidad del Derecho está perdiendo vertiginosamente su autonomía didáctica.

En otro orden de cosas, no mencionar su innegable autonomía científica, nos conduciría a una omisión de magnitudes insospechadas. Esto se debe a la abundante labor realizada por los investigadores del Derecho sobre la historia de sus instituciones.

Desafortunadamente no es función de nuestro trabajo hacer demasiado hincapié en esta realidad, sino que por el contrario, sólo queremos hacer mención a su existencia.

Teniendo presente lo expresado *supra*, planteamos como objetivo primordial ensayar la existencia de una potencial amalgama entre el Derecho, la Historia y la Ciencia del Pueblo, los cuales están suscriptos en el encabezamiento dado a este esbozo. *Ergo*, se demostraría la autonomía de ellos y su eventual fusión.

* * *

Sin más, cabe mencionar que: entender al Derecho como algo aislado y separado de la Historia, sería un primer impedimento para comprender la compenetración planteada.

Por otra parte, faltaría hacer referencia a la integración de la Ciencia del Pueblo dentro del fusor. Concepto que trataremos *vide infra*, pero que, bien vale adelantar como asimilable al *folklore*.

Centrando la atención en los dos primeros elementos (*i. e.* Historia y Derecho) es momento de realizar una breve, pero necesaria, aproximación a sus conceptos.

Fue Heródoto de Halicarnaso (480-430 a.C.), en la antigua Grecia, quien comenzó a realizar pesquisas historicistas. Éstas fueron realizadas por medio de preguntas, indagaciones, búsquedas y hallazgos de datos. Esos testimonios, y el posterior análisis crítico de los mismos, se sometieron a un orden y se los expuso en forma congruente. Fue con este primitivo modo de actuar que se considera creado el método histórico.

Teniendo presente el actuar del "padre de la Historia" y el de sus incontables discípulos, se puede arribar a la siguiente noción: Historia es la recreación intelectual de un pasado específicamente humano, a través de una pesquisa realizada mediante inferencias sobre las fuentes, y la exposición congruente de los resultados obtenidos [4].

[4] PEREZ AMUCHASTEGUI, A. J., *Algo más sobre la Historia*, Buenos Aires, 1982, p. 186. Esta

Habiendo formado una postura ante el término Historia, cabe volcar la atención a lo entendido por Derecho.

El vocablo derecho (derivado del latín *directus*, participio pasivo de *dirigiere*, dirigir, alinear, encauzar) tiene varias acepciones y su desarrollo *ex abrupto* haría que nuestro trabajo quede desdibujado.

Es por ello que nos limitaremos a acompañar determinadas nociones sumarias, señalando su creador o postura doctrinaria.

Dentro del llamado positivismo crítico encontramos la noción pregonada por Icilio Vanni (1855-1903), el Derecho, en sentido objetivo, es el conjunto de las normas generales impuestas a la acción humana en sus relaciones externas y apoyadas por la autoridad del Estado, para garantizar la realización de los fines del individuo y de la comunidad.

Por su parte Raymundo Salvat (1881-1940) sostiene que, en cuanto al sentido subjetivo, la palabra derecho significa una facultad o un poder del individuo, que le permite realizar determinados actos [5].

Singular interés presenta también la idea de Derecho dada por el jurista práctico Carlos Aubry (1803-1883). Ésta sostiene que el Derecho es el conjunto de preceptos o reglas de conducta, a la observancia de las cuales está permitido sujetar al hombre por una coacción exterior o física.

Finalmente cabe citar la definición dada por Arturo Orgaz (1890-1955). Ella ubica al Derecho como el sistema de normas dotadas de coactividad que sirven para delimitar, coordinar y proteger aquellos intereses que se estiman valiosos para la convivencia [6].

Dejando a un lado lo escueto de las nociones dadas, es interesante recalcar que ellas ayudan al lector en su formación sobre lo que se entiende por Historia y Derecho. Cuestión apremiante para poder continuar con el desarrollo de los objetivos propuestos.

* * *

El mundo, durante el siglo XVIII y en los umbrales del siglo XIX, estaba regido por la idea del racionalismo.

Fueron los máximos exponentes de esta corriente de pensamiento, entre otros, Francisco María Arouet Le Jeune, conocido como Voltaire (1694-1778); Carlos Luis de Secondat, llamado Montesquieu (1689-1755); y Godofredo Leibniz (1646-1716). De sus estudios, así como del resto de los trabajos de sus

---

noción de Historia es el producto de un largo proceso de perfeccionamiento que realiza el autor, sobre las nociones previas existentes.

[5] SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil argentino*, Parte General, Buenos Aires, 1917, p. 1.

[6] TORRÉ, Abelardo, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1957, p. 258.

coetáneos, se desprenden los basamentos de la doctrina mencionada en el parágrafo precedente.

En esta corriente de pensamiento que pregonaba el predominio de la razón, se menospreciaba y se dejaba de lado la Historia. Esto último, dentro de todos los aspectos posibles.

Es por ello que los regímenes jurídicos no quedaron exentos frente a esta concepción; y en la formación de las normas, se descartó toda posible participación del método histórico.

Se trataba de destruir las tradiciones para crear, según los dictados de la razón, el mejor derecho posible, y crearlo con la eficacia de códigos completos y sistemáticos que abrogasen las leyes y costumbres del pasado, y establecieran el Derecho y la Justicia del porvenir [7].

Frente a esta línea de pensamiento, surgió un movimiento de oposición en el cual se planteó la posibilidad de alterar las posturas formadas en la corriente del racionalismo.

La nueva corriente de pensamiento fue encabezada, entre otros, por Juan Fichte (1762-1814), Federico Schelling (1775-1854) y Juan Herder (1744-1803). Estos filósofos proclamaron la superioridad del espíritu y los sentimientos individuales como forma de conocimiento de la realidad.

Cabe indicar al lector que estos cambios en la visión de la humanidad dieron como resultado el inicio de la denominada era romántica. Ésta se desarrolló a fines del siglo XIX, y abarcó expresiones tan diversas como la literatura, el teatro, la música, la pintura y la filosofía.

En esta nueva corriente de pensamiento se considera que el presente es la culminación de un pasado dinámico. Y para comprender el presente es menester, por lo tanto, saber cómo se ha formado.

El jurisconsulto Gustavo Hugo (1768-1834), por su parte, enrolándose en esta posición ideológica, sostuvo que la Historia y el Derecho debían ir de la mano ya que sin la primera el segundo carecía de fundamento.

Por ende, las fuentes del Derecho no eran solamente las leyes, sino que, como lo plantea Hugo en su obra titulada *¿Son las leyes las únicas fuentes de reglas jurídicas?* —1814—, toma un carácter de suma importancia la costumbre.

Esto último determina que las necesidades y usos de los pueblos son las verdaderas causas de la formación paulatina del Derecho, que viene a ser un producto de la Historia [8].

La Historia aparece, así, como un organismo en desarrollo; todo cuanto ocurre está ligado a lo ya ocurrido y es una consecuencia de ello. No se puede

[7] BUNGE, Carlos O., *El Derecho. Ensayo de una teoría integral*, Buenos Aires, 1934, p. 139.

[8] VILLAMAR, Claudio, *Lecciones...*, cit., p. 538.

conocer un acontecimiento si no se conoce su génesis y el desarrollo consiguiente [9].

El Derecho y las ciencias jurídicas no quedaron exentos de la influencia de esta corriente de ideas. Se podría agregar que los postulados del romanticismo sirvieron de basamento para la Escuela Histórica o Historicista del Derecho que tuvo su origen en la Alemania del siglo XIX.

* * *

El creador de la Escuela Histórica del Derecho fue Hugo, pero cabe mencionar, debido al aporte trascendental que realizaron, a los campeones de la Escuela: Federico Carlos Von Savigny (1779-1861) y Jorge Federico Von Puchta (1798-1846). El primero de éstos es conocido, entre otros, por su estudio titulado *Sistema de Derecho Romano actual* —1840—; mientras que el segundo por su esbozo *El Derecho consuetudinario* —1828—.

El primero de estos autores partió de la base de la autonomía e historicidad de los pueblos y los ámbitos culturales. Por ello, el ordenamiento jurídico de un pueblo es producto fluido de su espíritu nacional, como lo son la lengua y el arte [10].

Uno de los pilares fundamentales de la Escuela Histórica estaba dado por el hecho de sostener que el Derecho era una manifestación del espíritu del pueblo, *scilicet*, no es pues el Derecho un producto racional o voluntario, sino una manifestación del alma popular que, a través de oscuros procesos inconscientes se concreta sobre todo en el Derecho Consuetudinario [11].

Concluir que los historicistas negaban la posibilidad y necesidad del estudio valorativo del Derecho, con la intención de hallar y señalar sus ideales, sería incorrecto; ya que esta Escuela pregonaba la imposibilidad de arribar a ellos, por medio de un método racionalista. *Quod est*, abrían la puerta a la necesidad de alcanzar el conocimiento de esos ideales por medio del Derecho Consuetudinario o costumbre. Lo que ellos llamaban *volksgeist* o Espíritu del Pueblo.

La Escuela Histórica del Derecho, durante la primera mitad del siglo XIX, y bajo la influencia, entre otros, de los tres grandes juristas mencionados *supra* (*i.e.* Hugo, Savigny, Puchta) dedicó los estudios casi con exclusividad al Derecho Romano, ya que consideraba que los pueblos de Occidente habían sufrido gran influencia del ordenamiento romanista del Derecho. *Ergo*, su estudio era fundamental.

[9] CASSANI, Jorge L. - PÉREZ AMUCHÁSTEGUI, A., *Del Epos a la Historia Científica*, Buenos Aires, 1961, p. 136.

[10] LAPIEZA ELLI, Ángel E., *Introducción al Derecho Romano*, Buenos Aires, 1972, p. 242.

[11] *Op. cit.* en nota 6, p. 425.

A mediados de la misma centuria, otros juristas tales como Carlos Jorge Mittermaier (1787-1867), Jorge Beseler (1809-1885) y los hermanos Jacobo (1785-1863) y Guillermo (1786-1859) Grimm, comenzaron a dedicar tiempo de estudio al Derecho germánico, ya que consideraban que respondía al verdadero espíritu y costumbres del pueblo.

Por lo antedicho, se advierte que la Escuela Histórica sufrió una bifurcación; por un lado, la tendencia romanista y, por el otro, la correspondiente a cada región geográfica sujeta a análisis (v.gr. Alemania, Holanda, Francia).

Se desprende claramente la existencia de dos grandes ramas. El desarrollo de cada una excede los objetivos de este breve opúsculo, pero su mención es inevitable.

Bien vale citar las palabras de Juan A. García (1862-1923) quien en 1896, al inaugurar el curso de Introducción al Derecho, como profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, manifestó a sus alumnos: "los pueblos que constituyen una nación, es decir, que tienen un alma común, no pueden arrojar entre trastos viejos las leyes de sus antepasados. Nuestra vida no ha comenzado con la Constitución Federal y el Código Civil. Durante tres siglos se han sucedido en este suelo varias generaciones de hombres que sufrieron y lucharon, tuvieron su régimen político, su ley civil y religiosa, elaborada lentamente en la madre patria desde la época romana" [12].

Las palabras de García ayudan a comprender cómo la Escuela Historicista tuvo injerencia en distintas, latitudes las que reflejan, además, la recepción de las ideas dentro de nuestros claustros académicos.

Corolario a este acápite, queda reseñar que la Escuela sujeta a estudio no sólo tuvo aplicación en la Alemania del siglo XIX.

* * *

A esta altura del desarrollo del tema, se puede señalar que ya sabemos las formas en que la Historia y el Derecho se relacionan, y eventualmente, fusionan dentro del mencionado "crisol"; nos restaría ver cómo la llamada ciencia o *folklore* del pueblo se relaciona con ellos.

Utilizando el método de clasificación de fuentes históricas, creado por el profesor alemán, quizá el más celebre de los metodólogos, Ernesto Bernheim (1850-1942); y entendiendo al vocablo *fuente* como principio o fundamento de algo [13], podemos asegurar que dentro del sistema de fuentes de la Historia tenemos dos grandes grupos: el compuesto por restos y el compuesto por tradiciones.

[12] LEVAGGI, Abelardo, *El cultivo de la Historia Jurídica en la Universidad de Buenos Aires (1876-1919)*, Buenos Aires, 1977 p. 34.

[13] *Enciclopedia ilustrada de la lengua castellana*, T. II, Sapiens, Buenos Aires, 1956, p. 272.

Dentro del primer gran grupo se encuentran los monumentos que tienen un fin conmemorativo (v.gr. inscripciones) y, por otro lado, los restos propiamente dichos. Estos últimos no tienen un fin conmemorativo.

Dentro de los restos propiamente dichos se encuentran los que presentan elementos corpóreos (v.gr. productos industriales, artísticos, documentos) y los que son de composición incorpórea (v.gr. idiomas, usos, supervivencias de religion).

Ya dentro de la otra gran rama de las fuentes de la Historia, y utilizando las palabras de Francisco Gèny (1861-1959), quien desde su cátedra de Derecho Civil en la Universidad de Dijon sostuvo que no es la tradición otra cosa que una autoridad confirmada por su antigüedad [14], cabe realizar una aproximación a su comprensión.

Puede, la tradición como fuente de la Historia, ser de tres clases: Figurada (v.gr. pintura rupestre, escultura histórica, representaciones topográficas), oral (v.gr. leyendas, anécdotas, proverbios, cantos históricos) y/o escrita (v.gr. anales, crónicas, biografías).

Como se desprende claramente de lo ejemplificado *supra*, las tradiciones requieren la existencia de intermediarios que las transmitan [15], ya que carecen de autonomía interpretativa. Por sí solas no le dicen nada claro al pesquisidor sobre su verdadero valor histórico.

Para su interpretación se requiere de un auxiliar; este último puede ser una fuente del tipo restos u otra fuente del tipo tradición. Ya que se puede interpretar el valor de una fuente con el soporte brindado por otra.

Recapitulando, cabe indicar que dentro de las fuentes habíamos señalado la existencia de restos, por un lado, y de tradiciones, por el otro.

* * *

Oportuno resulta acompañar una definición del vocablo *folklore* o ciencia del pueblo, ahondando un poco en su contenido. Esto ayudara en la comprensión de la fusión planteada en el título dado a este ensayo.

Podemos definir al *folklore* como aquel conjunto de las tradiciones, creencias leyendas y costumbres de las clases populares [16].

Fue el inglés Guillermo Thoms (1803-1885), el creador de la voz *folklore* (*folk*: popular; *lore*: ciencia o saber). El *folklore* no deriva de la naturaleza intrínseca de los bienes o fenómenos. Nada es *folklore* por fatalidad de su esencia,

[14] GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en el Derecho privado positivo*, Madrid. 1925, p. 455. Cabe indicar que fue este doctrinario quien postuló los lineamientos del llamado movimiento de la Libre Investigación Científica, más aun, su noción de *tradición* bien vale citarse.

[15] LEVENE, Ricardo, *Lecciones de Historia Argentina*, T. I, Buenos Aires, 1934. p. 2.

[16] *Op. cit.* en nota 13, p. 244.

sino que se convierte en tal debido a una peculiar asimilación cultural, a una típica actitud colectiva frente a ellos.

Para que un hecho o producción de cualquier índole pueda ser considerado *folklórico* debe poseer los siguientes rasgos:

Debe ser anónimo, es decir que no es obra de un creador individual. Asimismo debe ser colectivo, *i.e.* ser aceptado por la comunidad en donde se desarrolla. Como tercer requisito implica que sea comunicado merced a la memoria colectiva. Finalmente debe tener basamento o inspiración en alguna necesidad existente en el grupo que lo creó. Es decir, tener carácter funcional.

Asimismo tenemos un sentido de *folklore* según la región geográfica donde se encuentran las distintas tradiciones. Es por ello que se habla de un *folklore* regional o universal. El primero es el característico de cada región, mientras que el segundo agrupa los elementos que son comunes a todo tipo de fenómeno folklórico, sin importar su ubicación geográfica.

En otro orden de cosas, puede realizarse un estudio científico de la ciencia del pueblo, en el que se realizan pesquisas de carácter sociológico e histórico. Se busca la filosofía del alma popular, cuya máxima expresión es el *folklore* mismo [17].

La clasificación de fuentes de la Historia, realizada en el acápite anterior nos ayuda a colocar a la ciencia del pueblo o *folklore* dentro del tipo denominado: tradición. Ya sea en cualquiera de sus acepciones, *i.e.* oral, escrita o figurada.

Esto se debe a que el *folklore* utiliza las distintas formas de expresión oral (v.gr. romances, coplas, refranes, leyendas, cuentos populares, fábulas) para transmitir su esencia, de generación a generación.

Lo mencionado en el parágrafo anterior no es en desmedro de la potencial utilización de las restantes fuentes por parte del *folklore*.

Teniendo presente que habíamos postulado *ab initio* la existencia de un crisol utilizado por la Historia, el Derecho y la Ciencia del Pueblo, nos queda pendiente encontrar un supuesto en el cual el *folklore* pueda servir como fuente o herramienta para la Historia del Derecho.

Para lograr dicho cometido no es necesario alejarse de los orígenes mismos de la Escuela Histórica del Derecho, sobre la cual se trató *supra*.

* * *

En apartados precedentes habíamos señalado a los hermanos Grimm como integrantes de la Escuela Histórica del Derecho de base germánica.

[17] COLUCCIO, Félix, *Diccionario folklórico argentino*, Ts. I y II, Buenos Aires, 1994. De la lectura de las páginas de esta obra se desprenden ideas y conceptos, los cuales ayudaron a formar los postulados mencionados *supra*.

Estos juristas dedicaron su vida a dos actividades. La primera de ellas, la cual los condujo a la inmortalidad, fue la recolección de fábulas y cuentos tradicionales o populares. La otra, y a nuestro entender complementaria de la primera, fue la investigación de temas relacionados con la Escuela Histórica.

La actividad mencionada en segundo término, *quod est*, la investigación de temas relacionados con la Escuela Historicista del Derecho, quedó reflejada por la aparición de estudios relacionados con la Historia y Filología (v.gr. *Historia de la lengua alemana* —1848—, *Diccionario alemán* —1852—, *Antiguo derecho alemán* —1862—), las cuales fueron elaboradas en conjunto por ambos hermanos, pero con mayor participación de Jacobo Grimm.

Dentro de la primera actividad, la cual se podría denominar como la elaboración de un método histórico aplicado a trabajos literarios. realizaron investigaciones sobre el *folklore* alemán y publicaron en 1812 la primera edición de sus *Cuentos de niños y hogares*.

Tuvieron acceso a la biblioteca privada de Savigny, autor de la obra titulada *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia* —1814—, quien guardaba una colección de manuscritos y textos sobre héroes y relatos medievales [18].

Debido a las consultas realizadas a dicha biblioteca y a la recolección oral de cuentos y leyendas recorriendo el sur de Alèmania, pudieron recopilar 210 historias, entre las que se encuentran "Blanca Nieves y los 7 Enanos", "Cenicienta", "Caperucita Roja", "Pulgarcito", "Hansel y Gretel", "La Bella Durmiente del Bosque", "Los músicos de Bremen", "El sastrecillo valiente", "El Rey Sapo", "El Acertijo" y "Rapunzel" [19].

Los primeros tres cuentos mencionados *supra* (*i.e.* "Blanca Nieves y los 7 Enanos", "Cenicienta" y "Caperucita Roja") presentan un caso atípico, ya que su creación ha sido atribuida al francés Carlos Perrault (1628-1703), quien a lo largo de su obra *Cuentos de Mamá Ganso* —1697— describe algunos relatos similares a los que los hermanos Grimm, *circa* ciento cincuenta años después, desarrollarían con otros nombres.

Por otra parte, los hermanos Grimm se atribuyen la originalidad de dichos relatos al haberlos incluido dentro de su compendio de *Cuentos de niños y hogares*. Este tema de discusión excede el campo de actuación de este ensayo, pero su mención es más que interesante.

[18] O'NEILL, Thomas, para *National Geografic Journal*, vol. 196, nro. 6, Washington, 1999, p. 103.

[19] GRIMM, J. y W., *Grimm's tales for young and old*, Nueva York, 1983. Esta edición, a diferencia de las miles que están circulando alrededor del mundo, presenta una traducción casi literal de los cuentos originales de los hermanos Grimm, los cuales fueron publicados en Alemania bajo el título *Cuentos de niños y hogares*, 1812. Asimismo incluye la totalidad de los cuentos, los cuales suman 210.

La lectura de los cuentos recolectados por los hermanos Grimm tiene la función de reflejar, *grosso modo*, las creencias y el sentir de los habitantes de la zona geográfica que albergó sus vidas.

Asimismo reflejan la ley y el orden de antaño, ya que de ellos se arriba a lecciones e ideales de conducta que reflejan los medios de actuar conforme a derecho en los tiempos pasados.

Se desprenden con claridad, luego de la lectura detallada, de los cuentos recopilados por los hermanos Grimm varias premisas. Entre ellas cabe señalar las que describiremos *infra*. De la misma manera se acompañará la mención, con mero carácter ilustrativo, de algún cuento en el cual las diferentes premisas quedan plasmadas.

El más significativo de los aportes dados por los *Cuentos*, y que se encuentra presente en casi la totalidad de ellos, es la importancia que le era dada al empeño de la palabra. Si se faltaba o se ignoraba lo prometido o pactado surgían consecuencias nefastas para el incumplidor (v.gr. "El lobo y los 7 cabritos". *Nota bene*: la madre les hace prometer a los cabritos que no abrirán la puerta a extraños, ellos desobedecen lo cual les presenta trastornos).

Asimismo es de interés señalar el respeto profesado hacia los mayores dentro del grupo familiar (v.gr. "Hansel y Gretel". *Nota bene*: los dos hijos teniendo presente las intenciones de los padres no osaron oponerse a la decisión de internarse en el bosque, sabiendo que ello los llevaría a una posible muerte).

En otro orden de cosas, los *Cuentos de niños y hogares*, pregonan el ideal de trabajo y progreso. Quizá el elemento característico de los habitantes de la región central de Europa (v.gr., "Los tres hermanos". *Nota bene*: en este cuento los tres hermanos dejan a su padre y parten a conseguir algún oficio del cual puedan vivir. Posteriormente se reúnen y los enseñan a su padre).

Presenta notoriedad, luego del estudio detenido de los relatos, el respeto reverencial que había hacia las instituciones, ya no exclusivamente dentro del grupo familiar. Con el vocablo instituciones hacemos referencia al Rey, al Maestro y al Amo o Señor (v.gr. "Los tres idiomas". *Nota bene*: el protagonista obedece a su rey y es sometido a las enseñanzas de su profesor o maestro).

Fue Jacobo Grimm quien, aun ante la negativa de su hermano, se encargó de incluir dentro de los cuentos algunos aspectos de la vida religiosa. Las recopilaciones originariamente carecían de dicho matiz. Pero fue su pluma la que les dio el aspecto actual. Es por ello que en algunos cuentos se refleja el respeto a Dios y sus Mandamientos (v.gr. "El demonio de los tres pelos dorados". *Nota bene*: a lo largo de este relato el diablo se relaciona con los hombres y deja en claro las intenciones que lo movilizan).

No es menos significativo el hecho de que el ingreso al bosque sea asimilable a encontrarse fuera de la ley. De esa manera se le daba la espalda al Derecho. Era el lugar donde las desgracias ocurrían y donde los marginales habi-

taban. Dentro del bosque uno se encontraba en una posición de desamparo jurídico (v.gr. "Caperucita roja". *Nota bene*: en el bosque los peligros la acecharon desde un comienzo y el lobo vivía en su interior).

Finalmente, es de interés hacer referencia al hecho de que, en los *Cuentos* de Grimm se encuentran plasmadas ideas similares a las que postuló Juan J. Rousseau (1712-1778). Este último sostuvo que el más fuerte no es jamás demasiado fuerte para ser siempre dueño, si no transforma su fuerza en derecho, y la obediencia en deber [20].

Más allá de pertenecer a distintas corrientes de pensamiento, la frase sostenida por el pensador ginebrino refleja con excelencia el *leitmotiv* de los cuentos recopilados por los jurisconsultos germanos.

Asimismo, cabe acompañar las palabras de Jacobo Grimm, quien sostuvo que a su entender los cuentos eran un manual de buenos modales y maneras [21].

Lo manifestado en líneas precedentes sólo cumple con la función de ilustrar algunos aspectos en los cuales los *Cuentos* de Grimm, ven reflejado el espíritu del pueblo.

Siendo ese espíritu del pueblo o *folklore* una fuente para el estudio de la Historia, sólo resta plantear los aspectos finales del presente estudio.

* * *

Corolario a este breve opúsculo es indicar que los tres elementos que están mencionados en su título, *i.e.* Historia, Derecho y Ciencia del Pueblo o *Folklore*, están incluidos dentro de un crisol, el cual, al fundirlos, produce una amalgama muy interesante que nos permite concluir que no van por caminos separados.

Sino que, por el contrario, van tomadas de la mano y ayudan a mirar hacia el presente y el futuro con la intención de eludir posibles problemas; evitando que las normas que componen el régimen jurídico actual estén en contraposición con las costumbres arcaicas.

Realizando una deducción lógica simple, se puede concluir en que siendo el *folklore* una fuente de la Historia; y, por otro lado, existiendo la armónica convivencia del Derecho y la Historia dentro de la rama de la ciencia jurídica denominada Historia del Derecho, podemos concluir que los tres elementos se relacionan claramente.

Es de gran significado la frase de Marc Bloch (1886-1944), la cual señala que la incomprensión del presente nace fatalmente de la ignorancia del pasado.

[20] ROUSSEAU, Juan J., *El contrato social o principios del derecho político*, Buenos Aires, 1958, p. 12. La historia nos enseña que este pensador no es coetáneo con las ideas pregonadas por la Escuela Histórica más aun vale citar su visión ya que es compatible con los mensajes que se desprenden de los *Cuentos de niños y hogares*.

[21] *Op. cit.* en nota 19, p. 109.

Pero no es, quizá, menos vano esforzarse por comprender el pasado si no se sabe nada del presente [22].

El crisol al cual hacemos mención a lo largo del presente ensayo estaría en perfecta armonía con lo manifestado por Bloch, y los efectos que se derivan de él.

Sin la intención de ahondar más en los temas, ya que ello excedería el objetivo del presente, dejamos camino hacia posteriores investigaciones sobre la fusión de los tres elementos.

BIBLIOGRAFÍA

AFTALION, Enrique R. - GARCÍA OLANO, Fernando, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1939.

BLOCH, Marc, *Introducción a la Historia*, México DF, 1965.

BUNGE, Carlos O., *El Derecho. Ensayo de una teoría integral*, Buenos Aires, 1934.

CASSANI, Jorge L. - PÉREZ AMUCHÁSTEGUI, A., *Del Epos a la Historia Científica*, Buenos Aires, 1961.

COLUCCIO, Félix, *Diccionario folklórico argentino*, T. I y II, Buenos Aires, 1994.

ENCICLOPEDIA ILUSTRADA DE LA LENGUA CASTELLANA, T. II, Sapiens, Buenos Aires, 1956.

GÈNY, Francisco, *Método de interpretación y fuentes en el Derecho Privado Positivo*, Madrid, 1925.

GRIMM, J. - GRIMM, W., *Grimm's Tales for Young and Old*, Nueva York, 1983.

LAPIEZA ELLI, Ángel E., *Introducción al Derecho Romano*, Buenos Aires, 1972.

LEIVA, Alberto D. para *Revista del Instituto de Historia del Derecho Dr. Ricardo Levene*, nº XXV, Buenos Aires, 1979.

LEVAGGI, Abelardo, *El cultivo de la Historia Jurídica en la Universidad de Buenos Aires (1876-1919)*, Buenos Aires, 1977.

LEVENE, Ricardo, *Lecciones de Historia Argentina*, T. I, Buenos Aires, 1934.

O'NEILL, Thomas, para *National Geografic Journal*, vol. 196, nro. 6, Washington, 1999.

PÉREZ AMUCHÁSTEGUI, A. J., *Algo más sobre la Historia*, Buenos Aires, 1982.

ROUSSEAU, Juan J., *El contrato social o principios del Derecho Político*, Buenos Aires, 1958.

SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil argentino. Parte general*, Buenos Aires, 1917.

TORRÉ, Abelardo, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1957.

VILLAMAR, Claudio, *Lecciones de Historia del Derecho*, Quito, 1995.

[22] BLOCH, Marc, *Introducción a la Historia*, México DF, 1965, p. 34.

GÉNERO Y CONTROL SOCIAL

VERÓNICA SPAVENTA *

"Los seres humanos nos vemos enfrentados a un hecho básico, que es idéntico en todas las sociedades: la diferencia corporal entre mujeres y hombres, específicamente la relativa a los genitales. La cultura es resultado de la forma como interpretamos esta diferencia, de cómo la simbolizamos [...]; pero también la cultura es una mediación: un filtro a través del cual percibimos la vida. Nuestra conciencia y nuestra percepción están condicionadas, 'filtradas', por la cultura que habitamos"
(MARTA LAMAS, "Cuerpo, diferencia sexual y género").

I. LA DIFERENCIA SEXUAL Y EL GÉNERO

La diferencia sexual se constituye en cimiento sobre el cual se construye el "género" en un doble sentido: como especie de filtro cultural a través del cual se interpreta al mundo, por un lado, y como especie de armadura que constriñe nuestras vidas, por otro. El género se refiere a la simbolización que cada cultura elabora sobre la diferencia sexual estableciendo normas y expectativas sociales sobre los papeles, conductas y atributos de las personas en función de su sexo. "Existen múltiples representaciones culturales de la constante biológica universal de la diferencia sexual" (Lamas, M.: 1994).

El género abarca el conjunto de prácticas, discursos y representaciones sociales que, en función de la diferencia sexual, atribuyen determinadas características femeninas y masculinas a mujeres y hombres, respectivamente. A través de este proceso de creación del "género", las sociedades fabrican lo que es "propio" de cada uno de los sexos [1]. Advertir que el género no es universal e in-

[1] "Bourdieu señala la eficacia que tiene legitimar una relación al inscribirla en lo biológico y pone en crisis este concepto al definirlo también como una construcción social. En el mismo sentido, para Simone de Beauvoir 'el sexo es un hecho biológico que no denota sólo un episodio cronológico

* Alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

mutable sino fruto de una construcción histórica y cultural permitió a las mujeres cuestionarse los roles que les habían sido asignados, como "naturales" a una supuesta "esencia" femenina, e imaginarse identidades femeninas alternativas.

Las identidades individuales y sociales se construyen en la misma medida en que se construye el mundo social. En este proceso de producción, circulación y consumo de significaciones, el derecho juega un papel fundamental. "Las identidades individuales y sociales, que el discurso del derecho contribuye a definir, son operaciones de asignación de sentido que se producen en el cruce de lo jurídico con lo social, lo político, lo cultural" (Ruiz, A. E. C.: 2001).

La constitución de estas identidades es siempre inestable puesto que son constantemente subvertidas y transformadas por la aparición de nuevas identidades o por el reposicionamiento de una o algunas de las existentes. En este sentido, Chantal Mouffe afirma que "no hay ninguna posición de sujeto cuyos vínculos con otros estén asegurados de manera definitiva y, por tanto, no hay identidad social que pueda ser permanentemente adquirida" [2].

La construcción de una identidad supone un juego con otras identidades en el cual todas ellas se resignifican. "Ninguna está garantizada en lo que 'es', no es permanente ni invariable. Si aparecen nuevas identidades, las que ya están dadas se transforman, aún cuando resistan para preservarse 'sin mácula'. Si algunas desaparecen o son destruidas, la supervivencia de las demás se ve, cuanto menos, amenazada" (Ruiz, A. E. C.: 2000a).

"Lo femenino ha parecido eterno porque ha estado investido del mismo sentido por siglos y siglos, pero el sentido puede cambiar. Y éste es el proceso al que hemos dado vida, un proceso de construcción de sentido, de atribución de sentidos nuevos a la figura de la mujer..." (Bocchetti, A.: 1995) [3]. Y es precisamente para dar vida a este proceso que necesitamos recurrir a la categoría de "género" con el sentido que le hemos dado.

"No se nace mujer, una se convierte en mujer", escribía Simone de Beauvoir a mediados del siglo XX en *El segundo sexo*. "No existe destino biológico femenino [...] la feminidad no es una esencia ni una naturaleza: es una situación creada por las civilizaciones a partir de ciertos datos fisiológicos" (Beauvoir, S. de: 1999).

---

e intrascendente en la historia de los humanos. El sexo es, en primer término, sexo vivido; es decir, vivido culturalmente' " (Femenías, M. L.: 2000).

[2] Esta cita está extraída del trabajo de Alicia Ruiz, "De como el derecho nos hace mujeres y hombres...", publicado en el libro de su autoría *Idas y vueltas*, Editores El Puerto, Buenos Aires, 2001. En la misma línea que Mouffe, Foucault —aun cuando omita la dimensión del "género" en su análisis— afirma que las identidades sexuales son contingentes, históricas, es decir, son construcciones culturales, ficciones necesarias que permiten dar nacimiento a un sentimiento compartido de pertenencia e identificación.

[3] La cita de Bocchetti también es tomada del texto de Alicia Ruiz, "De cómo el derecho nos hace mujeres y hombres...", cit.

Los criminólogos se han ocupado poco de dar cuenta de este proceso de creación, consolidación y reproducción del estereotipo "mujer" en el que el derecho juega un papel central. Consecuentemente no han advertido cómo el control formal a través del sistema penal dirigido a las mujeres no ha sido ni es igual a aquel que tiene como destinatario a los varones. En adelante intentaré analizar este complejo proceso.

II. El control social informal dirigido a las mujeres

En tanto construcciones sociales, tanto la "desviación" como la "sanción" (formal o informal) están determinadas por los estereotipos culturales establecidos en función del género. La sociedad disciplinaria que describe Foucault, caracterizada por un control minucioso e ininterrumpido que genera un estado consciente y permanente de visibilidad que garantiza el funcionamiento automático del poder porque cada uno deviene su "propio carcelero" no es vivida de igual modo por hombres y mujeres [4].

Así como los estereotipos de género operan sobre el orden social, lo hacen sobre el control social, indispensable para el mantenimiento y reproducción de aquél. Estos estereotipos, a su vez, funcionan entre quienes desde las distintas ciencias (sociólogos, antropólogos, criminólogos, juristas, etc.) intentan describir ese orden y el funcionamiento de dicho control. Las tradiciones, las prácticas y las ideologías sexistas operan tanto en las esferas formales como informales de control, de ahí que las feministas las denominen a ambas bajo el nombre de "controles patriarcales". En los párrafos que siguen intentaré describir el modo en que opera el control social informal de las mujeres.

El control social, siguiendo el esquema que propone Zaffaroni, puede ser caracterizado como difuso (o informal) —se ejerce a través de los medios de comunicación, los rumores, los prejuicios, las modas, la familia, etc.—; o como control institucionalizado (o formal) —materializado mediante la escuela, la universidad, la institución psiquiátrica, la policía, los tribunales, etc.—.

La reacción social no institucionalizada o informal frente a la conducta desviada es importante en el caso de las mujeres en tanto precede e integra al control social institucionalizado o formal. El análisis del control informal, así entendido, permite poner de manifiesto los mecanismos de control de lo cotidiano. De esta manera, es posible describir cómo funciona el control social a nivel del espacio público (mediante el control formal) como así también en el ámbito de lo privado (a través del control informal). "Para comprender el mecanismo

[4] Aunque Foucault no percibió las diferentes experiencias de hombres y mujeres frente al control estricto y al disciplinamiento de este tipo de sociedades. "Las mujeres, como los hombres, están sujetas a muchas de las prácticas disciplinarias que Foucault describe. Pero el está ciego respecto de aquellas disciplinas que producen un tipo peculiar de cuerpo típicamente femenino" (Bartky, S. L.: 1994)

general de reproducción del *statu quo* en una sociedad, al mismo tiempo patriarcal y capitalista, es necesario tomar en cuenta no sólo la importancia estructural de la separación entre ámbito público y privado, sino también la complementariedad de los mecanismos de control propios de los dos ámbitos" (Baratta, A.: 2000).

Tradicionalmente, como señala Larrandart, los distintos enfoques criminológicos (ya sea desde el paradigma etiológico o desde el de la reacción social) tuvieron por objeto de estudio la criminalidad y los criminalizados, esto es, la población carcelaria y quienes por alguna razón fueron alcanzados por el sistema de justicia. Si se tiene en cuenta que la población comprendida por el sistema penal en su enorme mayoría es masculina, se podrá advertir que cuando desde la criminología se estudia el control social se está limitando el análisis a la mitad de la población objeto del control, es decir, sólo al control ejercido sobre los varones. La inmunidad de las mujeres frente al sistema penal obliga a preguntarse si son efectivamente etiquetadas de algún otro modo o si existen otros mecanismos, fuera de los penales, con los cuales se sancionen y repriman los comportamientos femeninos definidos como desviados.

A partir de la instalación del patriarcado moderno los roles asignados a las mujeres están vinculados a su sexualidad y reproducción (maternidad) y el ámbito en el que la vida de éstas "debe" transcurrir es el doméstico [5]. En este esquema, no es casual que el control social dirigido a las mujeres haya sido, fundamentalmente, el control informal y que el control formal sólo persiga a las mujeres cuando aquél hubiese fracasado.

"El hecho de que el sistema de justicia criminal tenga como destinatario sobre todo a los sujetos portadores de roles masculinos, y sólo excepcional-

[5] Los teóricos del contrato social legitiman la autoridad civil del Estado Moderno como si se hubiese originado en un contrato. Este contrato fundacional, como advierte Carole Pateman en su libro *El contrato sexual*, es un pacto sexual-social, aunque la historia del contrato sexual ha sido silenciada. Sin embargo, señala, la historia del contrato social es también la del contrato sexual. El contrato social es una historia de la libertad; el contrato sexual es una historia de la sujeción. El contrato original constituye, a la vez, y paradójicamente, la libertad y la dominación. Es a través del contrato fundacional que la libertad de los varones y la sujeción de las mujeres se crea. Por ello, el pacto originario es tanto un pacto sexual como un pacto social. Los discursos contractualistas modernos, subraya Rosa Cobo en su libro *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*, ocultan lo que Pateman llama "la escena primigenia" ya que el contrato social no logra explicar todo sino tan sólo aquello de lo que en verdad quiere dar cuenta. Para que los hombres "libres" e "iguales" puedan haber construido un nuevo orden social a través del pacto es necesario que, previamente, se haya producido un contrato sexual —que crea una relación de subordinación de las mujeres respecto de los varones— de forma tal que cuando se pacta en el contrato social las mujeres han sido previamente excluidas como posibles sujetos de ese pacto. El contrato sexual funda el espacio de lo privado mientras que el pacto social da origen al ámbito de lo público. El espacio de lo "público", entonces, desde esta lectura, señala Femenías, se funda en un acto constitutivo del orden de lo "privado" que ha permanecido oculto, olvidado, enmascarado en el discurso teórico del contractualismo moderno. "La ciudadanía, tal como el contractualismo la entiende, sólo es posible gracias a ese acto fundacional previo: el contrato sexual" (Femenías, M. L.: 2000).

mente a los sujetos portadores de roles femeninos, explica entonces —y mucho mejor que todas las teorías etiológicas y biologicistas— su incidencia tanto menor sobre la población femenina" (Baratta, A.: 2000). No es que las mujeres, como históricamente se ha afirmado, delincan en menor medida que los varones sino que el control social informal opera de manera más intensa sobre ellas. El peso de la ley recae sobre las mujeres cuando ninguno de los mecanismos de control informal funciona.

El fenómeno es más complejo todavía. Como advierte Elena Larrauri —desde una postura coincidente con la de Baratta y contraria a la de quienes apoyándose en una supuesta esencia femenina más dócil y buena sostienen que las mujeres delinquen en menor medida que los varones— encuentra algunos factores que explican también la tasa de delincuencia femenina: los roles que en función del género le fueron asignados a la mujer la condicionan de tal manera que dificultan las oportunidades que éstas tienen para cometer delitos. "La responsabilidad de la mujer por el cuidado de la casa, del marido, de los hijos, y no pocas veces de algún familiar enfermo o desasistido por cualquier otra razón, dificulta efectivamente sus movimientos, su capacidad de actuación y sus oportunidades para realizar actividades delictivas" (Larrauri, E.: 1994).

Cuando la mujer se desvía del rol que le es impuesto actúa, como se dijo, en primer lugar el control informal —a través fundamentalmente de la familia y la escuela— con el fin de reforzar la adaptación al rol deficientemente internalizado. Pero, si este control no funciona, se hace necesario poner en funcionamiento los mecanismos propios del control formal. Como afirma Marina Graziosi, cuando el control familiar disminuye quien ejerce la titularidad (el padre de la mujer soltera o el marido de la casada) lo delega y se activan los mecanismos del control penal. Se trata de un control extremo que sólo funciona cuando los mecanismos anteriores fallan o son defectuosos. Por eso son las mujeres que escapan al control informal las que resultan más fácilmente criminalizadas.

El control informal se manifiesta en un primer momento a través del control que se ejerce en la familia. En ella las mujeres son educadas, ante todo, para cumplir con su rol de reproductoras (madres) pero también se les enseña a ser más "dóciles" y "domésticas" que los varones. Definidas la "sexualidad" y la "maternidad" como lugares centrales de la condición social de las mujeres, son también los espacios que se convierten en objetos fundamentales de la reglamentación, de la disciplina y de la represión. Las niñas y jóvenes reciben una distinta educación y control que sus pares varones que limitan sus posibilidades de manejarse. Este "control doméstico" [6] —en virtud del cual a la joven se le

[6] Elena Larrauri distingue diferentes ámbitos en los que se manifiesta el control informal: el "control doméstico", el "control médico" y el "control público difuso".

exige que llegue a una determinada hora o que explique dónde y con quién saldrá o estará— está intrínsecamente relacionado con la preocupación de los padres por la sexualidad de sus hijas, preocupación que justifica que éstos ejerzan este control con mayor fuerza sobre la hija mujer que sobre el hijo varón.

Este control doméstico no es exclusivo de las niñas y jóvenes. La mujer adulta también es atrapada por él. Sin embargo, ya no será el padre el que tenga la titularidad del ejercicio de este poder sino el marido, especialmente cuando la mujer no trabaja y, por tanto, depende económicamente del hombre [7]. A cambio de la seguridad económica que él aporta, como sostiene Smart, ella debe estar dispuesta a cumplir con su parte del contrato: cuidado y sexo.

Hay, también para Larrauri, un "control público difuso", que se ejerce a través de complejos mecanismos que dificultan el acceso de las mujeres a los espacios públicos. No olvidemos que el ámbito asignado a la mujer dentro de un sistema patriarcal es el doméstico. La expresión, a menudo todavía escuchada, "andá a lavar los platos" o "quedate en tu casa" reafirman, según Larrauri, esta distribución de espacios en función del sexo porque con estas frases el emisor expresa que el receptor está invadiendo un lugar que no le es propio: el espacio público no es sitio para las mujeres.

Pero, además, aclara esta criminóloga española, las mujeres sufren un obstáculo adicional para ocupar los espacios públicos: el temor a ser agredidas sexualmente las inhibe de antemano. No es necesario prohibirle a la mujer el acceso a determinados lugares y en ciertas horas, para que ella los evite. En este sentido, la mujer vive, como afirma Edwards, en un "toque de queda simbólico". Las mujeres, según se sostiene en una investigación realizada en Londres sobre una muestra de alrededor de cien chicas pertenecientes a diferentes clases sociales y etnias [8], se sienten inseguras frente a la posibilidad de ser víctimas de violaciones, acosos o abusos sexuales, temor que les genera una fuerte sensación de desprotección que incluso en algunos casos llega a paralizarlas. Es decir, el elevado índice de agresiones sexuales contra las mujeres genera una situación de vulnerabilidad que condona profundamente sus vidas. Como afirma Robin West "[t]odas las mujeres, incluso aquellas que nunca experimentaron una agresión sexual, han experimentado el miedo a la violación [...]. El miedo a la violación está siempre con nosotras. Él afecta nuestras vidas de incontables maneras..." (Bovino, A.: 2000).

[7] En este sentido, Turner y Starnes afirman que "las relaciones patriarcales sobreviven, no sólo porque las leyes tradicionales y las costumbres imponen la inferioridad de la mujer, sino también porque la dependencia económica en las sociedades capitalistas juega un papel crucial, limitando las oportunidades sociales, educativas y políticas" (Davis, N. y Faith, K.: 1994).

[8] El artículo de Sue Lees, "Aprender a amar. Reputación sexual, moral y control social de las jóvenes", trabaja en función de los aportes que esta investigación proporciona.

La reputación es otra forma de limitar el acceso de las mujeres a determinados lugares o actividades [9]. La reputación femenina, como sostiene Sue Lees, supone necesariamente invocar su comportamiento sexual; la de un varón, en cambio, hace referencia a su personalidad, sus éxitos y su posición en la sociedad [10]. Así definida, la represión social de las mujeres a través de la reputación sexual comienza en la adolescencia. Una investigación muy interesante sobre el lenguaje propio de la reputación sexual entre chicas adolescentes [11] evidencia el modo en que expresiones como "zorra" [12] funcionan como insultos destinados a controlar el comportamiento sexual de las chicas solteras y a conducirlas hacia el matrimonio, o por lo menos a relaciones estables, como única expresión permitida de su sexualidad [13]. Para las chicas la protección de su reputación sexual es fundamental para su posición social. De allí que este mecanismo de control a través de la reputación sexual de las mujeres tenga por efecto forzar a las chicas a someterse a un tipo determinado de relaciones sexuales diferenciadas en función del sexo.

Sandra Lee Bartky, retomando la explicación foucaultiana respecto de las prácticas disciplinarias modernas que producen "cuerpos dóciles", describe el control que sobre el cuerpo de las mujeres se ejerce [14]:

"La dieta disciplina el hambre del cuerpo; el apetito debe ser controlado a todas horas y gobernado con una voluntad de hierro. Como no se puede negar el deseo [...] de comer, el cuerpo deviene nuestro enemigo, un ser ajeno que amenaza con desbaratar todo el proyecto disciplinario [...]. No son sólo los apetitos naturales o sus contornos no reconstruidos los que plantean un peligro para la mujer: las propias expresiones de su cara [también] pueden estropear el proyecto disciplinario de conseguir un cuerpo perfecto. Una cara más expresiva produce más arrugas y más rápidamente que una cara inexpresiva [...]. Hay di-

[9] En este sentido, Susan Moller Okin advierte cómo ya para Rousseau la reputación de las mujeres era tan importante que la educación de "Sofía" debía estar dirigida a lograr que su comportamiento futuro se sujetase a la opinión pública.

[10] "La reputación de un chico y su posición en el mundo no está predominantemente determinada por su estatus sexual y sus conquistas. Se valorará más su destreza deportiva, su habilidad para 'tomar el pelo' o para hacer reír a la gente" (Lees, S.: 1994).

[11] Nos estamos refiriendo a la misma investigación que se citó en los párrafos anteriores. Ver nota al pie nro. 8.

[12] No existe un término similar al de "zorra" para referirse a los varones. No hay un término despectivo aplicable a la actividad promiscua masculina. Es esta característica la que lleva a concluir en el marco de la investigación que comentamos que el funcionamiento del control social a través de la reputación se hace en función del sexo antes que, por ejemplo, en razón de la clase social.

[13] Para la mujer no será lícito tener relaciones sexuales sino dentro del matrimonio, o por lo menos de una relación estable y siempre que sea por "amor" porque amor y deseo sexual son inescindibles en la vida sexual femenina.

[14] En este sentido Judith Butler afirma que la feminidad es una construcción, "una forma de aplicar y reaplicar las normas del género que revisten otros tantos estilos de cuerpo" (Bartky, S. L.: 1994).

ferencias significativas entre géneros referentes a gestos, posturas y movimiento general del cuerpo: las mujeres están mucho más restringidas que los hombres en la forma de moverse y en el espacio".

Iris Young observa que en el caso de las mujeres parece haber un espacio imaginario a su alrededor que no pueden traspasar. Esta limitación se manifiesta en una postura comprimida. El espacio de la mujer, afirma Bartky, no es un campo donde sus intenciones corporales puedan realizarse libremente; la mujer "suelta" rompe con estas normas. El movimiento y la postura femenina no sólo deben exhibir constricción sino además gracia y hasta cierto erotismo refrendado por la modestia y el pudor.

La mirada femenina también está sometida a un mecanismo mucho más sutil: la "buena" chica, advierte Bartky, aprenderá rápidamente a evitar la mirada "atrevida" y sin complejos de la mujer "suelta" que mira lo que quiere y a quien quiere, como así también a desviar y bajar la mirada masculina.

El control social ya no puede ser considerado inofensivo o menor frente a las mujeres. El control social es también un control de género: su fuerza es mayor con relación a la mujer, especialmente si se lo percibe en su faz difusa, es decir, como forma de control informal.

III. Las mujeres como reproductoras del orden social patriarcal

A lo largo de la historia las mujeres fueron protagonistas de la puesta en marcha de los mecanismos de control social. Es paradójico y perverso entender cómo el sexo femenino ha cumplido un papel central en la transmisión de los roles y estereotipos sexuales, contribuyendo así a la conservación y reproducción del orden dado. Por un lado, en el ámbito familiar a través de la maternidad. Son las propias madres las que están encargadas en la organización de la familia patriarcal de la crianza y educación de sus propios hijos [15]. Por otra parte, desde el siglo XIX se produce la incorporación de las mujeres al mercado laboral en oficios y profesiones vinculados al control social. Las mujeres trabajarán básicamente como educadoras (maestras de escuela primaria especialmente) u operadoras de los servicios de asistencia social. Los roles sexualmente asignados a la mujer fueron trasladados al espacio público con la incorporación de ésta al mundo del trabajo reproduciéndose, de este modo, la función que en razón del sexo la mujer cumplía al interior de la familia [16]. La mujer se convierte de esta forma en reproductora y conservadora del orden patriarcal.

[15] Rosa Cobo señala que ya a Rousseau no le pasaba inadvertido la importancia que las mujeres tenían en cuanto reproductoras de los valores en el interior de la familia.

[16] Aún en la actualidad es alarmante ver como por ejemplo nuestras representantes en el Parlamento Nacional y en las Legislaturas Provinciales forman parte mayoritariamente de las comisiones relacionadas al "mundo femenino". Las comisiones parlamentarias de educación; de familia y mino-

A partir de la época de la colonia y durante el siglo XIX la mujer ocupó un lugar central en las instituciones de internación destinadas a mujeres, aunque desde posiciones subordinadas. Como refiere Larrandart, hasta fines del siglo XIX, en general, fueron las monjas las encargadas de la educación, asistencia y vigilancia. La organización carcelaria reproducía la vida del convento [17]. Sin embargo, el modelo de resocialización basado en la religión dio paso a un modelo "asistencial" de control. Las monjas son sustituidas por agentes femeninos que desempeñarán funciones de vigilancia y custodia. Asistentes sociales, educadoras y psicólogas se ocuparán de la reeducación dentro o fuera de la cárcel. El papel importantísimo que las mujeres cumplían en la familia como madres, es decir, en tanto transmisoras de los roles sexuales, se extiende ahora al espacio público. De esta manera, su función en la familia se prolonga en el nuevo rol que asume en el ámbito social.

Asimismo, desde la creación de las instituciones de menores, las mujeres han tenido un lugar privilegiado en ellas, aun cuando también en este caso desde posiciones de subordinación. Su función maternal fue aprovechada en este ámbito. "Las mujeres eran consideradas 'curadoras por naturaleza' de los niños descarriados, y en la nueva penología entraban funciones maternales en el plan de reformatorios [...]. En general se tenía a las mujeres por mejores maestros que los hombres, y también tenían más influencia en el manejo de los problemas de disciplina en el hogar [...]. Los mismos antifeministas consideraban que la redención del niño incumbía a la mujer [...]. La salvación del niño, sin embargo, era una tarea digna para cualquier mujer que deseara aplicar a la comunidad sus funciones de guardiana del hogar sin impugnar los estereotipos antifeministas acerca de la naturaleza y el lugar de la mujer" (Platt, A. M.: 1977).

La tarea de reeducación y resocialización tiene por fin lograr un comportamiento dócil, pasivo y dependiente y, para eso, las mujeres han sido ya muy bien entrenadas.

---

ridad; de acción social, están integradas en su mayoría por mujeres. Por el contrario, en las comisiones de economía y hacienda la ausencia femenina es especialmente significativa. Asimismo, en el ámbito universitario es notable la presencia femenina en la materia de derecho de familia, incluso una gran cantidad de mujeres son titulares de cátedras en esta asignatura; sin embargo, no sucede lo mismo con derecho tributario o empresarial.

[17] Las horas de las reclutas transcurrían entre las oraciones y los oficios considerados típicamente femeninos como la costura, el tejido, el bordado y las tareas domésticas, situación que pone en evidencia cómo aquellas mujeres que se habían desviado de sus roles eran reconducidas a través del reforzamiento de los roles femeninos. Como afirma Baratta, cuando las mujeres, a pesar de todo, son castigadas con la pena de reclusión, las actividades educativas y de recreación que, dentro de esa institución se realizan, tienden a reproducir y asegurar en el caso de las mujeres proletarias en su doble condición de subordinadas las relaciones de dominación: subordinadas por las relaciones de género y subordinadas a las relaciones de producción. Las cárceles femeninas reproducen los roles socialmente construidos para las mujeres.

IV. La construcción social de la desviación femenina

Históricamente, como señala Larrandart, la construcción de la desviación femenina estuvo vinculada con el control de la sexualidad de las mujeres. Tanto la imagen de la bruja —las brujas eran incineradas porque se las acusaba de haber copulado con el diablo— como la figura de la prostituta dan cuenta de ello. La prostitución es considerada aún hoy, para esta penalista argentina, el prototipo de la desviación femenina en cuanto es percibida como violación del rol sexual de la mujer. Como afirma en este sentido Carmen Antony, la criminalidad femenina será el resultado de la violación al rol sexualmente adjudicado, constituyéndose en violadora del orden patriarcal. Desde finales del siglo pasado, el problema de la desviación femenina se vinculó fundamentalmente con la sexualidad y la maternidad de las mujeres.

Luego apareció la "histérica" con lo que la desviación femenina quedó circunscripta al sistema nervioso-psíquico y, con ello, se asigna a la medicina y a la psiquiatría el papel de definir la "anormalidad" o la "debilidad" femenina en relación con el comportamiento esperado. El incumplimiento del rol derivará, entonces, en la medicación o en la internación en instituciones médicas y no en la prisión.

En los últimos años con la incorporación de las mujeres al espacio público a través de su participación en el mercado de trabajo, cambia el estereotipo de la desviación femenina y el concepto de "mujer desviada" se extiende principalmente a la delincuencia vinculada con la criminalidad derivada de la actividad política y con el tráfico de drogas. Rosa del Olmo al respecto señala que "las organizaciones feministas no han reflexionado sobre el tema debidamente, a pesar del incremento y dramática realidad que presenta, por ejemplo, la delincuencia relacionada con la comercialización de la droga en que están involucradas mayoritariamente las mujeres" (Antony, C.: 2000).

V. El control formal de las mujeres a través del sistema penal

Como ya se señaló, el hecho de que sean menos las mujeres que resultan "atrapadas" por el sistema penal es el resultado de una desigual proyección de los controles sociales sobre las mujeres. El control social informal se ejerce sobre este sector de la población con mayor énfasis y sutileza operando, por tanto, con mayor efectividad en el caso de las mujeres. Es sólo cuando éste falla que los mecanismos de control social formal se activan. Sin duda, entre el primero y el segundo existe un *continuum*. En los párrafos que siguen me detendré en la especificidad del funcionamiento del sistema penal respecto de las mujeres en tanto mecanismo de control social formal.

Para entender en su totalidad la complejidad del sistema penal es necesario distinguir dos situaciones diferentes: el trato que recibe la mujer como su-

jeto activo (es decir, cuando comete un delito) y la respuesta del sistema penal frente a la mujer como sujeto pasivo (esto es, cuando es víctima de un delito).

Cuando la mujer delinque, sostiene Larrauri, tradicionalmente el legislador ha atenuado la pena en función del género o, agregó, los tribunales la han aplicado de forma atenuada. La determinación de la pena varía también en razón del género. Sin embargo, esta atenuación no funciona en todos los casos indiscriminadamente. La mujer recibe efectivamente un trato preferencial, más benévolo, cuando el delito o su situación personal responde a las expectativas de comportamiento femenino. Por el contrario, percibe un trato más severo cuando el delito no es específicamente femenino o cuando la "delincuente" no se adecua a la imagen de mujer "honesta". El derecho penal sólo se aplica de manera "caballerosa" a las mujeres que responden a los cánones convencionales de feminidad. En cambio, no resultan beneficiadas aquellas mujeres que transgreden los roles o estereotipos femeninos. En estos casos, por el contrario, la pena de cárcel suele ser más severa. La mujer que el sistema penal ampara es la mujer "honesta" no aquella que lleva una vida "disipada" [18].

En este sentido, como afirman Chesney-Lind, "[l]a 'sexualización' de la delincuencia femenina implica que los tribunales castigan a las mujeres que mantienen una sexualidad socialmente 'inadecuada', mientras que los hombres reciben penas proporcionales a la mayor gravedad de los delitos" (Davis, N. y Faith, K.: 1994).

La consideración de la vida sexual femenina no es la única causa que tiene en cuenta los tribunales al momento de fijar una pena a una mujer. La exculpación de la cárcel, sostiene Graziosi, también se justifica en otros estereotipos femeninos que en nada benefician la imagen de la mujer: depresión posnatal, puerperio, menopausia, tensión menstrual, trastorno mental transitorio, etc.

En esta línea, desde hace varios años, sobre todo en los países anglosajones, en el campo del derecho penal, se aplica el concepto del "síndrome premenstrual" o "PMT (*pre-menstrual tension*) que permite sostener un grado de mayor agresividad en algunas mujeres debido al PMT. Este concepto ha servido como atenuante de la responsabilidad en ciertos procesos penales, sobre todo en Inglaterra. El resultado, sostiene Graziosi, es inaceptable. Por un lado, revive la tendencia de un derecho de tipo 'diferenciado' al establecer "una especie de generalizado *favor rei* respecto de las mujeres", colocándolas en un estado de minusvalía e inferioridad, aunque sea por un período determinado de tiempo, que no deja de tener consecuencias en otros ámbitos del ejercicio de la libertad femenina.

[18] Como agudamente algunas lecturas feministas han puesto de manifiesto, el concepto "mujer honesta" no es utilizado más que para proteger la "honestidad" del varón (padre o marido). En este sentido, Marcela Rodríguez sostiene que el significado del concepto de "honor" como bien jurídico tutelado, hacía evidente un esquema patriarcal en el que se protegía el "honor" y el "nombre" de quienes se consideraban "dueños", "tutores" o "responsables" de las mujeres.

El tratamiento que las mujeres reciben del sistema penal frente a la comisión de un delito siempre ha sido diferencial en función de estereotipos con relación a su sexo.

En el siglo XIX, para Spangerberg las diferencias entre los cuerpos femeninos y masculinos probaban la fragilidad de las mujeres respecto de los hombres: no sólo los músculos son más delicados, además en el cuerpo femenino existe una sensibilidad mucho más aguda y los nervios de las mujeres son más excitables. Además, describía, la fuerza de los órganos sexuales ejerce un dominio mayor sobre el cuerpo de la mujer: apenas entran en acción y gozan de vitalidad propia arrastran de algún modo tras de sí la organización entera, la dominan, y la modifican, por no decir que la perturban y la desconciertan. Siguiendo la línea de este autor, estas diferencias justificaban el hecho de que la imputación femenina fuera menor cuando el delito había sido causado por el temor de perder el honor —como el delito de infanticidio— o como consecuencia de la influencia de sus órganos sexuales y los apetitos que de ellos proceden —como el adulterio o el incesto—.

Ferri, como Spangerberg, también propiciaba una imputación diferente en razón del sexo. Ubicaba al sexo femenino entre las causas específicas que disminuyen la imputabilidad, junto con la vejez y la falta de educación. "El sexo femenino es, para Ferri, una causa permanente de disminución de la imputabilidad potencial; a diferencia de las causas que llama[ba] 'genéricas', como la minoría de edad y el sordomudo con discernimiento, el sueño y la enfermedad mental incompletas, la ebriedad semiplena y el ímpetu de afectos menos violentos, que son de algún modo transitorias" (Graziosi, M.: 1999). Enrico Ferri, y en general la escuela positivista, adhiere a la antropología de Compte o Stuart Mill que afirma la jerarquía de los sexos sobre la base de una especie de "estado de infancia radical" en que se encontraría el sexo femenino y que lo tornaría, por ello, esencialmente inferior. Es esta "inferioridad" femenina, precisamente, la que permitirá un trato diferente para las mujeres "delincuentes".

Marcela Rodríguez señala que esta tradición jurídica, que aún hoy está presente en el Código Penal argentino y en la jurisprudencia de los tribunales nacionales, al plantear un tratamiento más benigno para las mujeres al momento de aplicarles una pena sólo refleja que la mujer continúa siendo considerada como un ser "inferior", equiparable a niños y a ancianos [19], por carecer de la suficiente racionalidad y discernimiento. El derecho penal en tanto control social formal sigue operando selectivamente en función del sexo frente a las mujeres que cometen delitos.

[19] En este sentido Graciela Otano señala que mujeres y niños son tratados como si ambos poseyesen una similar *capitio diminutis*, condición que conlleva determinados "privilegios" para las féminas que, claro está, sólo operan si de una mujer "honesta" se trata.

Hasta aquí intenté señalar algunas de las cuestiones relacionadas con el tratamiento de la mujer "delincuente"; veamos ahora qué pasa con la reacción del sistema penal frente a la mujer víctima de un delito.

Otano afirma que así como existen tipos penales en los que sólo una mujer puede ser autora de la conducta prohibida (o que generan fundamentalmente la persecución penal de ésta como por ejemplo el aborto o el infanticidio), hay delitos en los que sólo una mujer es víctima (o en la mayoría de los casos como sucede fundamentalmente con los delitos contra la integridad sexual de las personas).

Los delitos sexuales de los que son principalmente víctimas las mujeres (violaciones, abusos sexuales, etc.) [20] tienen una elevadísima "cifra negra". Que esto suceda no es casual y también está vinculado a los estereotipos sexuales. El proceso de "revictimización" que tiene lugar cuando las mujeres deciden acudir a la justicia penal, que se caracteriza por cuestionar la conducta de la propia víctima, como sostiene Bovino, pone en evidencia el carácter manifiestamente sexista de este tipo de justicia.

La imagen de fragilidad femenina que suele operar al momento de asignar el sentido a la norma penal cuando la mujer es sujeto activo del derecho penal, no funciona cuando es sujeto pasivo. En estos casos, por el contrario, en especial cuando de delitos contra la integridad sexual se trata, la norma se torna mucho más exigente respecto de las mujeres en relación con su calificación moral. Es aquí donde, como sostiene Otano, se patentiza con mayor fuerza el carácter patriarcal del derecho penal.

En un estudio realizado en España por Purificación Gutiérrez en el año 1990, en el que se examinaron alrededor de 150 expedientes se observó la inutilidad con que el sistema penal opera cuando las mujeres denuncian malos tratos. Ello obedecía a diversas razones: 1) la policía no tomaba en serio las denuncias de las mujeres; 2) se las disuadía de efectivizarla; 3) eran citadas al examen médico muchísimo tiempo después de ocurrido el hecho y presentada la denuncia; 4) los fiscales asumían una actitud pasiva en la persecución del delito. De los 150 expedientes estudiados sólo 17 habían terminado con sentencia de condena.

En este sentido, Davis y Faith señalan algunos de los estereotipos que funcionan cuando las mujeres son víctimas de delitos contra la integridad sexual: "las mujeres son las que provocan"; "las mujeres dicen no cuando quieren decir sí"; "cuando se relajan es porque les gusta"; "las mujeres decentes (que están

[20] En nuestro país Inés Hercovich sostiene que una de cada cuatro mujeres a lo largo de sus vidas sufre un ataque sexual que puede terminar en violación. En Estados Unidos, según Catherine MacKinnon, el 92 por ciento de las mujeres han sido sexualmente atacadas de alguna forma o acosadas sexualmente y el 44 por ciento de ellas fueron víctimas de violación o tentativa de violación. Porcentajes similares, afirman Bergalli y Bodelón, se verifican en países europeos como Holanda o Italia. Todos los datos mencionados fueron extraídos del texto de Alberto Bovino.

donde deben estar: en su casa) no son violadas"; "las mujeres son mentirosas despechadas y vengativas".

La exigencia de requisitos no previstos por la ley o el temor de la mujer a denunciar por miedo a ser sometida a examen para determinar si es una "víctima inocente" (que no ha provocado, que no ha mantenido una actitud seductora); si es una "víctima apropiada" (que ha tenido hasta el momento del hecho una vida "honrada"); la exigencia de probar la ausencia de consentimiento (que ha resistido hasta el final), explica la desconfianza que las víctimas sienten respecto de la justicia penal que se traduce en la elevadísima "cifra negra" de este tipo de delitos. "En efecto, mientras quienes decidan el caso —jurados o jueces profesionales, hombres o mujeres— no comprendan que se trata de la libertad sexual que toda mujer tiene pleno derecho a ejercer, y no dejen de lado el cúmulo de prejuicios a través de los cuales son analizados estos casos, la mejor defensa del imputado consistirá en atacar a la víctima por 'provocativa', por 'libertina', por 'ser mujer de hábitos sexuales promiscuos', o por 'no ofrecer verdadera resistencia' (...). La víctima de violación es 'revictimizada' en el procedimiento penal" (Bovino, A.: 2000).

Numerosas mujeres han recurrido al sistema penal con la esperanza de encontrar un poder que compense el del hombre, sin embargo, se han encontrado con un poder que sólo lo ha reforzado [21]. Propuestas más represivas como las de Gerlinda Smaus [22] pasan inadvertidas, numerosas contradicciones que las feministas, según Larrauri, no pueden desconocer. En este sentido, Bovino señala algunos aspectos que sin duda hablan de una crisis de legitimidad del derecho penal propio del Estado moderno [23]: a) el derecho penal al dirigir su atención al autor del hecho, al mismo tiempo, descuida a la persona que ha sufrido la agresión delictiva; b) el sistema de administración de justicia penal no sólo es sexista sino que, además, se ha presentado como una de las formas más inquisitivas, irracionales, violentas e injustas de control formal de las que dispone el Estado; c) el tratamiento simplista y reductor que de la realidad hace el de-

[21] En este sentido, como sostiene Larrauri, el derecho penal es patriarcal.

[22] Véase SMAUS, G., "Abolicionismo: el punto de vista feminista", en *No Hay Derecho*, nro. 7, Buenos Aires, 1992. Esta revalorización del derecho penal reclamada por feministas como la autora mencionada se traduce en una necesidad de que la violencia sexual sea redefinida como delito de violencia, de que las penas de estos delitos sean incrementadas, de que se logre un tratamiento igualitario de las víctimas de estos delitos (que en su gran mayoría son mujeres). Este reclamo de algunas feministas en palabras de Smaus se justifica porque "determinados temas morales se convierten en públicos solamente cuando se sirven de un transfondo juspenalístico [...]. Las mujeres que invocan la función simbólica del derecho penal son criticadas, pero tomadas en serio" (Bovino, A.: 2000). Estas feministas que como Smaus claramente defienden el uso del derecho penal no han desconocido alguno de los problemas que el mismo plantea. Sin embargo, reivindican su aplicación aún a costa de sus "efectos secundarios".

[23] Estos señalamientos que Bovino hace del derecho penal en general se agregan a las dificultades que derivan del proceso de revictimización al son sometidas las mujeres víctimas de agresiones sexuales.

recho penal al definir un conflicto social como hecho delictivo (lo que importa la adopción de una sanción punitiva) o no (lo que deriva en la absolución del imputado), con lo cual la apuesta de la víctima es a todo o nada y la suerte que corre no depende de la razón que le asista [24].

En este contexto, encontrar un mecanismo que permita a la vez garantizar que la víctima sea escuchada y que se atiendan sus legítimas necesidades sin que se violenten los derechos de nadie no es tarea sencilla. No todas las mujeres reclaman una misma solución frente a la agresión sexual de la que son víctimas. Como describe Ruffa, "los caminos de la reparación son variados y singulares. Algunas mujeres son capaces de autorreparación (a través de la elaboración intrapsíquica o a través de actos y ritos con fuerte contenido simbólico); para otras puede ser reparatorio el apoyo, la comprensión y la valoración de personas significativas; para otras todas estas formas pueden ser útiles pero no suficientes y necesitarán señales visibles de reparación institucionales y públicas (castigo o repudio social al violador, indemnizaciones, trascendencia mediática, etc.)" (Bovino, A.: 2000).

Como se pregunta Mary Beloff "[y]o no sé qué respondería una feminista abolicionista a la pregunta respecto de qué hacer con violadores y otros violentos [...]. Pero de lo que estoy segura es de que no creería una forma legítima y eficaz de resolver esta clase de conflictos sumar otras violaciones a la ya acaecida, como ocurriría en el caso de ignorar las garantías en los procesos seguidos a estos sujetos" [25].

VI. Las penas de las mujeres

"Contra las mujeres se practicó un vigoroso internamiento preventivo durante largo tiempo y en varias formas en la edad moderna, por un lado en los conventos, por el otro en aquellas instituciones de protección como las casas de guarda, a las cuales se accedía normalmente en la primera infancia o en la adolescencia" (Graziosi, M.: 1999).

En la Argentina el derecho indiano disponía, por medio de Reales Cédulas, que la mujer indígena soltera huérfana o que no vivía con sus padres fuera depositada en una casa de familia española de reputada "moralidad". En 1692, el Cabildo fundó la Casa de Recogimiento, institución que servía de casa de retiro de las doncellas nobles y virtuosas huérfanas y pobres, como así también de castigo a las personas que con su mal ejemplo escandalizaban. En 1755, la Hermandad de la Santa Caridad, creó el Colegio de Huérfanas para mujeres que

[24] Razón que en el caso de las víctimas de delitos sexuales es destruida fácilmente por los prejuicios y estereotipos que operan en función del género.

[25] "Comentario al libro *La voz tutelada. Violación y voyeurismo*", de CHEJTER, Silvia, en *No Hay Derecho*, nro. 4, Buenos Aires, 1991, citado en el texto de Alberto Bovino.

reñían con su marido o para aquellas que no aceptaban casarse con quienes sus padres habían decidido o para huérfanas. Las internas quedaban sometidas a un régimen de vida de claustro, cosían, tejían, fabricaban guantes, lavaban ropas finas y las niñas de familias acomodadas recibían enseñanza escolar. El destino final de las niñas era el matrimonio, la prostitución o el trabajo doméstico como sirvientas, dependiendo de su condición social.

En instituciones como éstas, advierte Graziosi, el límite entre funciones penales y funciones disciplinarias de la internación desaparece y se refuerza, sobre todo, la función moralizadora de la reclusión femenina.

Además, como en Europa, el criterio que se impone en estas casas de reclusión es el de la separación. Las mujeres no deben ser internadas en el mismo lugar que los hombres, se debe evitar todo tipo de contacto. Ellas deben ser protegidas de los abusos sexuales que puedan cometer los guardias y, por ello, como ya se dijo, su custodia es confiada a otras mujeres (aunque la supervisión de estos institutos de internación sea reservada al sexo masculino).

Por otra parte, como señala Graziosi, las reclusas también están diferenciadas. Hay dos categorías: las "meretrices" que deben ser separadas de las "otras", cualquiera sea el delito que hubiesen cometido. En este sentido, Carlo Ilarione Petitti Di Roberto (1840) —quien recepta las ideas del reformismo en general— propone la creación de institutos separados para reclutar mujeres de "mal vivir" y de "buen vivir". Las cárceles para mujeres de mal vivir debían ser colocadas cerca de las grandes ciudades porque era de esos conglomerados de donde provenían mayormente muchas de estas "desgraciadas". Además, dado que la salud de estas mujeres de "mala vida" a menudo estaba infectada, producto de la vida disoluta que llevaban, era oportuno agregar a dichos institutos de penitencia un hospicio céltico donde curar a las infectadas. Así, en Italia la población femenina internada era separada y clasificada: las jóvenes de las ancianas, las sanas de las enfermas, las condenadas de las penitentes.

Con la ley penal italiana de 1859 (con excepción de la provincia de Toscana) se ordena un nuevo reglamento para los casos de las penas para las mujeres, disponiéndose, de manera definitiva, el ingreso de las monjas a los lugares de ejecución de la pena femenina. Como afirma Graziosi, esta presencia contribuirá, de modo decisivo, a conferir a la cárcel para mujeres, y a perpetuar en el tiempo, su carácter de expiación moral.

"La mujer —cualquiera sea el lugar que se le asigne en una sociedad dada— representa cuando delinque una enfermedad 'diferente' y requiere una respuesta diversa [...]. La diversidad femenina —aunque las mujeres hayan sido a menudo asociadas a los menores, a los viejos, a los locos y tal vez a los siervos— no ha sido jamás pensada por los legisladores como homologable a las otras diversidades" (Graziosi, M.: 1999).

Las mujeres encarnan la inferioridad social a la par de lo sagrado en cuanto son portadoras de vida. Son, precisamente, como afirma Graziosi, por estos dos motivos (su condición de inferiores y de sagradas) que el cuerpo de la mujer deviene públicamente intocable. De ahí que, es sólo cuando el control informal está ausente o es deficiente que los mecanismos ambiguos del castigo penal —bajo el signo de la política de la "atenuación simbólica"— funcionan. Esta política de la atenuación simbólica está conectada con una especie de intangibilidad pública del cuerpo femenino. Durante siglos el castigo de una mujer era atribuido a su familia, la que se encargaba de ejecutar en silencio la pena. Cuando la pena pasa a manos del Estado, algo de este silencio parece perdurar: se prefieren para las mujeres penas de ahogamiento y de sepultura en vida, con las cuales el cuerpo castigado desaparece. Estas penas aparecen como más aceptables para un cuerpo que no pertenece del todo a sí mismo y que, por lo tanto, no puede ser legítimamente tocado. Ocultarlo vivo con la sepultura o con la inmersión, penas capitales típicas de la edad moderna para las mujeres, hace efectiva su desaparición sin que ninguna mano extraña aparezca participando del acto.

La *infirmitas sexus* no es ajena a la concepción lombrosiana. Lombroso propone sustituir la cárcel y las penas aflictivas para las mujeres porque resultan menos efectivas. Como los delitos de las féminas por la propia "naturaleza" de las mujeres son casi siempre producto de la sugestión o de la pasión, resultan menos terribles en la medida en que se alejan de quien las ha sugestionado o del provocador del tormento: amante o marido. "Dada la gran vanidad femenina, la importancia que ella le da al vestido, a las baratijas y a los muebles de la casa, las penas carcelarias podrían ser sustituidas muchas veces, en los delitos de pequeños hurtos o de riñas, con penas aflictivas de su vanidad, como cortarle los cabellos, quitarles sus ornamentos, sus muebles; sobre todo debe imponerse durante su internación trabajo a las ociosas, bajo amenaza de pasar hambre" (Graziosi, M.: 1999).

La pena antes de la Revolución Francesa no era "igual para todos" sino minuciosamente diferenciada en su abstracta previsión como en su concreta aplicación. Olympe de Geoges, al día siguiente de la Revolución, introduce en su Declaración de los Derechos de las Mujeres, también el derecho a ser castigadas a la par de los hombres. La Declaración de Olympe reivindicaba como un derecho la igualdad entre hombres y mujeres también respecto del rigor de la ley penal. Olympe rompe con el paradigma de la *infirmitas sexus* al entender que es imposible reivindicar los derechos políticos si las mujeres no se someten a la ley en tanto ciudadanas. La reivindicación de la pena para las mujeres como un derecho [26], está indisolublemente unida a la reivindicación de la dignidad de

[26] Postura que parece anticiparse a la tesis hegeliana de la pena entendida como un derecho para el reo: en la pena "el delincuente es honrado en su ser racional".

la mujer en su carácter de ciudadana y de su salida del "estado de minusvalía" al que históricamente fue sometida.

VII. CRIMINOLOGÍA, DERECHO PENAL Y GÉNERO

Los criminólogos tradicionales, preocupados por estudiar al "delincuente", influenciados por los estereotipos de género, sin embargo, no le dedicaron mayor tiempo a la "mujer delincuente" y cuando lo hicieron limitaron el análisis a las conductas relacionadas con su rol reproductivo y su sexualidad (infanticidio, aborto, prostitución, adulterio).

Dentro del marco de las teorías biológicas, Lombroso y Ferrero, en 1895, encuentran en la mujer delincuente las peores cualidades masculinas y femeninas. La mujer delincuente es un ser "anormal" que reúne determinados rasgos específicos que la identifican y marcan: por ejemplo, masculinidad y atavismos particulares como ser ojos y cabellos más oscuros, manos más largas, menor capacidad craneana, cerebro menos pesado que los de las mujeres normales. Para Cesare Lombroso —quien en 1892 escribió su tratado sobre la mujer delincuente al que llamó *La donna delinquente. La prostituta e la donna normale*— la mujer tiene un defecto genético (menor peso cerebral, menor coeficiente) y, su debilidad la hace más vulnerable frente al delito: si las mujeres no son más criminalizadas es porque se desplazan hacia un equivalente del delito que es la prostitución.

El enfoque endocrinológico, desde mediados del siglo XX, también desde una perspectiva biológica, relaciona el comportamiento delictivo femenino con determinadas características biológicas vinculadas con las distintas fases de la etapa reproductiva de la mujer: menstruación, embarazo y menopausia. Son estas diferencias hormonales entre hombres y mujeres las que determinan las distintas características que asume la delincuencia entre ambos sexos.

El desarrollo teórico de la delincuencia de las féminas desde este enfoque biologicista es ahistórico, causalista y esencialista porque supone la existencia de una naturaleza femenina que explicaría las causas del delito cometido por una mujer.

Desde una explicación más actual, de tipo material, la mujer delinque por necesidad económica. Así, las actividades delictivas representan para las mujeres la única oportunidad para obtener ingresos y, en algunos casos, para aspirar a algún tipo de movilidad social. Sin embargo, la delincuencia femenina así entendida se circunscribe a los delitos cometidos por mujeres de escasos recursos y no deja de buscar causas de la delincuencia.

Las teorías modernas sobre la delincuencia de las mujeres, elaboradas generalmente por hombres, se construyen a partir del rol sexualmente impuesto a la mujer en tanto ser subordinado, obediente, exento de violencia y agresivi-

dad, sin advertir que dicha función no es más que una construcción y no producto de la "naturaleza" femenina.

El paradigma jurídico de la inferioridad natural femenina, como sostiene Baratta, perdura hasta nuestro tiempo. La *infirmitas sexus*, el impedimento debido al sexo, cuyos orígenes Graziosi remonta a los Padres de la Iglesia, está ligada a la inferioridad natural que se le reconoce a la mujer y que se conecta con el debate acerca de su "libre albedrío" e "imputabilidad". Las mujeres son consideradas, por su propia naturaleza, minusválidas y, por tanto, más fácilmente asimilables a los "menores", a los "locos" o a los "viejos".

La introducción del paradigma de la reacción social en la criminología a pesar de ser contemporánea al surgimiento del movimiento y pensamiento feministas, como sostiene Baratta, en líneas generales no ha logrado incorporar la perspectiva de género al análisis de la criminalidad. La mayoría de los estudios criminológicos, fundados en preconceptos sexistas sobre la "naturaleza" femenina y su conducta "adecuada", no hacen referencia a la situación de la mujer, ni como víctimas de delitos ni como criminalizadas, presentando el problema de la "delincuencia" como un fenómeno universal, asexual, es decir, masculino.

La irrupción de la perspectiva feminista contribuyó a evidenciar que "la selectividad del sistema penal tantas veces denunciada por los movimientos criminológicos críticos, no contemplaba la desigualdad de género [...]. Esta invisibilidad no ayudaba a entender ciertas conductas desviadas dirigidas contra las mujeres, ni mucho menos la manera de ejercer el control social sobre ellas" (Antony, C.: 2000).

La criminología crítica denuncia la selectividad del poder punitivo a partir de la condición social y económica. Sin embargo, este enfoque no da cuenta de la selectividad del sistema penal respecto de las mujeres. "El poder punitivo, oculta perversamente que en la 'cuestión criminal' la mujer está altamente implicada, sea reconocido o no su 'status' de víctima [...]. La mujer ocupa un papel más destacado que el hombre en la inmensa legión de personas que cotidianamente sufren los efectos de los conflictos que quedan sin solución, en tanto el discurso del poder punitivo 'normaliza' la situación vendiendo la imagen de su potencial capacidad para resolver cualquier clase de conflictos, a costa de la criminalización de unos pocos, que suelen ser los ladrones más torpes de cada sociedad" (Zaffaroni, E. R.: 2000).

No sólo es socialmente más vulnerable el que es criminalizado sino también aquel que es victimizado y, en esa selección victimizante, las mujeres ocupan un rol predominante, que el discurso etiológico oculta. Con la expropiación del conflicto de la víctima se produce su omisión total.

Las feministas en este sentido vendrán a denunciar los llamados "delitos invisibles" cometidos contra las mujeres, enriqueciendo los postulados de la criminología crítica. Al visibilizar estas conductas (como por ejemplo el delito de violación o el abuso sexual), sacándolas del ámbito privado, ponen de ma-

nifiesto como el Estado, al no ocuparse de estos delitos librándolos al espacio privado, contribuye a mantener el poder desigual (patriarcal), legitimando la condición de sometimiento y sumisión de las mujeres. "La no intervención del sistema penal en el ámbito privado, su abstención frente a la violencia masculina, no puede ya más ser considerada como una tutela del ámbito privado ante la intervención del Estado, sino como una estructural ausencia de tutela de las mujeres, como la legitimación 'pública' del incondicional poder patriarcal" (Baratta, A.: 1998).

Esto condujo a algunas feministas a reclamar una reconducción de los conflictos en los que las mujeres aparecen como víctima a través del derecho penal [27]. Sin embargo, la criminología crítica ha puesto en evidencia las deficiencias del sistema penal en la resolución de conflictos: actúa luego de producido el conflicto y la pena no funciona como amenaza que impida la comisión del delito [28]. Aportes que, aún desde una posición que incorpore la cuestión de género a la criminología como la que aquí se propone, no se pueden soslayar.

Las feministas que como Smaus pretenden aumentar las penas, confiadas en la eficiencia del sistema penal, no tienen en cuenta que con ello no lograrán la mayor protección buscada para las mujeres y desconocen que son muchas más las mujeres que frente a la experiencia de la agresión sexual optan por prescindir de la solución que el derecho penal les brinda [29]. Lo que debe modificarse, como sugiere Larrandart, son las condiciones vinculadas a los estereotipos y roles femeninos, por un lado, y a los factores que generan la omisión de la denuncia, por otro. En la actualidad, desde posiciones más progresistas, se propone llevar el conflicto a una vía por la que los protagonistas ("delincuente" y "víctima") puedan solucionarlo de alguna otra manera [30].

En esta línea, Elena Larrauri, afirma que en los delitos en los que son las mujeres las que resultan especialmente víctimas, el derecho penal no cumple ni una función instrumental ni una simbólica. Citando a Smart advierte que "cuando se recurre al derecho penal el mensaje simbólico es equívoco: el problema real parece solucionar[se] con la simple promulgación de una ley, algo no excesivamente costoso; en segundo lugar cada proceso de notoria publicidad en el cual se afirma la inocencia del acusado [...] refuerza la imagen de la mujer mentirosa y del pobre hombre acusado. En un sentido simbólico, cada proceso de violación no condenado es una violación de los valores" (Larrauri, E.: 1996).

[27] En el punto IV me he detenido en esta cuestión.

[28] En este sentido se ha comprobado que el aumento de las penas o la elevación de determinados conflictos a la categoría de delitos no inciden en su disminución.

[29] Varias son las razones que contribuyen a que la cifra negra de este tipo de delitos sea tan alta, algunas de ellas ya fueron analizadas en el punto IV.

[30] Véase, en este sentido, el texto de Alberto Bovino sobre "Delitos sexuales y justicia penal" y su propuesta de recurrir a un mecanismo composicional de resolución de este tipo de conflictos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ANTONY, Carmen (2000), "Perspectivas de la criminología feminista en el siglo XXI", *Revista Katharsis*, año 3, nro. 3, Envigado, Colombia.

BARATTA, Alessandro (2000), "El paradigma de género desde la cuestión criminal hacia la cuestión humana", en BIRGIN, Haydée (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, tercer volumen de la colección "Identidad, mujer y derecho", Biblos, Buenos Aires.

BARTKY, Sandra L. (1994), "Foucault, feminismo y la modernización del poder patriarcal", en LARRAURI, Elena (comp.), "Mujeres, derecho penal y criminología", Siglo Veintiuno, Madrid.

BEAUVOIR, Simone de (1999), *El segundo sexo*, Sudamericana, Buenos Aires.

BOVINO, Alberto (2000), "Delitos sexuales y justicia penal", en BIRGIN, Haydée (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, tercer volumen de la colección "Identidad, mujer y derecho", Biblos, Buenos Aires.

COBO, Rosa (1995), *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*, Cátedra Universitat de València, Instituto de la Mujer, Madrid.

DAVIS, Nanette - FAITH, Karlene (1994), "Las mujeres y el Estado: modelos de control social en transformación", en LARRAURI, Elena (comp.), *Mujeres, derecho penal y criminología*, Siglo XXI, Madrid.

FEMENÍAS, María L. (2000), "Lecturas sobre contractualismo: Pateman y la escena primitiva", en RUIZ, Alicia E. C. (comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico*, primer volumen de la colección "Identidad, mujer y derecho", Biblos, Buenos Aires.

GRAZIOSI, Marina (1999), *Infirmitas sexus*, en *Nueva Doctrina Penal*, 1999-A, Ediciones del Puerto, Buenos Aires.

LAMAS, Marta (1994), "Cuerpo: diferencia sexual y género", en *Debate Feminista*, año 5, vol. 10, mes de septiembre.

LARRANDART, Lucila (2000), "Control social, derecho penal y género", en BIRGIN, Haydée (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, tercer volumen de la colección "Identidad, mujer y derecho", Biblos, Buenos Aires.

LARRAURI, Elena (1994), "Control informal: las penas de las mujeres...", en LARRAURI, Elena (comp.), *Mujeres, derecho penal y criminología*, Siglo Veintiuno, Madrid.

— (1994-a), "Control formal: ... y el derecho penal de las mujeres" en LARRAURI, Elena (comp.), *Mujeres, derecho penal y criminología*, Siglo Veintiuno, Madrid.

— (1996), "La mujer ante el derecho penal", en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 8, nro. 11.

LEES, Sue (1994), "Aprender a amar. Reputación sexual, moral y control social de las jóvenes", en LARRAURI, Elena (comp.), *Mujeres, derecho penal y criminología*, Siglo Veintiuno, Madrid.

MEO, Analía I. (1992), "El delito de las féminas" en *Delito y sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, año 1, nro. 2, segundo semestre.

MOTTA, Cristina - RODRÍGUEZ, Marcela (2000), *Mujer y justicia. El caso argentino*, Banco Mundial, Buenos Aires.

OLSEN, Frances (2001), "El sexo del derecho", en COURTIS, Christian (comp.), *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*, Eudeba, Buenos Aires.

OTANO, Graciela E. (2000), "La mujer y el Derecho Penal. Una mirada de género", en BIRGIN, Haydée (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, tercer volumen de la colección "Identidad, mujer y derecho", Biblos, Buenos Aires.

PATEMAN, Carole (1995), *El contrato sexual*, Anthropos, Editorial del Hombre, Barcelona.

PLATT, Anthony M., *Los "salvadores del niño" o la invención de la delincuencia*, Siglo XXI, México, 1977.

RODRÍGUEZ, Marcela (2000), "Algunas consideraciones sobre delitos contra la integridad sexual de las personas", en BIRGIN, Haydée (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del*

derecho penal, tercer volumen de la colección "Identidad, mujer y derecho", Biblos, Buenos Aires.

RUIZ, Alicia E. C. (2000-a), "De las mujeres y el derecho" en RUIZ, Alicia E. C. (comp.), "Identidad femenina y discurso jurídico", primer volumen de la colección "Identidad, mujer y derecho", Biblos, Buenos Aires.

— (2000), "Mujer y ciudadanía", en BIRGIN, Haydée (comp.), *El derecho en el género y el género en el derecho*, segundo volumen de la colección "Identidad, mujer y derecho", Biblos, Buenos Aires-b.

— (2001), "De cómo el derecho nos hace hombres y mujeres...", en RUIZ, Alicia E. C., *Idas y vueltas*, Editores el Puerto, Buenos Aires.

ZAFFARONI, Eugenio R. (2000), "La mujer y el derecho penal", en BIRGIN, Haydée (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, tercer volumen de la colección "Identidad, mujer y derecho", Biblos, Buenos Aires.

MISCELÁNEAS

AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS. EL PROTOJURISTA DEL MERCOSUR

FLORISBAL DE SOUZA DEL'OLMO

Cuando se habla del Mercosur nada mejor que tejer consideraciones sobre la figura paradigmática de Augusto Teixeira de Freitas, nacido en Cachoeira, Estado de Bahía, el 19 de agosto de 1816, y fallecido en Niterói, Estado de Río de Janeiro, el 12 de diciembre de 1883.

Esto porque el insigne jurista brasileño tiene su nombre ligado a la codificación del Derecho Civil en los cuatro países que hoy constituyen el promisorio bloque económico regional del Cono Sur de América, que ha completado diez años de su creación.

Teixeira de Freitas hizo su curso de Ciencias Jurídicas y Sociales en las dos más antiguas Facultades de Derecho de Brasil, en São Paulo y en Olinda, donde se graduó en 1837, regresando a Bahía para ejercer la abogacía y la magistratura. Luego, no obstante, se traslada a la ciudad de Río de Janeiro, donde fue uno de los fundadores del Instituto de los Abogados Brasileños, viniendo a ejercer la presidencia del mismo en 1857.

Disciplinado, inteligente, estudioso, humanista y dotado de un profundo sentimiento de justicia, Freitas dejaría una obra que inmortalizó su nombre, honró su patria y ennobleció su época, sirviendo aún de punto de convergencia en la legislación civil entre los pueblos hermanos que, un siglo después de su muerte, se integrarían en el Mercado Común del Sur, el Mercosur.

En 1857 fue publicada en Río de Janeiro la *Consolidação das Leis Civis*, obra en la cual Teixeira de Freitas, poco más de dos años de trabajo después ordenó, clasificó y actualizó el derecho legislado, desordenado, confuso e impreciso, entonces vigente en Brasil. Se trataba de leyes, decretos, asientos, albarás, resoluciones, reglamentos y además preceptos jurídicos, desde las ordenaciones portuguesas, muchas de ellas ya revocadas en la tierra lusa, a las normas jurídicas brasileñas de las tres primeras décadas después de la Independencia. Haroldo Valladão consideró tal obra como la *Carta Magna de la independencia jurídica brasileña.*

El respeto y la notoriedad granjeados con el incomparable trabajo de consolidación hicieron que Teixeira de Freitas fuese requerido por el gobierno imperial, en 1859, para redactar un código civil, que se sabía adelantado y avan-

zado. Él presentó el resultado de sus estudios, en fascículos, después reunidos en dos volúmenes con 4908 artículos, bajo el título *Código Civil. Esboço*, en 1860. Se trata de un estudio cuidadoso que ha merecido desde entonces los comentarios más lisonjeros de juristas de todo el mundo.

Un nuevo entendimiento, todavía, animó a Teixeira de Freitas, convencido de que sería más conveniente para el ordenamiento jurídico brasileño un Código de Derecho Privado, un Código General, en el cual estarían insertas la legislación civil y comercial, las normas delimitadoras de las obligaciones, definiciones y reglas sobre publicación, interpretación y aplicación de las leyes. La búsqueda incesante de la perfección y el gigantismo de la tarea ya lo habían obligado a prorrogarlo hasta 1864. Pero, lamentablemente, el gobierno no fue receptivo a las nuevas ideas del jurista y el contrato fue rescindido, interrumpiendo el trabajo con el código aún incompleto.

Como se sabe, el Brasil vería postergado el surgimiento de su primer código civil por más de medio siglo. Recién en 1917 entraría en vigencia el Código Civil brasileño, que tuvo como principal autor a Clóvis Beviláqua, en el cual muchas ideas de Teixeira de Freitas fueran incorporadas.

Quiso el destino, todavía, que el inolvidable proyecto del jurista brasileño fuese de enorme valor en la elaboración del Código Civil de la Argentina, país donde él es muy citado y sus textos estudiados. En ese monumental repositorio de la legislación civil continental —considerado por Ramón Silva Alonso como un Código Civil avanzado, "uno de los mejores de América en su tiempo" [1]— coordinado por Dalmacio Vélez Sarsfield, el *Esboço* sirvió de espina dorsal en un gran número de institutos, para los cuales fueran utilizados los artículos redactados por Teixeira de Freitas, y hasta sus notas explicativas.

Exaltando la importancia de la obra de Teixeira de Freitas en la codificación civil argentina, muchos juristas de ese país tienen hecho generosas y simpáticas referencias a él. Así, Martínez Paz, citado por Valladão, afirmó: "La consolidación es el monumento más alto del pensamiento jurídico americano; las codificaciones y los trabajos de exégesis y comentario, así como los escasos tratados de dogmática ni en punto a erudición, ni en doctrina han alcanzado ese sello de originalidad, de sentido personal y de profundidad que caracteriza a la Consolidación de las leyes civiles" [2].

Más aún, según Valladão, Abel Chaneton, ilustre historiador argentino, se expresó con estas palabras sobre Teixeira de Freitas: "La *Consolidación* lo elevó de golpe al rango de 'el más importante jurisconsulto de América' " [3]. Y

[1] SILVA ALONSO, Ramón, *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Intercontinental, Asunción, 1999, p. 88.

[2] VALLADÃO, Haroldo, *Direito internacional privado*, Vol. I, 4ª ed., Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1974, p. 169.

[3] VALLADÃO, Haroldo, *Direito...*, cit.

René David, profesor de la Facultad de Derecho de París: "Se pasaron casi cien años de la publicación de la *Consolidación de las leyes civiles* de Teixeira de Freitas; ella conserva, todavía, no obstante toda la evolución del Derecho ocurrida desde entonces gran valor y continúa siendo, sin duda, la obra jurídica más original y más perfecta de su tiempo producida en Brasil y en toda América latina" [4].

Otra exaltación al jurista de la *Consolidación de las leyes civiles*, ya citada [5], es la afirmación del argentino Luis Varela: "Preparó el sabio jurisconsulto Doctor Teixeira de Freitas, sin duda alguna, uno de los monumentos más imperecederos que la intelectualidad sudamericana ha levantado a la ciencia jurídica moderna".

Como se afirmó, la obra de Freitas se explayó en los cuatro Estados que componen hoy el Mercosur. Así, el Código Civil del Paraguay, adoptado en 1876, el primero de la historia jurídica guaraní, incorporó el ingenio del insigne brasileño. Como se sabe, ese Estatuto fue una adaptación del Código argentino. Y los grandes juristas paraguayos, del pasado y de la actualidad, como Luis de Gasperi, Raúl Sapena Pastor y Ramón Silva Alonso, han enfatizado la contribución del genial jurisconsulto brasileño.

El primero de esos autores, en carta a Haroldo Valladão, consideró que Teixeira de Freitas es "el único jurista americano que puede alternar en la historia con Savigny y los padres de la codificación germana" [6].

Ramón Silva Alonso, al comentar el movimiento internacional por la codificación ocurrido en el siglo XIX, afirma: "En la segunda mitad de ese mismo siglo, él llega a América. Por ese tiempo surgen en el nuevo continente figuras ejemplares en el mundo jurídico como no han vuelto a aparecer [...]. Augusto Teixeira de Freitas, que escribe para el Brasil, en 1860, el *Esboço*, aún hoy no suficientemente valorado ni estudiado" [7].

El insigne internacionalista guaraní, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, todavía escribió: "Coincido con Ud. en que Teixeira de Freitas es sin duda una de las mayores glorias del derecho de su tiempo en América. También creo que Freitas no ha sido aún suficientemente estudiado ni valorado en el propio Brasil, considerando el tiempo en que le tocó vivir. Salvo la Argentina y quizás el Paraguay, no es lo bastante conocido

[4] VALLADÃO, Haroldo, *Direito...*, cit. En el original: "Près de cent ans sont passé depuis la date où la *Consolidation des lois civiles* de Teixeira de Freitas a été publiée; elle conserve encore, malgré tous les dévoloppements du Droit intervenus depuis lors une grande valeur et reste sans doute l'oeuvre juridique la plus originale et la plus parfaite à la fois que ait été produite au Brésil et dans toute l'Amérique Latine".

[5] DEL'OLMO, Florisbal de Souza, *Direito internacional privado: abordagem fundamental, legislação, jurisprudência*, Forense, Río de Janeiro, 1999, p. 11.

[6] VALLADÃO, Haroldo, *Direito...*, cit., ps. 171/172.

[7] SILVA ALONSO, Ramón, *Derecho...*, cit., p. 88.

en el Continente, teniendo en cuenta la grandeza de su figura" [8]. Muy oportunas y sensatas las observaciones del erudito maestro paraguayo, él mismo un gran entusiasta de la obra de Teixeira de Freitas.

Al fin, la codificación civil uruguaya no ha sido inmune a la influencia benévola de los estudios de Teixeira de Freitas. El Código Civil de la República Oriental del Uruguay acogió en su Proyecto, de autoría de Tristán Narvaja, postulados del genial jurista brasileño, teniendo el maestro oriental confesado, según Haroldo Valladão, "haberse servido entre los antecedentes para su trabajo del 'Proyecto del Señor Freitas' (inconcluso aún), el trabajo más notable de codificación por su extensión y por el estudio y meditación que revela" [9]. Narvaja cognominó, en esa ocasión, a Teixeira de Freitas de "el Savigny americano". Partiendo tan fidedigno juicio de autoridad de ese nivel, se entiende el respeto que el inolvidable brasileño ha merecido en Uruguay.

Lamentablemente, en Brasil la erudición de los estudios y la dimensión de la obra de Teixeira de Freitas aún no tuvieron el reconocimiento merecido. Ello se comprueba al recordar que la primera biografía del insigne jurista solamente surgiría casi un cuarto de siglo después de su fallecimiento, en 1905, de autoría del Profesor Manuel Álvaro Sá Viana.

Además de tardío, ese reconocimiento no ha sido compatible con la dimensión del inolvidable jurisconsulto. Y fue, incuestionablemente, Haroldo Valladão, tantas veces mencionado en este breve estudio, el paladín brasileño en la reverencia al gigantesco perfil de uno de los mayores científicos del Derecho que el país conoció. En discurso proferido en el Instituto de los Abogados Brasileños, hace cuarenta años, exactamente cuando recibía la *Medalha Teixeira de Freitas*, identificando al codificador como el *jurista puro*, así lo definió Valladão: "Abogado, codificador, autor de obras jurídicas, nunca ejerció cargo o función pública, desconoció, completamente, la política, no frecuentó la sociedad; retraído, modesto, vivió una vida modélica dedicada al culto del derecho y al amor a la familia, en la meditación con sus libros, en el hogar entre la esposa y los hijos" [10].

Siendo Teixeira de Freitas un hombre profundamente humanista, nunca está de más mencionar un pasaje de su estudio, ya enfatizado por Valladão en el histórico discurso: "Cumple advertir que no hay un solo lugar de nuestro texto, donde se trate de *esclavos*. Tenemos, es verdad, la esclavitud entre nosotros; pero, si ese mal es una excepción que lamentamos, y que ya está condenado a extinguirse en una época más o menos remota, hagamos también una excepción, un capítulo desglosado, en la reforma de nuestras leyes civiles, no las macule-

[8] SILVA ALONSO, Ramón, carta de 20 de julio de 1999.

[9] VALLADÃO, H., "Teixeira de Freitas, jurista excelso do Brasil, da América, do Mundo", *Revista Forense*, nro. 188, Río de Janeiro, 1960, p. 423.

[10] VALLADÃO, Haroldo, *Direito...*, cit., p. 417.

mos con disposiciones vergonzosas, que no pueden servir para la posteridad; se quede el *estado de libertad* sin su correctivo odioso. Las leyes concernientes a la esclavitud (que no son muchas) serán, pues, clasificadas aparte, y formarán nuestro *Código Negro*" [11].

La llaga del servilismo del hombre africano, nunca es vano recordar, en el Cono Sur de América fue casi una exclusividad brasileña. Solamente a finales del siglo XIX, por la *Ley Áurea*, firmada por la Princesa Isabel, el 13 de mayo de 1888, sería definitivamente proscripta del ordenamiento jurídico del Brasil la esclavitud. Ese instituto abominable prácticamente no existió en la Argentina, donde desde 1813 no se registran casos, así como en Uruguay y en Paraguay, desterrados jurídicamente aun en mediados del mismo siglo.

El avanzado código proyectado por Freitas, como hemos visto, se integró fácilmente en el pensamiento jurídico de los pueblos hispanoamericanos que hoy constituyen el Mercosur, por estar repleto de un saludable espíritu libertario e integrador. El jurista bahiano conseguido realizar su sueño de un código general; con razón se cree que tendría sus estudios agasajados, hasta con más énfasis, en la misma área geográfica.

Se subraya que en 1942 Italia promulgó su actual Código Civil, versando sobre todos los asuntos de derecho civil, comercial, industrial y laboral, con que fueron revocados los códigos y leyes que disciplinaban esas materias. Coincidentemente, el mismo año, se integraba al ordenamiento jurídico brasileño la Ley de Introducción al Código Civil, en la cual el punto de conexión, hasta entonces la nacionalidad, era sustituido por el domicilio, que Teixeira de Freitas defendiera en su propuesta. Como se verifica, pasado más de un siglo, los postulados preconizados para la ciencia del Derecho por el gran jurista empiezan a tornarse ley en los más avanzados ordenamientos jurídicos del mundo.

El Paraguay, en 1987, pasó a contar con un nuevo Código Civil, en el cual continúan presentes los postulados de Teixeira de Freitas, así como la influencia del Código Napoleón y también del mencionado Código Civil italiano. Son, conforme Ramón Silva Alonso, los tres modelos que inspiraron esa avanzada codificación, debido al estatuto itálico "las normas que unifican la legislación civil y comercial que realizan la fusión de las obligaciones en estas materias, fusión que se incorpora al Derecho paraguayo" [12].

Cuando en el mundo jurídico contemporáneo pasan a ser admitidos principios que Teixeira de Freitas predicó hace más de un siglo, ha llegado el momento no sólo de exaltar su obra, sino, principalmente, de buscar en ella los frutos que ofrece.

[11] VALLADÃO, Haroldo, *Direito...*, cit., p. 419.

[12] SILVA ALONSO, Ramón, *Derecho...*, cit., p. 153.

Se registra, con satisfacción, juicios de grandes estudiosos del Derecho en Brasil que reconocen los méritos del jurista de la *Consolidación* y del *Esboço*. Para Pontes de Miranda, Teixeira de Freitas se destacó por la "independencia de pensar y la pasión por la verdad, que lo distinguió entre los juristas de su tiempo" [13].

Irineu Strenger registra este concepto expresado por Hahnemann Guimarães: "En la práctica difícil del celo por la verdad, del amor a la perfección, de la paciencia, de la modestia y de la honradez, se consumió la vida de Teixeira de Freitas. Las teorías y los códigos envejecen, pero ha de ser siempre nueva en la memoria de los hombres, la imagen de que dedicó a su obra tanta virtud" [14].

En cuanto a la importancia de los estudios de Teixeira de Freitas para el Derecho Internacional Privado, nos sirve, una vez más, el juicio de Haroldo Valladão, ya transcripto en otra ocasión: "Freitas propuso, con método admirable, las cuestiones de los conflictos de leyes, sea en el espacio, sea en el tiempo, en un sistema nuevo, inspirado en la teoría de Savigny, pero modificado y perfeccionado con varias ideas propias. Lanzaba los principios básicos en un Título Preliminar con que abría el *Esboço* y sus corolarios, vertía sus aplicaciones en la Parte Especial junto a cada institución" [15].

Se viven tiempos de integración. El Mercosur se consolida. Más de diez años pasaron desde el Tratado de Asunción y los frutos son muy buenos y promisorios. Las barreras, que son muchas, impiden todavía una aproximación entre los pueblos hermanos de la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, ya son menores que los factores que los impelen en la búsqueda de la identidad regional. Augusto Teixeira de Freitas, el jurista de los cuatro países del bloque, el eslabón identificador entre ellos en la codificación civil del siglo XIX, bien puede ser recordado como un pertinente emblema de esa búsqueda. Hasta porque él fue, sin sofismas, el protojurista del Mercosur. En porvenir no tan lejano, así como se conoce el *Código Napoleón* (de Francia, 1804) y el *Código Seabra* (de Portugal, 1867), el Mercosur tendrá el *Código Teixeira de Freitas*. Y será un código único, un código general, dando razón a un científico del Derecho que previó, con más de un siglo de anticipación, las notables ventajas que para el ser humano significa disponer de un estatuto en el cual fuesen reguladas todas las relaciones privadas, civiles, comerciales, industriales y laborales. Teixeira de Freitas no estaba adelantado: el mundo apenas tardó cien años en percibir lo que su inteligencia privilegiada y su precursor estudio entonces habían propuesto.

[13] PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, T. IV, 4ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983, p. 243.

[14] STRENGER, Irineu, *Direito internacional privado*, vol. 1, p. 215, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

[15] DEL'OLMO, Florisbal de Souza, *Direito...*, cit., p. 12.

ENTREVISTAS

ENTREVISTA AL PROFESOR DOCTOR JULIO MAIER [1]

Lecciones y Ensayos: ¿Qué entiende usted por "Derecho"?

Julio Maier: La pregunta es recurrente, eso quiere decir que, desde el nacimiento del orden jurídico —no sólo el estatal, también anteriormente— se ha planteado y sigue planteándose, entre los teóricos y filósofos del derecho, y ellos han respondido a ello con más propiedad que yo. Uno de mis libros habla sobre ello y clasifica las respuestas que a esa pregunta se dieron.

En el mundo actual, comúnmente se define el Derecho como un conjunto o serie de normas que intentan reglar la conducta humana, desde varios puntos de vista, con el objeto de que una persona pueda calcular las consecuencias de su comportamiento futuro. Es decir, el orden jurídico funciona como una especie de regla de cálculo para mí, que soy quien necesita saber cuáles van a ser las consecuencias, como para los terceros, que también calculan mi comportamiento probable. A veces falla la regla de cálculo, como ocurre con el cálculo de todas las ciencias aplicadas. Le doy un ejemplo: yo le alquilo una casa a una persona, supongo que él va a pagar mensualmente el alquiler al que se ha comprometido y me va a devolver la casa en el momento previsto. Lo mismo pasa con un depósito, también esto falla a veces. Está fallando hoy y acá: cuando yo deposito dinero en los bancos, supongo que me lo van a devolver en el plazo que hemos previsto, pero cuando el cálculo falla hay una anomalía en el propio sistema. Pongo un ejemplo mucho más claro, porque se puede ver. Imagínense una esquina de Córdoba y 9 de Julio. Me fijo en el semáforo para ver si está permitido para mí cruzar la avenida y quien viene en sentido contrario, también lo hace, para poder ver si está permitido o prohibido atravesar la avenida y calcular qué es lo que yo voy a hacer. Si yo veo que la luz verde permite el paso a los que vienen en sentido de tránsito contrario puedo calcular que los autos van a cruzar la avenida Córdoba y, por lo tanto, yo no puedo cruzar. Bastaría un solo semáforo que yo pueda ver, para calcular ambas conductas. Esto es lo que hace, más o menos, la regla jurídica, en sí las luces verdes y rojas no son nada más que símbolos de permisión y de prohibición de las distintas categorías normativas que maneja el orden jurídico.

[1] Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Juez del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

LyE: ¿Qué buscaba usted en el Derecho cuando era estudiante? ¿Y qué encontró?

Maier: La verdad es que no lo puedo decir. La cuestión no es compleja, sino que, por lo contrario, es muy simple. Había estado interno durante toda la escuela, de tal manera que conocía bastante poco el mundo burocrático, es decir, conocía bastante poco cómo es el manejo de instituciones básicas: el Estado, hacer un trámite, un banco. Esas cosas eran desconocidas para mí; yo salía todos los domingos, y lo único que quería era jugar al fútbol. Yo era muy bueno en matemática, física, química, también en literatura, en historia era bastante buen estudiante. Pero sobresalía en las ciencias que pueden hoy llamarse duras; no en las ciencias blandas. El resultado de esto fue que me incliné a estudiar ingeniería química en Santa Fe. Todavía se estudia allí ingeniería química, pero en ese momento era la única universidad en la que se podía estudiar esa carrera. Probablemente porque mis padres no me dieron ninguna respuesta —yo era muy débil frente al mundo exterior—, al final me quedé en Córdoba.

Fue mi padre, el que me inscribió en la Facultad de Derecho, casi diría, sin autorización mía. Mi padre era abogado —no practicaba la profesión— era profesor de historia y geografía, pero me inscribió así como diciendo: "bueno, que vea un año". Probablemente, ellos tampoco hubieran podido dar una salida a mi inquietud, porque no tendrían dinero suficiente como para decir: "andate a Santa Fe a estudiar".

Lo cierto fue que así empecé Derecho, sin saber tan siquiera lo que era. Cuando empecé a estudiar "Introducción —al Derecho—", la primera materia que rendí, recuerdo que en el examen no podía abrir la boca y decir algo frente al tribunal, así que me hicieron descansar en una silla. Al cabo de media hora, cuarenta y cinco minutos, porque rindieron varios compañeros, recién ahí pude empezar a hablar. Nunca había rendido una materia hasta ese momento.

No me convencía. Seguí estudiando el Derecho, como una especie de novela, hasta que cursé Derecho Penal I. En ese entonces, estudiábamos por los libros de (Sebastián) Soler porque (Ricardo) Núñez no había escrito su Tratado. Tampoco (Carlos) Fontán Balestra y (Enrique) Bacigalupo, que era estudiante, tenía mi edad. Lo mismo (Eugenio Raúl) Zaffaroni, a quien conocí mucho tiempo después. Es decir, que era el único Tratado, había muchos libros anteriores, pero Soler era el que había empezado a hacer dogmática jurídica. La verdad es que allí me entusiasmé y le encontré cierta lógica al estudio del orden jurídico. Lo estudié durante todo el año. Coincidió con una huelga universitaria muy larga, que hubo entre el '58 y el '60, de todo un año. Se pudo rendir sólo en un turno, que se abrió a fin de año (antes no se rendía continuamente como ahora), más para los estudiantes extranjeros y de otras provincias. Pero pude anotarme en el examen y yo rendí Penal I que la había estudiado con entusiasmo todo ese año. La teoría general del delito me entusiasmó como forma lógica

y razonada de tratar un orden jurídico. Le escuché con el tiempo decir a Soler, acá en Buenos Aires, que a falta de una teoría del Derecho vigorosa, entre nosotros, la dogmática jurídica del derecho penal, desde la teoría del delito, había cumplido ese fin: una teoría general del Derecho.

Hoy mismo no sigo convencido de que el Derecho sea una gran cosa. Lo hago, porque ya es mi profesión y en mis años, ya no juveniles pero adolescentes, lo abracé con bastante fuerza, pero me faltan pocos años de mi carrera docente en Derecho y pienso terminarla pronto. Al mismo tiempo no sigo convencido sobre las bondades de estudiar Derecho. De hecho, mis chicos me preguntaban para entrar a la universidad y siempre, en mi casa, fui un crítico terrible de la carrera, y a ninguno de ellos se le dio por estudiarlo.

LyE: Respecto de su labor como juez, tanto aquí en la Ciudad de Buenos Aires, en Córdoba y en Alemania: ¿Cómo fueron estas experiencias y por qué es juez actualmente?

Maier: La mejor respuesta a esto es que yo no fui siempre juez, porque siempre fui académico, lo digo con cierto orgullo y sin egolatría alguna. Es decir, yo fui universitario: lo único que he hecho durante todos los días desde hace cuarenta y pico de años, casi cincuenta años. Desde el '56 estudié Derecho, no sólo en Córdoba, sino también en el extranjero. Luego fui docente universitario en Buenos Aires, hasta hoy en día. Fui siempre universitario: esto es lo que nunca dejé de hacer. Lo demás, ser juez, ser abogado (porque también ejercí la profesión durante casi veinte años), sólo fue una manera de atender económicamente a mi familia, porque los profesores universitarios no ganan, prácticamente, nada. Yo tengo cuarenta años de docencia universitaria y un sueldo de doscientos pesos, doscientos diez, creo ahora. El resultado es que siempre tuve que mantenerme trabajando en otros ámbitos. Durante veinte años, para hacer números redondos, pertenecí al Poder Judicial. Otros veinte años ejercí mi profesión de abogado. Esto es más o menos el resumen.

Es decir, lo que yo siempre fui de carrera, fue un universitario. Lo que hice para mantenerme y mantener a mi familia fue ejercer la profesión de modo práctico, porque la Universidad no da medios. Si la Universidad me hubiera pagado un sueldo relativamente razonable [de juez, aunque fuera un sueldo menor], yo probablemente nunca hubiera sido juez, ni hubiera ejercido mi profesión.

LyE: En referencia a este condicionamiento para ejercer en forma exclusiva la docencia ¿usted cree que es el único condicionamiento o existen a su criterio otros?

Maier: Hay muchos condicionamientos si uno compara con el ejercicio de la docencia en el extranjero. Yo he visitado universidades europeas, y conozco bien su funcionamiento, sobre todo en Alemania, pero también en Italia, España e Inglaterra y también EE.UU. El principal condicionamiento es económico: quienes estudiaron conmigo, hablo de aquellos que lo merecen, por

haber dedicado su juventud al estudio de una disciplina, no ganan absolutamente nada o ganan una suma ridícula.

Existen otros condicionamientos como la biblioteca, por ejemplo. No es posible que si no tenés un libro, la única opción sea conocer a un colega que pueda prestártelo, como conozco yo, por ejemplo, a Zaffaroni: caso de una biblioteca fantástica. Yo le puedo hablar y pedirle este o aquel libro. Es decir, esta situación de las bibliotecas, por ejemplo, condiciona terriblemente, sobre todo, el trabajo de investigación. Porque a la Universidad le corresponden dos tareas: una es la transmisión de conocimiento al alumno, la docencia. No es ésta para la que yo creo personalmente estar muy dotado. Por lo menos, a mí me gusta más la otra, estar sentado frente a una computadora como cuando ustedes llegaron; con mis libros y tratar de solucionar un caso jurídico. Para esto hacen falta ciertos medios materiales, no muchos, más hacen falta para la medicina. Pero se advierte que la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en los años cuarenta, estaba a la par de una biblioteca universal y hoy no se puede recuperar por más que se tomen las decisiones correctas —aun suponiendo que se tomen las decisiones correctas—, en algo así como cincuenta años, porque la enorme mayoría de los títulos están agotados. Así que sólo el tiempo hará que esos libros del período de sesenta años, en que se dejó de comprar queden desactualizados y por lo tanto sean inutilizables y otros los reemplacen científicamente.

Suponiendo que se tomen las decisiones correctas, es decir, que hoy comience un período bueno, recién dentro de algún tiempo van a existir condiciones para el investigador jurídico.

LyE: Por otro lado, éstos son problemas que se observan en general en todo el sistema educativo...

Maier: Sí, algo así pasa con los docentes, con los maestros. Todo el mundo cree que es cuestión de que un milagro suceda y de pronto les empiecen a pagar un sueldo bárbaro a los maestros. No es así. Yo tuve buenos maestros, porque tenían un sueldo con el cual podían vivir. Las maestras de mi época siempre se quedaban solteras. Las pobres no tenían hijos o tenían a todos los chicos de guardapolvo blanco: ellos eran sus hijos. De alguna manera, eran un poco la segunda madre, pero podían vivir con un sueldo. Yo recuerdo que para el día del alumno nos invitaban a sus casas, hacían un asado, por lo menos en Córdoba, le rompíamos toda la casa, nos divertíamos como unos chiquilines, pero nos aguantaban. La calidad que tuvo esa docencia no se puede recuperar en cuarenta o cincuenta años, porque los maestros ya están acostumbrados a otro ritmo, en el sentido de que cualquiera que le ofrezca un trabajo temporario de quince días les paga más, entonces piden licencia. Yo veo en las escuelas, a las que van los chicos de amigos míos, que no tienen profesor de matemática o de alguna otra materia o falta un mes que nunca recuperan.

Para instruir a una buena generación de maestros, como hacían antes los colegios normales, hacen falta treinta o cuarenta años. Con sólo pagar no se logra el mejoramiento deseado.

Nuestra Facultad de Derecho, hoy en día, si de pronto un milagro hiciera que a nosotros nos pagaran el sueldo de un juez, tampoco avanzaría demasiado: probablemente año tras año se iría notando un mejoramiento. Se apreciaría una mejora en algunas cuestiones, pero recién en treinta o cuarenta años se podría valorar si realmente el método dio resultado. Es decir, aunque se tomen las decisiones correctas no es posible para el próximo día empezar a funcionar correctamente. Ello se puede observar de la mano de los colegios normales, donde se formaban las maestras. El normal Carbó de Córdoba, que ahora es una ruina. Ni siquiera se lo conserva por su valor histórico. Habría, por lo menos, que revocarlo un poco, hacer algo para que se mantenga, porque aún el edificio es histórico.

La escuela mía en Córdoba, también es un área histórica, se transformó en un shopping muy lindo, porque le dejaron la fachada de mi escuela y eso me la recuerda, pero por dentro es un shopping. Esas cosas no son fáciles de recuperar.

LyE: Entonces ¿por qué con esta cantidad de dificultades usted eligió y elige ser profesor en la Universidad de Buenos Aires?

Maier: Mi vocación siempre estuvo en la Universidad; que en mi país esa vocación no sirva económicamente para mucho, no quiere decir que no me haya dado la posibilidad de vivir bien. Eso se debe a que ella me permitió varias cosas.

Primero me dio una posibilidad intelectual muy grande. Yo creo que la Universidad, aun para aquel que no la termina, abre ciertas puertas; sobre todo la universidad estatal; que no las tiene el que no la visitó, al menos por un tiempo. La Universidad, por otra parte, educa intelectualmente, por lo tanto, yo no hubiera conocido a un montón de gente muy interesante si no hubiera ido a la Universidad.

Segundo, me permitió exponer, sea o no sea bueno, lo que yo quiero, mi propio alcance intelectual en mis libros, revelar mis opiniones, incluso generales, como sucede en este reportaje.

Tercero, me posibilitó conocer el mundo, sobre todo desde el punto de vista académico. Desde el punto de vista universitario, destacarme también no sólo en mi país, sino fuera de él.

Por último, también me dio la posibilidad de trabajar, no sólo en este tribunal [2]. Al punto ello es así, que del hecho de haberme destacado en la Universidad dependió íntegramente mi vida. Yo recuerdo cuando me ascendieron a juez, siempre decían que era un teórico y que para la práctica no servía. La sentencia era ridícula, cualquiera que fuere el grado de su verdad. Lo cierto fue que

[2] En referencia al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

mi educación universitaria me auxilió, incluso, para ejercer con éxito la profesión de abogado. Con el tiempo, varios de aquellos que eso decían tuvieron que rendir examen conmigo en la Universidad y yo los evalúo, precisamente, por casos; yo no examino, ni lo hice nunca, un ejercicio de memoria. No lo hice después de ser nombrado profesor titular, ya que hacer sentar a un alumno, decirle que vomite tal libro o tal otro y yo quedarme escuchándolo me aburre y me duerme. Para eso, leo el libro, que es más fácil. Por lo demás, la profesión de un jurista consiste, básicamente, en resolver casos, así como la del médico en curar a un paciente: de nada nos serviría un médico que recite de memoria el mejor texto de anatomía, y de nada nos sirve un abogado que nos recite un texto de Derecho Civil, por importante o bueno que sea.

La Universidad me dio mucho. Lo que no me dio, ni me dará, es la posibilidad inmediata de vivir económicamente de ella. De hecho tuve que hacer algo más que la Universidad, pero esto no quiere decir que no me haya dado nada, todo lo contrario. Mi vida dependió íntegramente de la Universidad; posiblemente, no hubiera llegado a nada de otro modo. Yo no tengo actuación política alguna como para haber progresado en este país sin necesidad de la Universidad. Siempre me destaqué en ella y estoy orgulloso de eso.

Yo recuerdo, cuando era un simple secretario —fui diez años secretario de un juzgado— no me ascendían, pese a que yo recuerdo haberle ganado a camaristas en los concursos de la Universidad. Esto me decía, primero, que el ámbito donde yo jugaba sólo dependía en gran medida de condiciones intelectuales. Por supuesto, también hay mucho de qué quejarme. Pero existían más posibilidades para aquellos que nos jugábamos por ese lado; yo estaba jugando bien el partido en una palabra. En cambio, no interesaban tanto las pertenencias políticas.

Gracias a la Universidad, hoy me invitan de Alemania, de Italia, de España y de toda Latinoamérica, por supuesto, pese a que lo único que conocen son mis trabajos universitarios y no mis sentencias. A veces no me creen que yo tengo que destinar la mayor parte de mi tiempo al cargo del tribunal.

La Universidad da mucho, aunque parezca que no lo da. Lo que no da es esa posibilidad directa, inmediata, de ir al supermercado y poder comprar los bienes necesarios para vivir hoy.

LyE: ¿Encuentra alguna diferencia entre esta universidad y la que conoció como alumno?

Maier: Yo viví una época de oro, cuando fui alumno de la Universidad. Recuerdo ahora a (Alberto) Binder, a quien he considerado discípulo mío en cierta manera, y él no tiene el mismo cariño que tengo yo por la Universidad, base de discusiones sin tiempo cuando vivíamos juntos en Guatemala. Él es más joven que yo y por ello estudiante de "otra Universidad", mejor dicho, de otro tiempo universitario, por lo cual, la Universidad no representa para él lo mismo que para mí la Facultad de Derecho de Córdoba. La Universidad que yo

viví en ese tiempo y la Universidad de Buenos Aires, se puede predicar lo mismo de ella, en la que era rector Risieri Frondizi —un intelectual de primera—, eran, al menos para nuestro ámbito, universidades de excelencia, que me dieron mucho. Esto no quiere decir que todos mis profesores valían, pero había cuatro o cinco que sí eran valiosos. Los nombres se los puedo dar: Ricardo Núñez, Alfredo Vélez Mariconde, Pedro León, quien hoy es presidente del Tribunal Superior de Córdoba, la señora Berta de Orchansky, entre otros. Es decir, había cuatro o cinco profesores de los que no me voy a olvidar nunca. De alguno de ellos, porque yo fui su asistente desde alumno, pero de todos ellos por la educación que me dieron y el cariño que me brindaron.

Realmente yo tuve la suerte de tener una Universidad de primera y no nombro a las extranjeras en las que me tocó estudiar.

Hoy no creo que esto sea lo mismo, ya que en esa Universidad a la que yo asistí no existían tabúes raros, como para ustedes ahora son los cursos de promoción sin exámenes. Era mucho más parecida a una Universidad europea.

Ahora, a mi juicio, la Universidad se ha complicado burocráticamente, por ejemplo, con la presencia de materias correlativas, en las que hay que dar una primero para poder rendir la otra, lo cual es directamente ridículo. El alumno es menos libre, yo era mucho más libre de fabricar mi propio futuro y programa.

La Universidad argentina hoy, en mi época también pero con un menor alcance, parte de la creencia de que el alumno es un idiota. Como tal, como idiota, el profesor tiene que ayudarlo, pues, de otra manera, fracasa; muchos de mis colegas e íntimos amigos de la Universidad piensan eso.

Por ejemplo, yo inventé para el postgrado un sistema, por el cual para obtener un título de especialista en derecho penal o especialista en otras áreas como derecho administrativo, había que dar un examen final. Era un examen prolongado en el tiempo con una serie de pequeñas evaluaciones. Las primeras eran por escrito sobre la base de casos, de tal manera que uno debía probar frente a un tribunal que realmente era un especialista en esa área. Así supongo lo tendrá que hacer un médico si quiere ser un especialista en cirugía del corazón. Él deberá operar corazones, frente a un tribunal que vea que no se mueran los pacientes o que alguno, por lo menos, no muera. Eso era lo que exigía yo. Yo no le tomaba parciales en cada materia, porque eso me parece una ridiculez. Exigía una prueba que rindiera el alumno de postgrado cuando se considerara apto, y estimara que había estudiado lo suficiente para darla, la cual, por supuesto, era prolongada en el tiempo, duraba cuatro o cinco meses. Esta prueba tenía cuatro o cinco de estos exámenes por casos y por último un riguroso examen oral ante todo el tribunal, que lo podía bombardear con ciertas preguntas y con casos también. Es decir, era mucho más libre en cuanto a su contenido. Esto no fue tolerado, claro. Yo mismo tomé examen por ese método y la gran mayoría no aprobó. Sólo aprobó un chico y con mala nota, pero hubo diez que rindieron conmigo.

El alumno se examinaba voluntariamente, es decir, el alumno decía: "quiero que me examinen" y probaba que cumplía con los requisitos previos. El examen era personalizado y exigente: el examinado era tratado como aquello que era: un profesional con intenciones de especializarse en un aspecto específico del orden jurídico. Un profesional responsable que afirmaba haber estudiado y probar ser especialista en un área de su profesión.

Tampoco las clases agotaban el contenido de la materia, algo, por lo demás, imposible. Se pretende en la Facultad agotar todos los contenidos de un orden jurídico. Eso es imposible, además no sirve para nada, porque si así fuera la situación, tendríamos que volver a la Universidad cada vez que se reemplaza una ley porque dicha ley no la hemos estudiado, ¿no es cierto?

Pero, así se piensa acá y por supuesto cambiaron el método que había ideado para el postgrado. Lo modificaron e implementaron esos parciales que no conducen a nada, porque son exámenes que aprueban todos. Me decían mis colegas: "No, acá, para que estudien tenés que apurarlos". Por los exámenes, yo no doy más clases en el postgrado, ya que no estoy dispuesto a tomar un examen que no valga nada. También, me dicen: "No, hazles escribir una monografía". Tampoco puedo, es una mentira tonta la afirmación de que voy a corregir una monografía en un día.

Yo creo que la Universidad actual se ha complicado terriblemente en lo burocrático y ha evitado, en comparación a la que yo viví como Facultad, progresar.

Es irreal pensar que la Universidad de Buenos Aires puede tener cien profesores de derecho penal. La Universidad de Munich, por ejemplo, tiene dos o tres profesores de Derecho penal, con el título de Profesor. Ellos son quiénes se encargan de formar a los doctorandos y a los próximos docentes. Me acuerdo que, cuando se volvió a la democracia en el '83, hubo una reunión de profesores, y alguien dijo: "Bueno, pero todos nosotros vamos a ganar los concursos, que ya hemos ganado". Yo le respondí: "¿Por qué? Eso sólo si se concursan los mismos cargos". Si yo fuera decano, concursaría uno o dos cargos y garantizaría que esos profesores fueran *full time*. Intentaría pagarles lo suficiente para que no tengan otras actividades y ellos serían los profesores de la materia. Los demás serían docentes libres o docentes contratados, si necesito, por el gran número de alumnos, pero nadie puede ofrecer cien profesores de derecho penal.

LyE: Continuando con lo que nos comentaba respecto de su experiencia como alumno, ¿cuál fue el profesor que lo marcó en su carrera?

Maier: Podría mencionar, de cuerpo presente y como profesor mío, a dos que estuvieron muy cerca mío, los dos muertos ya. Uno es Alfredo Vélez Mariconde y el otro es Ricardo Núñez, a quienes yo conocí durante mi tiempo de estudiante. También debo mencionar a Soler. Lo conocí aquí en la Universidad de Buenos Aires y le pedí que por favor me dejara ir a sus clases de doctorado.

De hecho, yo ya tenía el título de doctor de la Universidad de Córdoba y no pretendía otro en la Universidad de Buenos Aires.

Allí me encontré con muy buenos amigos, que me quedaron para toda la vida, el doctor (Leopoldo) Schiffrin, el doctor (Jaime) Malamud (Goti) que estaban haciendo el doctorado y una de las materias obligatorias era la que dictaba Soler. Pero Soler me entró por los ojos, es decir, por la vista, ello quiere decir, por la lectura. Él ya no enseñaba en Córdoba y en aquella época yo lo conocí como alumno. Una vez vine a Buenos Aires representando al Centro de (Estudiantes de) Derecho con la misión de lograr que el profesor Soler, que iba a festejar el día del abogado en Córdoba, diera una conferencia para nosotros, los estudiantes de Derecho. Yo le pedí si nos podía dar una conferencia en el Centro de Estudiantes de Derecho sobre interpretación de la ley. Él me prometió que la iba a dar, fue a Córdoba y cumplió con su promesa. Pero mi conocimiento sobre él, se basa en sus libros.

LyE: ¿Qué obras jurídicas y qué obras literarias recomendaría?

Alguna vez dijo Umberto Eco que uno queda marcado para toda su vida por cuatro o cinco, o a lo sumo, diez libros. Esos diez libros se revelan en todas las notas que todo autor pone cada vez que escribe, la verdad es que uno sigue el esquema de esos diez libros para toda la vida, sigue ese razonamiento.

Los libros de Soler que más me influyeron fueron los referidos a la teoría del conocimiento jurídico, a la *Interpretación de la ley* publicado en España, otro libro sobre ontología jurídica que se llama *Las palabras de la ley* y, por último, puedo mencionar a *Ley, Historia y libertad*, uno más antiguo aún. Estos libros formaron mi pensamiento sobre qué es derecho, la primera pregunta que me hicieron.

Después, en materia procesal penal, que es a la que yo me dediqué más, fue Alfredo Vélez Mariconde. A él sí lo conocí bien de cerca, cuando fui su ayudante-alumno. Estuve mis años de estudiante y algunos más aferrado a él. Su libro tuvo una enorme influencia sobre mí, mayor aún que el conocimiento que me transmitió oralmente. Yo me formé en esta materia con él.

En Derecho penal, al que yo no me dediqué tanto, pero al que también conocí, fue Armin Kauffman, discípulo de (Hans) Welzel, con quien estudié varios años en Alemania. Él escribió un libro cuyo nombre en castellano es *Teoría de las normas*, que me ayudó mucho en mi comprensión del orden jurídico.

A quienes no conocí, pese a que influyeron mucho sobre mí, fue a los positivistas: Kelsen, por un lado, y Hart, el inglés, por el otro lado. El *Concepto de Derecho* en Hart, y, básicamente los *Grundprobleme* de Kelsen, sirvieron para cimentar mis conocimientos sobre teoría del Derecho. Debo mencionar también la amistad con amigos de mi generación y aún más jóvenes, que me enseñaron, sobre todo, Derecho penal. Algunos ya he nombrado pero merecen especial mención, sobre todo porque representan la influencia "porteña" y el

buen trato que me brindó Buenos Aires: David Baigún, Enrique Bacigalupo y Marcelo Sancinetti, con quien a lo largo de años nos unió el hecho de interminables charlas jurídicas, que partían un día y terminaban bien entrado el próximo, por agotamiento.

Después hay ciertos libros que no están vinculados al Derecho, puramente literarios, que también lo marcan a uno. Voy a nombrar a uno solo, tampoco lo conocí a Herman Hesse, pero a *El lobo estepario* lo leí cuando era estudiante. Fue un libro regalado por mi actual esposa, cuando aún ni siquiera éramos novios. Es uno de los libros más importantes, realmente me marcó. Hay más dentro de la literatura argentina –como *Radiografía de la pampa*– y universal.

Ésta es una lista más o menos condensada de esos siete u ocho libros a los que uno siempre recurre, aunque no lo diga, y hasta sigue inconscientemente su esquema de pensamiento.

LyE: ¿Cuándo se sintió preparado para escribir su primer artículo y por cuál trabajo siente especial afecto?

Maier: El primer artículo me lo impuso Alfredo Vélez Mariconde. Yo era alumno todavía, no me había recibido. Existía un problema cuando Vélez Mariconde pertenecía al Superior Tribunal de la Provincia de Córdoba y era al mismo tiempo docente universitario, profesor titular. El problema residía en que los jueces procesaban —ahora también— sin fundamentos. Es decir, una especie de voluntad omnímoda era ejercida por los jueces y no fundaban los autos por los cuales procesaban a las personas. Entonces, Vélez Mariconde me obligó a escribir un breve artículo. Sinceramente, yo no le tengo mucho cariño a ese trabajo, tan sólo lo aprecio por el hecho de que generaciones de estudiantes lo leyeron y me lo decían, cuando yo ya no vivía más en Córdoba. Me decían: "Usted es aquel muchacho que escribió acerca del auto de procesamiento". Todos creían que yo tenía cien años. Está publicado en uno de los primeros *Cuadernos* de los Institutos, una publicación de la Facultad de Derecho cordobesa, donde todos los institutos publicaban, cada uno con un color diferente. Ése fue el primer artículo que escribí, lo hice un poco por obligación impuesta por aquel profesor con el que yo trabajaba como ayudante-alumno. Le aclaro que, en esa época, nos pagaban como ayudante-alumno, ya era ejercicio de la docencia (me lo acaban de certificar desde Córdoba).

Si yo tuviera que elegir algo de lo que he escrito, me inclino por el libro sobre la *Función normativa de la nulidad*. Así se llama en castellano, porque don Roque Depalma, que todavía vivía, cuando vio el nombre que tenía en alemán: "Para una crítica del monismo normativo", me dijo "No, no, no, imposible. No lo va a leer nadie. Agréguele algo para que sirva en la práctica". El libro era pura teoría del Derecho. Entonces pensé, pensé y pensé y dije "puedo terminar un capítulo muy pequeño sobre las formas de aparición práctica de una parte del orden jurídico, que son las reglas que yo llamo potestativas, facultativas".

Yo concibo al orden jurídico como una pelota que contiene el universo de casos posibles. A esa pelota la corto por la mitad. La parte de arriba representa a las normas de deber, que son las vulgarmente llamadas normas. Por ejemplo, en el Derecho penal: "no matar". Existen las que crean la obligación de realizar una acción "ayuda al prójimo", o de no realizar una acción "no matarás" y normalmente imponen determinadas consecuencias jurídicas. Éstas son las que regularmente son llamadas normas y el monismo normativo casi siempre tiene a estas normas como básicas del orden jurídico.

En cambio, quien ve que el orden jurídico es un poco más complejo observa, como bien decía Binding, que hay además en el orden jurídico ciertas reglas que sólo son la forma de hacer que la parte de abajo de la pelota funcione con cierto sentido práctico en la vida.

Hay acciones que son indiferentes. Posiblemente esta acción que estamos cumpliendo, esta charla, sea indiferente, no tenga consecuencia alguna, ni para ustedes ni para mí. Mientras que si el artículo, por ejemplo, fuera abonado, ya tiene alguna consecuencia jurídica. Como el caso de Kissinger, que va visitando aeropuertos y para él dar una conferencia o responder a ciertas preguntas significa la obligación del otro de abonarle una suma de dinero.

Otro ejemplo sería el de testar. Por ejemplo, si yo quiero que un libro de éstos te pertenezca, después de mi muerte, tengo que instituirte como legatario de este libro. Yo puedo instituirte, pero no estoy obligado a hacerlo.

Ésas son las normas potestativas que, por supuesto, nos dicen qué tipo de acción debo cumplir para lograr cierta consecuencia jurídica, porque un testamento no es sólo la expresión de voluntad para después de mi muerte, sino que es la descripción de una acción. No cualquier acción es un testamento, así como no cualquier decisión de un juez es una sentencia, es decir, sentencia es sólo la decisión tomada después de un juicio, y la decisión que consta por escrito. Por ejemplo, si el juez le dice a la señora mientras está comiendo "Mañana lo voy a condenar a Pérez", Pérez no está condenado. Para hacerlo necesita escribir y firmar abajo de lo que escribe. Debe escribir de una determinada manera, tampoco puede hacerlo como le guste. No puede decir "Tiré la moneda y Pérez salió condenado", porque la sentencia no va a valer. Entonces, las normas potestativas son las que regulan estas acciones, que no generan obligación alguna pero que, valoradas por el orden jurídico, tienen consecuencias jurídicas. Es decir, no son acciones sin valor. Estas normas potestativas o facultativas constituyen otra de las posibilidades que tiene el orden jurídico para tornar calculable la vida de relación de las personas. Es decir, el orden jurídico es mucho más complejo que entenderlo en forma monista, como aquellas normas que conducen a una sanción, y hacer de todas las demás normas la descripción más fina del tipo de la sanción, como pretende Kelsen, por ejemplo.

A mí me parece que el orden jurídico es mucho más complejo y creo haberlo explicado en ese libro, que es, posiblemente, el que más quiero.

LyE: ¿Existe, a su criterio, un límite estricto entre derecho penal y derecho procesal penal?

Maier: Justamente fue Genaro Carrió quien planteó aquí la dificultad de expresar los límites conceptualmente. Genaró Carrió es otro de los estudiosos que más me influyó, quizás el que más lo hizo en Buenos Aires, sobre todo si se tiene en cuenta que yo no lo conocía antes de venir, con toda su polémica con Sebastián Soler, manifestada en una serie de libros como *Derecho y lenguaje*, por ejemplo. Él expresó, con razón, que no es posible afirmar un concepto límite preciso. Hay casos en que se sabe muy bien cuáles son los objetos incluidos, por ejemplo: en el nombre "mesa". Sabemos que eso es una mesa. También se sabe cuáles son los objetos no incluidos en el concepto. Sabemos que esto no es una mesa. Pero supongamos que esta mesa el día de mañana se rompe o por necesidad, la dan vuelta, le ponen unas rueditas y la utilizan para transportar libros o expedientes de un lado a otro. Es la misma mesa, pero ya dudaríamos acerca de si la podemos llamar así, si la podemos incluir o excluir dentro del concepto "mesa", porque no cumple la función de una mesa.

Eso se me presentó, prácticamente, en un caso. Recuerdo que antes el Código Penal —ahora contiene una agravante del hurto y del robo similar, pero no idéntica— agravaba el hurto de automotor dejado en la vía pública. Por ese entonces había unos autos, que ustedes no conocen, pero en mi época eran con los que corrían los hermanos Gálvez y Fangio, les llamábamos "empanadas". Eran los modelos de Ford '39 y Chevrolet '39, coupé, modificados, cortados los guardabarros; todavía se ven algunos de ellos. Estas "empanadas" son ahora de colección. En referencia al caso, lo que ocurrió es que una de estas "empanadas" estaba asentada sobre las mazas, es decir, sin gomas. No tenía ni motor, ni parte de la transmisión, porque creo que faltaba el cardan y tampoco tenía manubrio. Pero la carrocería estaba íntegra y una persona vino con un guinche y se la llevó. Esa persona fue detenida, el automóvil estaba frente a un taller mecánico, ya que la "empanada" era del tallerista. Lo que se preguntaba era si la circunstancia agravante operaba o no, sobre todo en razón de la interpretación restrictiva de la ley penal. Yo decidí que la función gobernaba el encuadramiento del objeto. El concepto de automotor implica que no funcione con tracción a sangre, es decir, que le sea posible impulsarse por medios mecánicos propios del aparato. Esto es lo básico de la palabra automotor.

Al contrario, la Cámara Criminal me revocó la sentencia y calificó la conducta del autor como hurto agravado, porque explicó que tenía forma de automóvil, y si tenía esa forma, debía ser un automóvil.

Las dos sentencias eran correctas, es decir, nadie va a poder decir nunca, con criterios de verdad, quien había interpretado bien o mal la ley. Sólo yo po-

día decir que a mí me parece más racional incluir o excluir por la función o a mí me parece más racional incluir o excluir por la forma. Carrió demostró que todo concepto posee una zona gris, imposible de delinear. Esto mismo ocurre en Derecho penal y en Derecho procesal penal, en donde hay una zona gris que no es posible delimitar exactamente. Tanto el Derecho procesal penal es dependiente del derecho penal —yo he dicho que es sirviente del Derecho penal, porque si no hubiera Derecho penal no tiene sentido la existencia del Derecho procesal penal—, como, asimismo, el Derecho penal es dependiente del Derecho procesal penal. Basta ver el Estatuto de la Corte Penal Internacional para advertir hasta qué punto es dependiente el Derecho penal de ese estatuto del proceso penal. En dicho ordenamiento es muy claro que domina el ámbito procesal penal y que sus instituciones tornan dependiente a todo el Derecho penal que contiene el mismo estatuto.

LyE: A su criterio, ¿existe algún supuesto en el que se justificaría que el imputado pueda ser objeto de prueba?

Maier: Sí, en una enorme cantidad de supuestos. Yo discutía esto con (Carlos) Nino, porque él decía que el *nemo tenetur* (es decir, nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo) abarcaba supuestos de prueba física del imputado y éste tenía derecho a negarse. Yo decía: "No tiene ningún derecho a negarse".

Los rastros de una acción delictiva quedan en el mundo y parte de él es nuestro propio físico, de tal manera que si lo que queremos es llevar a cabo, racionalmente, ciertas instituciones, no hay otra posibilidad que aprehender esos rastros que están en el cuerpo del imputado. Lo único que el imputado puede hacer libremente es dar o no información mediante su palabra oral y escrita, o por signos equivalentes que sean comprensibles. Es decir, cuando se produce una transmisión de conocimiento directo. Eso es lo que ampara el *nemo tenetur* y no otra cosa.

Pongamos un ejemplo. Olvidándonos de la adopción, la paternidad es establecida por el orden jurídico sobre la base de un criterio biológico. Las personas que han concebido a la criatura son papá y mamá. Si para saber quiénes concibieron al niño es necesario contar con piel o sangre para establecer el ADN entonces será posible coaccionar a las personas con el único límite de no desmejorar su salud. Algo parecido ocurre, por ejemplo, con la comprobación de la ebriedad para ciertas contravenciones o delitos. Si la ebriedad es algo que debe verificarse en el caso, se debe utilizar la coacción a través de los órganos públicos, aunque no lo desee el imputado, y siempre que no se desmejore su salud. Se puede obtener una pequeña muestra de sangre para poder observar microscópicamente cuál es el nivel de alcohol en sangre.

Se puede pensar en casos complicadísimos. Una vez yo intervine en uno, se trataba de un chico —víctima de un delito—, que tenía un balazo cerca del

corazón y el cual se sostenía que había sido disparado por la policía. Era riesgoso, según el médico, extraer el proyectil para luego comparar con el arma; pero, al final, lo hicieron. Ahí el problema no era de ninguna manera la negativa de la persona imputada, sino que el problema era la salud de esa persona. Es materia de un dictamen médico verificar que esa medida no entraña riesgo para la salud o la vida, por supuesto. En conclusión, si no entraña riesgo para la salud y la vida, que son los límites, entonces se puede ordenar coactivamente.

Sin ir más lejos, por ejemplo, el reconocimiento en rueda de personas es, también, una prueba física: Cuando yo, que he sido robado, y le he visto la cara al autor del robo, puesto en una rueda de personas tengo que señalarlo. Lo que más puede hacer el ladrón es comportarse de manera ridícula, para evitar la rueda, y en todo caso, yo puedo decir: "compórtense todos igual, imítenlo, actúen ridículamente; si él salta o se tira al suelo, hagan todos lo mismo". Pero el imputado no puede hacer otra cosa. Claro es que ciertas pruebas, que dependen mucho de la personalidad no podrán ser llevadas a cabo, pero sí pueden realizarse otras.

Por ejemplo, si se le imputa a un individuo la falsificación de un documento, se puede realizar un cuerpo de escritura para verificar si la grafía del documento coincide con la del imputado. Por supuesto que si él no quiere es imposible obtenerlo, porque yo no le puedo guiar la mano, no vamos a conseguir el trazo personal, como si él, voluntariamente, aceptara escribir. En caso de que se niegue a realizar el cuerpo de escritura, puedo secuestrar otros escritos del imputado, por ejemplo, cheques suscriptos por él o cartas o actas de peticiones que ha hecho él en bancos o en clubes o donde fuera, para comparar las escrituras.

Entonces, yo creo que es posible utilizar la prueba física extraída del imputado. El *nemo tenetur* sólo ampara, básicamente, la posibilidad de transmisión directa del conocimiento entre el investigador, la persona que quiere averiguar algo, y el imputado, normalmente por medio de la palabra oral o escrita, y a veces por signos.

Yo escribí un dictamen para las Abuelas de Plaza de Mayo sobre la obligación de someterse a los exámenes [3], a mí me parece ridícula la solución dada por la Cámara Civil. Ella ha dicho que: "en el caso en que se niegue, hay indicios en su contra que permiten afirmar que es su hijo". Yo digo: "¿Pero, en qué está fundada la paternidad, en un vínculo biológico o en un capricho mío al negarme a realizar el test de ADN?". A lo mejor, lo quiero como un hijo y entonces me niego para que me lo atribuyan, porque sé que si realizo el test, me va a dar negativo y no me lo van a poder atribuir nunca. Me parece ridículo, cuando una institución está fundada biológicamente, por ejemplo, la paternidad, que sea determinada por otro criterio como es la negativa a la autorización de una

[3] Se refiere a los casos en que se pretende someter a exámenes médicos a jóvenes que presuntamente son hijos de padres desaparecidos en la última dictadura militar, para verificar su filiación.

prueba determinante y definitoria, a la que alguien no se quiere someter. Hoy es posible averiguar la paternidad biológica, antes no era posible, casi con un cien por ciento de efectividad. Es posible afirmar con una seguridad del cien por ciento, negativamente, que no es el hijo y casi con el cien por ciento de seguridad, positivamente, que es el hijo.

Si esa persona no quiere dar una muestra de sangre, hay que agarrarle el brazo y mediante un leve "pinchazo", que no le va a perjudicar la salud, se puede averiguar la paternidad. Les contaba, que yo para las Abuelas de Plaza de Mayo hice un pequeño escrito de tres páginas, en donde afirmaba que era obligatorio, tanto para aquel de quien se presume el parentesco (el abuelo) como para los chicos.

LyE: Esta posibilidad de considerar a la persona como objeto de prueba ¿tiene otros límites además del riesgo a la salud?

Maier: Sólo la salud y la vida. Yo no puedo arriesgar la vida o empeorar la salud por llevar adelante una persecución penal, esto no puedo hacerlo. Pero, si yo verifico con el dictamen correspondiente que va a quedar intacta la salud de la persona, puedo tener una injerencia en el cuerpo de la persona para verificar ciertos elementos importantes para el Derecho. El problema de la paternidad no es sólo un problema del Derecho penal, sino también del Derecho de familia. Creo que sólo la salud y la vida son los dos bienes jurídicos a preservar; al menos, frente a esta posibilidad, no me imagino otros. Por ejemplo, en el caso que yo te conté del chico que tenía un balazo cerca del corazón.

LyE: Es compatible la persecución penal internacional con el espíritu liberal de nuestra Constitución y, en general, con los postulados del minimalismo penal?

Maier: No creo que esté en contra de nuestra Constitución nacional. Es decir, los principios básicos que tiene el mismo Estatuto de Roma son propios de un derecho penal liberal; sin embargo, se pueden discutir algunas reglas, pero no lo vamos a hacer ahora. La regla del *ne bis in idem*, por ejemplo, es discutible.

Pareciera ser que esta persecución penal internacional y este juzgamiento internacional aparecen por ciertas desconfianzas en los órdenes jurídicos y en las jurisdicciones nacionales.

Esto se debe a que según la práctica, y nosotros somos un ejemplo también de ello, en los casos de crímenes graves muy extendidos o practicados a escala o cuando se producen en un proceso político, los Estados nacionales no reaccionan. No pueden o no quieren reaccionar contra ello, entonces salvan a los autores para evitar los problemas políticos internos. Esto parece estar en el fondo de toda esa cuestión. Por ejemplo, después de la Segunda Guerra Mundial sobrevino Nüremberg y Tokio. Ahora con la ex Yugoslavia y Ruanda, ocurre lo mismo, porque no tienen condiciones, o no pueden o no quieren investigar

la verdad, ni juzgar. En algunos casos los procesos sólo sirven para conseguir la impunidad para sus autores, y así obtener una especie de *bill* de indemnidad. En el fondo de este tema está presente este temor.

Pero hay que preguntarse: "¿Qué es peor?: el remedio o la enfermedad". Ésta es una de las cuestiones.

Segundo, el mismo temor de arbitrariedad, impunidad, parcialidad e injusticia existe en el propio Estatuto de Roma. El Estatuto lo contiene por dos puntos muy claramente. No han podido definir el crimen de agresión, no porque no sea posible definirlo, es muy sencillo determinarlo, incluso culturalmente. Han considerado que la determinación de los elementos del crimen de agresión es una de las tareas de la Asamblea de los Estados Partes, que funciona como un poder legislativo. Entonces ella tendrá que definir cuáles son los elementos. Lo que no han podido determinar son las condiciones que permiten la persecución del crimen de agresión.

No parece ser que el crimen de agresión sea lo mismo cuando lo comete un poderoso que cuando lo desarrolla un tarado o una persona que no tiene poder. Por ejemplo, para que quede más claro, en la Guerra de las Malvinas no tengo la menor duda de que los argentinos que la comenzaron hubieran sido condenados como autores de un crimen de agresión y creo que con razón. La Argentina agredió, en vez de hacer uso del método pacífico para solucionar conflictos, dijo "¡Buen día! Hoy me apropio de eso (las Islas Malvinas) y si tengo que matar a alguien lo hago". Vinieron los ingleses y hubo muchos muertos, más de nuestro lado, pero también del lado de ellos. La Guerra de las Malvinas hubiera sido caracterizada como guerra de agresión.

Estoy seguro de que la Guerra de Vietnam no hubiera sido caracterizada como una guerra de agresión. Si nos fijamos en lo que ocurre en Afganistán actualmente es un mejor ejemplo, todavía. Hay un concierto de países poderosos bélicamente, que va a bombardear a individuos que ni siquiera se pueden defender y con el escaso fundamento de buscar a una persona, a lo sumo dos. El fundamento es inadmisible: eso de buscar a una persona que según ellos es el mal de los males o una especie de diablo e iniciar una especie de cruzada santa.

¿Por qué no hubiera sido caracterizado como agresión? Se quiere que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tenga en sus manos este crimen, a la manera de una instancia privada del derecho penal en nuestro orden jurídico penal. Hay ciertos delitos que no pueden ser investigados oficialmente por el Estado; la víctima debe autorizar que se investigue la violación, el ultraje al pudor, el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando la víctima es el cónyuge. Acá el papel de la víctima lo desempeña el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En ese Consejo hay cinco países que tienen derecho a veto, y este derecho es absoluto. Esto quiere decir que con un solo veto se impide, en la práctica, la investigación del crimen y la decisión sobre él. De

tal manera, esos cinco países van a determinar cuándo existe o cuando no existe agresión.

LyE: Entonces, tal como está planteado en el Estatuto de Roma, la creación de una instancia penal en el ámbito internacional en vez de limitar permitiría la expansión del poder punitivo, no ya nacional, sino supranacional...

Maier: Exactamente, yo creo que la Corte Penal Internacional no va a frenar al poder punitivo, al contrario, lo que va a provocar es una expansión en el ámbito global con el transcurso de un tiempo que no puedo medir y que creo que no voy a poder ver. Puede ser un peligro, un peligro grave de expansión del poder punitivo en el ámbito global.

Ello equivale políticamente a seguir con el Derecho penal lo que ya es realidad en el ámbito nacional: un poder penal que afirme el poder económico, el poder social o el poder político.

LyE: Su respuesta nos lleva inevitablemente a preguntarle acerca del fin de la pena estatal. A su criterio ¿cumple actualmente algún fin?

Maier: La pena, en cierta medida, ha cumplido, justamente, la misión de afirmar el poder económico y político ya cuando se produce esa enorme transformación, una especie de revolución social, que significó la creación de los Estados nacionales frente a lo que eran los Estados vecinales. Allí es cuando aparece, en gran medida, la pena estatal por primera vez.

Ni el Derecho penal, ni la pena estatal, son instituciones que han existido siempre. Por lo menos, en la medida en que nosotros las conocemos. Yo me refiero a la sociedad que nosotros conocemos. También podemos decir que la policía, los tribunales penales, en el sentido en el que los conocemos, o los fiscales, tampoco han existido siempre, ya que son relativamente modernos.

La pena estatal responde a la creación del Estado como forma de organización social, en la cual todavía vivimos, reemplazando a la sociedad vecinal.

Las sociedades vecinales no solucionaban sus conflictos con la pena, sino que su principal forma de solución era, en lo posible, mantener en la paz de la comunidad a ambas personas —ofendido y ofensor—. Para ello, la herramienta principal que tenían era, precisamente, la composición del conflicto. Ambas personas terminaban el conflicto con un contrato en que lo componían. Gracias a ese contrato, ambos quedaban dentro de la protección de la paz comunitaria y por él establecían derechos y obligaciones recíprocos. La principal obligación del ofensor era reparar a su víctima. Éste era el método normal del sistema composicional anterior a la aparición del Estado y de la pena estatal.

En el Estado moderno, la pena aparece como poder político antes que como institución jurídica, de acuerdo con lo que les dije anteriormente, para lograr sostener una organización social nueva —el Estado—, que produjo varias transformaciones políticas.

Dentro de la sociedad vecinal, los sujetos de derecho ejercían el poder político cotidianamente, entre otras cosas, administraban y juzgaban en conjunto. Hombres de armas o las personas que eran sujetos de derecho plenos se reunían en el foro, en la plaza pública, para resolver los problemas que tenía la comunidad y entre otras cosas también para administrar justicia (en el sentido actual). Si no triunfaba aquel método composicional, el ofensor y el ofendido eran sometidos a un combate público, en presencia de las demás personas de la comunidad. Dicho combate era, al comienzo, por medios pacíficos, pero a medida que no se iba solucionando el problema, el juicio, por así decirlo, terminaba en un combate físico.

Nadie pretendía conocer la verdad acerca de lo que ocurrió, sino que se pretendía que uno ganara y el otro perdiera, de tal manera que, si había un ganador, el perdedor abandonara la paz comunitaria. Por eso, cada vez que uno perdía el juicio era librado a la venganza de cualquier miembro de esta sociedad vecinal. Lo que hacía normalmente era irse, y ello significaba un poco la muerte, en sentido civil, al menos.

Este sistema fue reemplazado por un sistema concentrado de poder político que transformó al sujeto de derecho en súbdito. El sujeto pasó a ser súbdito del rey, súbdito del Papa, súbdito del emperador o del príncipe; ya no tenía más derechos políticos y debía cumplir la ley del príncipe, y éste lo juzgaba y lo administraba.

Este derecho era escrito y heterónomo; normalmente, regía en territorios mucho más vastos que el de la comunidad vecinal y las personas pasan a ser anónimas, transformándose en un número como lo representa el DNI —Documento Nacional de Identidad—. Esto fue provocado por la gran cantidad de personas que se convirtieron en súbditos del monarca, lo cual impidió el conocimiento personal entre los componentes de una sociedad. La pena cumplió, desde este punto de vista, el papel de afirmar, resguardar y proteger las instituciones. En este sentido, la sufrían aquellos que atentaban contra el *statu quo*, como le ocurrió a Galileo, a Bruno, a Juana de Arco, que fueron algunos de los casos de inquisición conocidos.

Luego, viene otra transformación de ese Estado. El Estado de derecho, yo siempre digo, es una especie de remezón del terremoto (cada mil años hay un terremoto, cada quinientos hay un remezón) que dejó el Estado nación; es decir, primero es el Iluminismo y después lo que quedó del Iluminismo, cuando comienza su discusión con el Antiguo Régimen. Es que no queda todo el Iluminismo, sino que el Estado de derecho es lo que subsiste del Iluminismo y lo que se conserva del Antiguo Régimen. Por eso se conserva, por ejemplo, el encarcelamiento preventivo, sin afectar el principio de inocencia; ya que no se pretende que, por el principio inocencia, no se deba tener presa a una persona durante el procedimiento penal, sino que tan sólo se pretende no aplicarle una pena cuando todavía no se la declaró culpable.

Lo que sí se termina es la justicia de gabinete, o sea la justicia del rey, la justicia delegada, la justicia que tiene que verificar y controlar dentro de un aparato burocrático. Se acaba, porque se intenta volver al juicio público delante de los ciudadanos, un juicio por jurados. Esto se manifiesta tanto en la Revolución Francesa como en la Americana.

En conclusión, la función de la pena, en principio, es la de estabilizar la institución de una nueva organización social: el Estado, que concentra el poder político, al comienzo, en una sola persona, el monarca. Es una función puramente política, porque cuando es regulada por el Derecho, es decir, a partir del Iluminismo y del Estado de Derecho en adelante, cumple también la función de resguardar ciertos derechos básicos de los ciudadanos como son la vida, la integridad física, la libertad de decisión sexual, la propiedad, los derechos individuales; intenta resguardar a aquellos derechos de una manera violenta.

El sistema de justicia, me parece a mí, se va transformando en un sistema que impone la pena, pero un sistema que no necesariamente es muy civilizado, pues intenta proteger los derechos básicos de manera violenta. Pero, aún así, es más civilizado que la venganza personal que implicaba abandonar al poderío personal de cada uno de los integrantes de la sociedad al ofensor o al ofendido. Entonces, esta necesidad de establecer órganos, que mal o bien reduzcan el conflicto a una decisión estatal para impedir la venganza es otra de las funciones que cumple realmente la pena.

Sólo intelectualmente, es decir, sin comprobación empírica, se ha sostenido —y muchos lo creen así— que la pena cumple la misión de un sistema de premios y castigos, que es retribuir las acciones de cada persona. Creo que (Marcelo) Sancinetti, profesor de nuestra facultad, es partidario de esta función de la pena. Esto implica que se castigan las acciones malas de las personas y el Derecho intenta premiar, por otro lado, las acciones buenas. El Derecho penal es la parte del derecho que castiga las malas acciones y las omisiones, esto es, a quien no realiza la conducta mandada. Se ha afirmado que, además de esta forma de expiación, la pena cumple una función de prevención general, tanto positiva como negativa. En general, ambas se confunden con la seguridad común, esto es, con la seguridad general para que los bienes que portan las personas no sean lesionados o puestos en peligro.

En un sentido negativo, sostenido por Feuerbach, tenía la función de inducir temor a aquéllos que van a decidirse a cometer un delito, de manera tal que no lo cometan. Yo no creo que se cumpla en la práctica, al menos en gran medida, esa función.

En un sentido positivo afianza los bienes, los valores sobre los cuales se edifica una organización social. Tampoco creo demasiado en que la pena cumpla esta función. Este afianzamiento no depende tanto del castigo, sino, antes bien, de ciertas condiciones de la vida social como la educación y los valores

comprometidos en ella y la paz social, entre otros. Cuando las personas son sometidas a ciertas tensiones olvidan los valores que defienden comúnmente: ya ven lo que pasa cuando cualquiera tira una piedra contra una vidriera en una manifestación o en la cancha de fútbol.

También se ha sostenido la teoría de la prevención especial, la cual todavía se mantiene en las constituciones modernas, sobre todo en un sentido positivo, es decir, la que consiste en la reeducación o reinserción en la vida social de las personas que han delinquido. Es cuestionable en la práctica, porque ni aún en animales ha funcionado. Los animales que han nacido en los zoológicos, si son dejados en la selva, casi seguro que mueren, porque no saben defenderse y siempre les han dado de comer en la boca. A mi perra la tirás a la calle y seguro que en muy pocos días pierde kilos y kilos y termina muriendo mucho antes que estando en mi casa, donde recibe la comida en la boca.

Pero estas tres funciones, con las que se distingue el fin o la justificación de la pena, son sólo afirmadas de modo puramente intelectual. Nunca se ha pretendido que esas funciones sean verificadas en la realidad. Sólo se intenta dar una justificación moral a la pena.

Debo agregar que no es equiparable, a los fines de la retribución, cinco años de prisión con el robo de un automóvil: una y otra acción carecen de vínculos recíprocos que no sea la imputación jurídica.

Tampoco es justo que se afirmen ciertos valores sólo a fuerza de hierro o de palos, Si optáramos por eso tendríamos que matar a palos a los niños, por ejemplo.

Además, es dificultoso saber cómo puedo, mediante el encierro, sobre todo, reinsertar a alguien, que fue excluido de la sociedad, en ella nuevamente.

Desde el punto de vista práctico, la pena parece cumplir dos funciones. Por un lado, estabiliza el sistema dado, es conservadora; en este sentido, todo el sistema penal lo es. Por el otro lado, evita la venganza privada, transforma el conflicto, es decir, funciona como mediadora en el conflicto. Transforma un conflicto entre ofensor y ofendido, en un conflicto entre el ofensor y el Estado, porque el ofensor no ha respetado las reglas que el Estado ha dictado.

En este último sentido evita cualquier reacción incivilizada frente al conflicto. Evita la venganza y la venganza abusiva, evita el "ojo por ojo, diente por diente" y aun el exceso, o sea: "dos ojos por uno". Yo creo que éstas son las funciones que tiene en la realidad la pena estatal.

LyE: Frente a la crisis de la justificación de la pena estatal...

Maier: Ésta vive en ella y la va a seguir viviendo el Derecho penal

LyE: La criminología, en este contexto, entonces ¿Tiene algún papel distinto al que cumplió en la década del '80 la criminología crítica?

Maier: Esta pregunta es extraña a mis conocimientos, sólo puedo decirlo como puede decirlo cualquiera. Yo no soy criminólogo, ni nunca me interesó mucho la criminología.

A mí me parece que la función básica de todas las criminologías —la orgánica, la empírica, la criminología sociológica, todas ellas— es, en primer lugar, presentar el sistema penal tal cual es en la realidad, es decir, alejado de su justificación intelectual. Observa fenómenos tales como la elección de las víctimas del sistema penal, en el sentido de que elige cuidadosamente sobre quién actúa. Es decir, que su labor es presentar estos problemas sobre la base de los grandes números del sistema penal explícitamente, no de la mano de un caso en particular.

Por otro lado, cumple una función de crítica del sistema penal, de manera tal de señalarle dónde funciona mal. Esta función de la criminología puede repercutir sobre el mismo sistema penal, sea material o formal, indicándole algunos cambios necesarios.

Ésta, yo creo, es la función básica, pero, ya les digo, no me animaría a discutirlo con un criminólogo, directamente. Es decir, creo que por una parte nos pone en claro cuál es la realidad del sistema penal, lo presenta al sistema no normativamente o, mejor dicho, sí normativamente, pero desde una normativa distinta que está relacionada con la presentación de los resultados prácticos del sistema penal en la realidad. Por ejemplo, es norma que el sistema penal siempre seleccione al más vulnerable y el más poderoso a la larga no cae dentro de él.

Hay un ochenta por ciento de encarcelados reales que se transforman en reincidentes. Es decir, que no hubieran sido reincidentes, si no hubieran sufrido la cárcel.

Segundo, se ocupa de la crítica desde muchos puntos de vista.

La criminología de base puramente empírica y estadística, por ejemplo, comprobó que los jueces usan una mínima proporción de las figuras delictivas que existen en un Código Penal. Hay figuras que no se han aplicado nunca, ni está en la mente de nadie aplicarlas, o al menos, sólo son utilizadas cuando los jueces quieren.

La criminología más despiadada es la de corte sociológico que en América latina ha dado lugar a una escuela llamada "criminología crítica".

Esta criminología se ocupa de remarcar aquellos resultados del sistema penal que evidencian su irrazonabilidad.

Estas dos funciones, presentar y criticar, son las que sostengo yo, pero un criminólogo posiblemente diga algo mucho mejor que yo sobre el papel de la criminología.

LyE: Cambiando de tema. Usted ha sido un gran impulsor de las reformas procesales penales que se han llevado a cabo en algunas de nuestras provincias

y en gran parte de los países americanos. En vista de estas experiencias: ¿Cuáles son las perspectivas de reforma del código ritual penal en el orden federal?

Maier: Me decía (Winfried) Hassemer, un profesor alemán y miembro del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, que no son buenas épocas para ninguna reforma del Derecho penal o del Derecho procesal penal.

Hoy en día, creo que la gente lo que menos quiere es una reforma del sistema penal en el sentido que sería el indicado. Al contrario, lo que quiere es expandir el sistema penal y no dejarlo de lado. La gente tiene la idea de que el penalizar conductas y aplicar las sanciones en la realidad va a conducir a una sociedad en donde ese problema se acabe. Por ejemplo, si prohibiéramos ser pobre, no va a haber más pobres. Es decir, se saca el problema de su cabeza con el solo hecho de inventar la norma, o sea, que "No matarás" es lo mismo que decir "no va a haber homicidios". Es decir, confunde el efecto de la función normativa del Estado, o el efecto de una norma. Precisamente, si existe la norma jurídica es porque es posible empíricamente la realización de la conducta, por eso el orden jurídico la prohíbe.

Pero no son buenas épocas, la gente no se da cuenta, por ejemplo, de la enormidad que cuesta el sistema penal. Aproximadamente el sesenta por ciento del presupuesto del Ministerio de Justicia nacional se gasta en el mantenimiento del sistema penitenciario. Si a eso se le agrega la policía, los tribunales penales y todo lo demás, es enorme el costo.

Yo, en realidad, creo que no se presentarían problemas mayúsculos si abolimos el sistema penal. Ello resulta imposible, pero lo cierto es que cada vez que lo agrandamos implica un gasto mayor. El personal de una cárcel es superior al doble de los internos, por cada cien internos debe haber trescientos guardiacárceles, para la mañana, tarde y noche, porque una persona no puede trabajar más de ocho horas por día. Es decir, cuarenta horas a la semana con cinco días de trabajo. Así que es tremendo el gasto del sistema penal y los resultados de este gasto no son óptimos.

La gente no piensa, o piensa, ya te digo, con esta falacia normativa. Se cree que, bajo pena, por ejemplo, van a existir los dólares que los bancos no pueden devolver porque, al parecer, no los tienen —lo he escuchado en una manifestación—.

En definitiva, yo creo que no hay perspectivas demasiado grandes, por lo menos, de establecer de forma práctica la reforma. Por ejemplo, cumplir con la Constitución, hacer códigos más racionales y menos extensos, más comprensibles por todo el mundo, es decir, que estén dirigidos a todo el mundo. Los códigos tienen una enorme cantidad de artículos que los han hecho complejísimos, con problemas técnicos. Además, no son ni siquiera razonables para todo el mundo.

El movimiento reformista tiene impulsores optimistas, no como yo. Yo siempre fui un pesimista teórico y un gran optimista práctico. El Ministerio de Justicia quiere tener un modelo para cuando una provincia los consulte y puedan decir "acá está el modelo", y quiere unificar todos los códigos procesales penales en lo posible. Yo creo que se debería decidir por cumplir la Constitución, ya que ésta dice que el Congreso tiene que dictar una ley general para toda la Nación que establezca el juicio por jurados. Esto es lo mismo que decir que una enorme porción del Derecho procesal penal debe ser regulada por el Congreso en una ley nacional y que tiene límites concretos. No puede hacer cualquier ley: tiene que programar un juicio público y por jurados. Se debería decidir a cumplir con el mandato constitucional, pero no creo que esto sea posible.

Aquí en la ciudad —de Buenos Aires— yo redacto, con chicos de la Facultad, un código procesal penal relativo a una eventual transmisión de la justicia penal a la ciudad de Buenos Aires. Estos códigos están en marcha. Calculo que durante el año 2002 lo terminaremos si no seguimos con problemas políticos y económicos en el centro de la escena. Yo colaboro con ellos, pero realmente, desde el punto de vista teórico, soy pesimista: las condiciones no están dadas para que se cambie nada. Además, hay que reconocer que en el Derecho penal o en el Derecho procesal penal o en el Derecho constitucional nunca cumplimos las leyes cabalmente, siempre andamos modificándolas. Es decir, tenemos que traducir en forma práctica algo, antes de poder seguir reformando leyes. Alguna vez tenemos que tratar de hacer algo como la gente, no puede ser que las instituciones no duren, que las leyes no duren, que se tenga que estar reformando continuamente todo, sin cumplir nada.

Yo creo que habría que ocuparse ahora y por un tiempo de una enorme transformación de la organización judicial. Si sólo centráramos el punto allí, sería más optimista. Claro que como esta reforma es más práctica que normativa, el problema lo vamos a tener con los operadores políticos reales. Los jueces, todos los burócratas de la justicia (los fiscales, los defensores oficiales, los empleados) se van a oponer y por cierto, también, los abogados. Los abogados, si bien no son parte de la burocracia en el sentido de que no dependen del Estado, son burocracia en otro sentido. Pertenecen al gremio de los administradores de la justicia, y es muy fácil saber por qué se van a oponer a esta transformación.

Por ejemplo, cuando los japoneses transformaron los relojes en una pequeña computadora, los relojeros suizos se suicidaron en masa. Primero hicieron todo lo posible para que esto no fuera permitido. Esto es porque a nadie le gusta que cuando uno ha aprendido a trabajar con ciertas herramientas, de pronto, tenga que cambiar su oficio, porque hay que aprender a trabajar con otras herramientas. Entonces los tenés a todos en contra. Yo creo que un cambio en la organización judicial es el más necesario y el más conveniente.

LyE: ¿Qué opinión le merece la reforma del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires?

Maier: Desde el punto de vista teórico, no me gusta; desde el punto de vista político, tiene alguna virtud. La provincia de Buenos Aires, desde Rosas, no ha tenido nunca un sistema de justicia. Ahora mismo, en materia civil, es casi un imposible iniciar un juicio en la provincia de Buenos Aires, o mejor dicho, llegar al final; sólo muy pocos tienen la suerte de llegar al final. En la provincia de Buenos Aires es más fácil encargarle a la policía el cobro de un cheque —por supuesto por una parte de ese cheque— que iniciar un juicio o denunciar un cheque sin fondos. Esto produjo una enorme polución dentro de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, por el hecho de que ellos, en forma extrajudicial, se encargaban de cobrártelo. A veces venían y te decían que sólo se pudo cobrar la mitad, y era cierto. Ellos te cobraban el porcentaje de acuerdo con lo que habían recuperado. La provincia de Buenos Aires careció de sistema judicial: a Rosas no le interesó el sistema de justicia y de ahí para delante a ninguno de los gobernadores. En ese sentido, es una de las provincias más atrasadas. Pero, pese a que el código es malo, desde el punto de vista teórico, ha cumplido cierta labor. Se establece el juicio público en la provincia de Buenos Aires. Eso ya significa llevar a la gente a ver el juicio ante los tribunales, que la gente pueda de alguna manera, al menos, controlar la administración de justicia o ver cómo ella trabaja, por lo menos a través de los órganos de prensa que revelan cuáles son sus resultados. Esto es algo muy distinto a la justicia de gabinete, por más que esta justicia pública no sea perfecta. Anteriormente, nadie oía ni veía los juicios, totalmente ocultos detrás de un expediente, y, por lo tanto, nadie conocía la actividad de los tribunales y sus resultados, ni se podían comparar los resultados justos o injustos o valorarlos de alguna manera.

La organización judicial es desastrosa y por eso fracasa en la mayoría de los casos. La provincia de Buenos Aires tiene menos jueces por habitantes que La Rioja; ni siquiera por habitante, menos jueces en general, que La Rioja o que Córdoba. Así que esto tiene que cambiar rápidamente. La provincia de Buenos Aires no puede darse ese lujo. Es la provincia más rica de la República Argentina y una de las más atrasadas en el sentido judicial. La Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires está destacada como paradigma de las resoluciones más conservadoras y atrasadas. Todavía sigue con ciertas interpretaciones del Derecho Penal que son inconcebibles, no sólo acá en la Capital Federal o en Córdoba, sino también en las provincias mucho más pobres. Por ejemplo, aquello de calificar el homicidio o el robo por la muerte de una persona por el sólo hecho de que alrededor del lugar, donde se produce el robo, alguien haya muerto. Pese a que la muerte se deba a que lo atropella un auto o lo mata un policía al repeler la acción, versión vernácula del *versari in re illicita*, principio contrario y opuesto al de culpabilidad, que gobierna el Derecho penal moderno.

LyE: ¿Considera que la modificación respecto de que el fiscal se encuentre al frente de la instrucción es uno de los puntos que tiene a favor esta reforma?

Maier: Sí, sin duda. Ya dije, algún papel renovador ha cumplido la reforma: ha mostrado un instituto que era totalmente desconocido en la provincia de Buenos Aires. Algún papel político ha cumplido, pero que la organización judicial es desastrosa, lo es. El código es un batido de varios proyectos que expresa una cosa en un lugar y todo lo contrario en el otro. Además, los institutos innovadores que tiene han sido programados con algún desconocimiento o tolerancia negativa por la mecánica del proceso penal. Por de pronto, desde el punto de vista teórico, pero también desde el práctico, será difícil alcanzar nunca una sentencia, con 4 ó 5 recursos posibles contra ella. Teóricamente, nunca se va a alcanzar una sentencia firme. Contra la sentencia firme existe el recurso de casación. Además del recurso de casación, el recurso de nulidad o de inaplicabilidad de ley ante la Corte de la Provincia de Buenos Aires. Después existe un cuarto recurso posible, que es el recurso extraordinario ante la corte federal, pero ésta ya ha dicho que primero tiene que decidirse en el ámbito local. No va a terminar nunca el procedimiento, se trata de un proceso sin final.

El Código contiene algunas contradicciones normativas. Hace ya algún tiempo di una conferencia en la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires sobre estas contradicciones, preceptos raros que parecían borrar con el codo lo que se había escrito con la mano y que, según se me ha dicho, han sido reparados, aun parcialmente, por diferentes leyes posteriores. El fiscal debía proceder informalmente a investigar los delitos y después lo obligaban a levantar actas de todo aquello que hiciera. Desde el punto de vista normativo, técnico, digamos, no es una buena ley; el Código de la Provincia de Buenos Aires tiene defectos graves. Desde el punto de vista político ha cumplido alguna función. Y la organización judicial es defectuosa: mientras no organicen mejor la institución judicial, va a seguir adoleciendo del mismo problema.

Pero en todo es conflictiva la provincia de Buenos Aires. Yo vivo en la provincia de Buenos Aires. No es comparable a la ciudad de Buenos Aires: acá existe policía para demandar ayuda, al menos para preguntarle dónde quedan las calles. En la provincia de Buenos Aires ni siquiera existe eso, vas por una calle y no encontrás un policía ni por casualidad. No existe la policía en la calle en la provincia de Buenos Aires; hoy pareciera que esa realidad quiere ser cambiada, pero falta mucho para que, realmente, cambie.

LyE: Usted afirma que la prisión preventiva puede ser justificada bajo ciertas condiciones que deben ser interpretadas restrictivamente. Ahora bien, ¿la posibilidad de que una persona sea privada de la libertad siempre que exista probabilidad de que se la condene por el delito endilgado y que la pena que le corresponda en dicho caso sea privativa de la libertad, no considera que se encuentra reñida con el principio de inocencia?

Maier: Lo que se denomina entre nosotros, principio, estado o presunción de inocencia, establecido en nuestra Constitución nacional en el art. 18, dispone que nadie puede ser penado antes de determinado procedimiento previo que finalice en una condena y que ésta quede firme. Es decir, sin realizarse un juicio ante un tribunal que lo condene. Pero entonces, ¿cómo se justifica que haya personas que ante la posibilidad de ser condenados sufran la fuerza estatal, sobre todo la privación de la libertad, antes de que haya una sentencia condenatoria? Yo contesto que, en primer lugar, nunca el principio de inocencia, históricamente, se refirió a evitar del todo la privación de la libertad antes del procedimiento penal. El art. 9° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano —después de la Revolución Francesa— decía algo así como que se presume la inocencia de toda persona que no haya sido declarada culpable", y seguía, "si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley". O sea, que el texto prevé claramente la posibilidad de que una persona esté privada de su libertad durante el procedimiento. Claro que ésta es una autorización abierta, pero tampoco es un "piedra libre". Nuestra propia Constitución nacional en el mismo art. 18, después de esa enfática declaración de que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, con lo cual, se podría decir que "nadie puede ser privado de su libertad", contiene la posibilidad de que alguien sea arrestado, durante ese juicio, por orden de un juez competente. Así que no hace más que repetir la idea que la Ilustración, por un lado, y el liberalismo estadounidense, por otro, tenían de este "principio de inocencia" o "presunción de inocencia". Sólo que no es un "piedra libre": está sujeto a una serie de reglas muy fuertes de tal manera que no sea la regla la privación de libertad durante el procedimiento, como lo ha sido en Latinoamérica por muchísimos años, sino que, por el contrario, sea la excepción. La mayoría de las personas tienen que estar libres durante el procedimiento y sólo en caso de ser condenadas pueden ser privadas de su libertad. Para ello se postula, al mismo tiempo, varios —llamémosle— subprincipios, que determinan cuándo es posible que a una persona se la prive de libertad durante el procedimiento. El mismo texto del Código (Procesal Penal de la Nación) contiene el principio de excepcionalidad del encarcelamiento preventivo. Debemos tener en cuenta que, previamente, existe la necesidad formal de que el juez sea quien determine cuando una persona deba estar encarcelada durante el procedimiento o durante parte de él.

Las convenciones de derechos humanos han acentuado la idea de proporcionalidad. Ya se conocía la idea de proporcionalidad antes, porque, por ejemplo, aún con el antiguo Código de Procedimientos (en Materia Criminal) que contenía aquella regla de que las personas acusadas de delitos con pena privativa de la libertad sufrían prisión preventiva cuando se podía afirmar la pro-

babilidad de que eran autores de un delito, la misma jurisprudencia había dicho que en los casos de delitos no reprimidos con pena privativa de libertad no se podía, por un problema de proporcionalidad, disponer el encarcelamiento preventivo. La proporcionalidad después resultó aplicable cuando se preveía que la condena, pese a ser dictada, no se iba a ejecutar (condenación condicional) o cuando el encarcelamiento preventivo se había ejecutado en un período tan extenso que permitiría liberarlo en caso de ser condenado, y así empezaron a surgir diversas reglas de proporcionalidad para el manejo del encarcelamiento preventivo.

Yo creo que no hay forma de entender el encarcelamiento preventivo, sino entendiendo que la única justificación posible es la de obtener el resultado que se pretende del procedimiento. Si nosotros tenemos como un principio —hay países que no lo tienen o por lo menos no lo tienen totalmente— el hecho de que el acusado debe escuchar su propio juicio, es decir, no hay juicio contumacial, o sea, en rebeldía, para comprobar físicamente que puede defenderse, que él ha estado en la posibilidad de resistir la imputación que se le dirige; entonces la fuga, es decir, el no presentarse al procedimiento, o al debate en el juicio cuando se lo cita, es un problema grave, porque el procedimiento no se puede realizar: tiene que paralizarse en ese momento. Me estoy refiriendo al peligro de fuga concreto, no estoy hablando de un peligro de fuga abstracto. En conclusión, el peligro de fuga es uno de los justificativos del encarcelamiento. Si el reo se escapa de la sala de audiencias, no hay otra forma que retenerlo y obligarlo, a la fuerza, a estar presente en su propio juicio, o por lo menos, tenerlo en una sala próxima, si él no puede o no quiere asistir o se comporta de tal manera que no puede ser tolerado en la audiencia. Es decir, que debe comparecer al juicio y tener la posibilidad real y efectiva de resistir la imputación para que ese juicio sea eficaz y habilite la condena.

La otra situación que justifica el encarcelamiento preventivo es la de que se lleve a cabo el procedimiento para que cumpla con uno de sus fines, que es el de hallar la verdad. No sólo por un tiempo prolongado, sino a veces por muy poco tiempo es absolutamente imprescindible que el imputado no entorpezca la averiguación de la verdad. Esto sucedería, por ejemplo, si se ordenan allanamientos y el imputado puede libremente moverse por los ámbitos en donde se realizan y sacar papeles. Ello no es tolerable.

En general, el imputado puede entorpecer la averiguación de la verdad: por ejemplo, no se ha encontrado el arma con la cual se presume mataron a una persona. Es posible detenerlo al imputado hasta tanto se halle el arma, con el único fin de que él no la arroje a algún lado donde no la van a poder recuperar nunca más, por ejemplo, al mar, al río. Claro es que, al tiempo, cuando se abandona la búsqueda racional, el encarcelamiento ya no se justifica.

El cumplimiento de este fin permite la realización de lo que, para nosotros, significa la palabra "justicia", la cual es, prácticamente, un sinónimo de verdad, "verdad correspondencia". Es decir, nosotros no ejercemos una justicia de "Cadí", en donde la justicia se dirime por lo más conveniente, del tipo de los círculos de tiza de Brecht [4]. Seguimos una idea de justicia que respetamos en tanto se dirija a averiguar qué es lo que ha sucedido en el pasado, por lo menos, respecto de los elementos que resultan importantes según la ley, aunque esa reproducción no sea siempre un fiel reflejo de la realidad, porque no interesa todo el contexto histórico en el que la acción o la omisión se lleva a cabo. Como en cualquier estudio histórico, hay que reducir, simplificar y limitar la averiguación de la verdad. De todos modos, la justicia se orienta a conocer qué hecho ha sucedido en el pasado para poderlo juzgar. Cuando el imputado atenta contra eso, no hay otra forma de hacer justicia que evitar esa situación y permitir que se lo inmovilice.

Existen otros criterios de proporcionalidad. Por último, la clave de todo son las disposiciones que contiene la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos —también la Europea— que todavía no han sido bien desarrolladas. Estos instrumentos internacionales establecen el derecho a un juicio rápido o el derecho a que se resuelva, como dice nuestra Corte (Suprema de Justicia de la Nación), de manera expedita y pronta la situación de una persona sometida a un procedimiento penal, que como decía Beling: "es un trozo de vida sin mucha algarabía y con muchos sinsabores". Hoy se habla de "pena de proceso" y por lo tanto estas convenciones han creado el derecho a ser juzgados rápidamente por tribunales imparciales —entre otras garantías— para quien está oficialmente imputado de haber cumplido con un comportamiento inadecuado según la ley penal, lo cual, probablemente, conduzca a esta persona a una condena y, consecuentemente, a la pena privativa de la libertad.

Yo creo que este principio todavía no ha sido bien estudiado por los juristas, por ninguno. Hoy la contribución de mi cátedra ha sido una tesis doctoral de Daniel Pastor que sé que ya ha sido aprobada y que, para dirimir ese título, falta únicamente su defensa. La tesis es sobre el derecho a un juicio rápido y qué significa esta expresión de los pactos internacionales sobre derechos humanos. Daniel Pastor tiene una tesis radical, ya que considera que, cuando el encarcelamiento preventivo supera un cierto límite de tiempo, es imposible seguir adelante con el procedimiento; debe sobreseerse, es decir, terminar con el análisis de si un comportamiento humano ha sido o no delictivo.

Pero el principio no ha sido del todo estudiado aún. Está comenzando a ser delimitado, no sólo por la jurisprudencia, sino también por la doctrina y por las

[4] Se refiere a la obra "El círculo de tiza caucasiano" o "de Ausburg" de Bertolt Brecht.

mismas leyes. Ésta es la idea de cómo el encarcelamiento preventivo puede compaginarse con el principio de inocencia.

LyE: ¿Estos presupuestos —el peligro de fuga y el entorpecimiento del proceso— pueden ser delimitados en forma objetiva?

Maier: Claro que se puede. Podemos discutir políticamente cuáles criterios son adecuados y cuáles no. Por ejemplo, se discute hoy más que nunca en nuestro país la situación de las personas que no tienen un domicilio fijo. Hoy en día, el problema de la desocupación y el hecho de que gran parte de la población viva en condiciones por debajo de los límites de pobreza, determina que una enorme cantidad de individuos no tenga un trabajo y un domicilio fijo para afirmar o para comprobar. Podemos discutir en cada lugar y en cada momento cuáles son estos criterios objetivos, pero existen. Es muy claro que existen: el otro día un señor banquero, imputado penalmente, estaba abordando un avión para irse al extranjero y se lo impidieron [5]. Este señor intentaba fugarse, y su hermano lo logró.

Quizá, en el futuro, se evite el encarcelamiento preventivo por la adopción voluntaria de brazaletes de seguridad que indiquen con un sistema electrónico dónde se encuentra una persona. Otra forma para evitar el encarcelamiento preventivo es la privación de la libertad en el domicilio.

Hay una serie de criterios que podemos discutir puntualmente, pero que hay criterios objetivos, los hay. Por ejemplo, estar en un avión a punto de salir del país es un criterio objetivo. Por lo tanto, se podría decir que si el individuo tiene un pasaje de avión y, al mismo tiempo, está por embarcarse, pues hay derecho a detenerlo para que no se vaya. Hay presupuestos que son muy discutibles y algunos de ellos de muy ardua instrumentalización o difíciles de llevar a cabo. Por ejemplo, en la privación de la libertad domiciliaria, es difícil instrumentar que el individuo no se fugue por la puerta de atrás. Hay que destacar algún custodio y esto es caro. Bueno, modernamente se ha dicho que estas pulseras pueden darnos la idea de cuándo él incumple, por ejemplo, para alguien que tenga asignado un cierto ámbito territorial.

El problema es que la privación de la libertad, antes de la condena, es un medio terrible, porque el individuo pierde su ocupación laboral y su ámbito de vida familiar, si los tiene. Nadie va a mantener en una ocupación a un individuo inexistente, ni siquiera la propia justicia. Los casos más claros que hubo acá ocurrieron durante el proceso militar [6], cuando los secretarios, y creo que defensores o fiscales fueron detenidos por el gobierno, y la Corte (Suprema de Justicia de la Nación) de aquel entonces dispuso su cesantía al no presentarse

[5] Se refiere a José Rhom, quien fue detenido antes de abordar un avión, en el marco de una investigación judicial por lavado de dinero, y otra por subversión económica y fuga de capitales.

[6] Se refiere al gobierno de facto de 1976 a 1983 autodenominado "Proceso de reorganización nacional".

a trabajar. Pero además de perder su trabajo, el individuo pierde también sus vínculos familiares, por lo difícil que resulta para los familiares seguir a una persona que está privada de su libertad. Si pasa más tiempo no sólo pierde sus vínculos, sino su ligazón sentimental con la familia, porque esta ligazón se conforma en la convivencia cotidiana.

Por eso mismo se ensayan alternativas al encarcelamiento preventivo con mínimas coacciones. Por ejemplo, aquel al que se lo custodia con elementos técnicos modernos.

Lo cierto es que los criterios objetivos existen. El hecho actual, que antes mencioné, me parece un criterio objetivo muy claro. El fulano estaba por tomar un avión hacia el extranjero y acá lo están juzgando, entonces le dijeron "No, señor. Usted no puede salir del país, porque lo están juzgando". Hoy se puede detectar esta grave sospecha de fuga. Siempre la técnica es tomada como una ayuda a la disminución de los derechos individuales. Sin embargo, nos puede ayudar a evitar el encarcelamiento preventivo o a disminuir sus efectos.

Costa Rica, que yo sepa, había logrado disminuir los encarcelamientos preventivos al diecisiete por ciento. Se utilizó la estadística más corriente —es posible que no sea correcta—, pero es la más común entre nosotros: medir en un día cuántos de los presos que hoy existen, por ejemplo, en la ciudad de Buenos Aires, son presos preventivos y cuántos son condenados. Entre nosotros la estadística arroja un mal resultado: sesenta o setenta por ciento de presos preventivos frente a un cuarenta o treinta por ciento de los condenados. En cambio, Costa Rica tenía el diecisiete por ciento de presos preventivos. Dicen que esa estadística no es correcta, porque hay muchos presos preventivos privados de libertad por escaso tiempo y que están incluidos en el único día que se toma la medición. El criterio, por supuesto, es discutible: todas las estadísticas parten de un punto de vista político. Se sabe que Costa Rica tiene menos presos preventivos que la Argentina, en gran medida, y eso significa que el principio de excepcionalidad del encarcelamiento preventivo y, con él, el principio de inocencia, funciona allí mejor que aquí.

LyE: ¿El concepto normativo de persona definido por el Código Civil puede ser aplicado respecto de las demás ramas del derecho?

Maier: Aclaremos, en principio, que yo no soy un experto en Derecho privado, ni en Derecho civil; por lo tanto, tampoco lo soy en la definición de lo que es persona. A mí me interesa sólo para saber a quién puedo aplicarle una pena y, según el sentido histórico que la palabra tiene, sólo puede aplicarse a las personas definidas como seres humanos. Cuando nosotros decimos que a las personas jurídicas se les puede aplicar pena, estamos extendiendo el concepto de pena más allá de su sentido histórico, ya que tradicionalmente no se les aplicaba y tampoco existieron desde siempre las personas jurídicas.

Hay que adaptar el concepto de sanción a las personas jurídicas. Por ejemplo, la pena de muerte de las personas físicas equivaldría a la pena de exclusión de la personalidad jurídica o terminación de la personalidad jurídica de las personas jurídicas. Todas las penas pecuniarias son posibles de aplicar. Se puede discutir si son realmente penas o sanciones, si el principio de culpabilidad interviene o no. Sobre esto hay muchos que han tomado parte en la disputa y algunos libros interesantes de autores argentinos.

Yo creo que el concepto de persona que ha elaborado el Código Civil es, en más o en menos, universal. Existen dos tipos de personas: las personas de existencia ideal, son aquellas personas colectivas o a veces no colectivas (la empresa individual), creadas por el orden jurídico, en el sentido de que no son visibles, que uno no las puede percibir por los sentidos, o sea, que son físicamente inexistentes. Por el otro lado tenemos a las otras personas de existencia visible o personas físicas, que son aquellas sobre las que recae la pregunta, así que dejemos la otra categoría afuera. Esta pregunta se vincula también con el fallo de anencefalia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [7]. En este caso, una mujer embarazada pedía la extracción de su propio fruto antes de tiempo, porque el feto era anencefálico según un dictamen médico. Ello quiere decir, en lenguaje vulgar, que, prácticamente, no tenía cabeza, le faltaban los dos hemisferios cerebrales, la calota craneana, y sólo se puede decir que tenía el tronco, que es básico para los actos reflejos. La medicina, hasta el día de hoy por lo menos, ha determinado, sobre la base de un gran número de casos, que estas personas no viven más que unas pocas horas fuera del seno materno.

Mi voto, posiblemente conocido por haber sido criticado por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, decía algo sobre el Código Civil. Para construir el voto, yo contaba con veinticuatro horas, no llegaron a ser cuarenta y ocho horas, según creo. Por eso recurrí a todo lo que tenía a mano y a lo que pude: inclusive solicitar a amigos y a gente que me dieran material para poder leer, porque para mí era un caso único. No tenía sentido extender el plazo para el fallo, porque se transformaba, prácticamente, en abstracto, como ha sucedido en otros casos, en el sentido de que el chico nace y se muere antes de que la justicia decida definitivamente el caso.

Hay que tener en cuenta que la Comisión de Bioética del Hospital de la Ciudad [8], donde se llevaba adelante el seguimiento de este embarazo, había aconsejado el parto prematuro, es decir, la interrupción del embarazo, lo cual tenía como finalidad hacer nacer antes al feto, no quitarle la vida. Ésta fue la principal cuestión que yo decidí en mi voto, aplicando el derecho penal, pese a

[7] Se refiere al fallo "T., S. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)", del 26 de diciembre de 2000.

[8] Se refiere al Hospital materno infantil "Ramón Sardá".

que no es justo que estas cuestiones comparezcan siempre frente al derecho penal. En realidad faltaba el dolo. El aborto es un delito doloso que consiste en la muerte del feto, ya sea por la expulsión del feto o en la matriz de la madre. También es aborto si agredo a la mujer hasta matar al feto. También es aborto, si yo le introduzco una aguja y mato al feto. Es decir, este dolo no existía, porque la muerte la sufría una persona que había vivido fuera del vientre materno y, además, sobrevenía por una causa que no se vinculaba con la acción que cumplían los médicos. Los médicos no iban a cumplir una función de destruir el feto, sino la de sacarlo con vida y él se iba a morir por una causa natural. No se agregaba ninguna causa: el feto moría por una mala conformación natural, directamente; estaba destinado a la muerte, al menos según los conocimientos científicos actuales. Así sucedió en el caso, por lo demás.

Respecto del concepto de persona, yo descubrí en la nota del art. 70 del CCiv. que Vélez Sársfield ya había dicho algo sobre esto. Parafraseando a Savigny, él había descubierto, a pesar de que la fórmula del Código Civil sigue al Derecho romano, se es persona desde el nacimiento, y los fetos tienen derechos sometidos a una condición, es decir, tienen derechos que preexisten al mismo nacimiento y que se consolidan si nace vivo. También había descubierto que los romanos conocían dos fetos anormales —los *monstrum* y los *prodigium*—, que no eran considerados con características humanas. Vélez Sársfield acota que es imposible saber cuáles eran los defectos de estos fetos por los cuales al nacer no los consideraban seres humanos, pero un ejemplo ha quedado claramente retratado: cuando nacían sin cabeza. Éste es precisamente el caso que hoy se conoce como anencefalia. Los romanos, por lo tanto, conocían ya fetos anencéfalos y no es asombroso, ya que no es un problema moderno, es una malformación en la matriz de la madre. Lo que yo quise exponer ahí (mal comprendido, a mi juicio, por el presidente de la Corte Suprema) es que los romanos conocían este fenómeno y le negaban el carácter humano a los fetos anencefálicos.

Encontré cierto paralelismo con un artículo de un alto representante de la Iglesia brasilera, sosteniendo que el de los anencefálicos era el único caso de aborto permitido, porque ellos se encontraban dentro de una especie de subhumanos. Además, en la Carta Encíclica *Evangelium Vitae* (Juan Pablo II) se plantea el problema de las personas que han perdido su cerebro tanto por la licuación de las células cerebrales, como por un accidente cerebral. Estos casos son relativamente similares al del anencéfalo y son tratados por la encíclica en forma similar: se trata del problema de la eutanasia. Yo lo sufrí en carne propia con un amigo, a quien tuvimos que recomendarle que llamara al Incucai [9], donara los órganos y, lamentablemente, que desconectara a su señora de los aparatos que prolongaban artificialmente su vida. Además, hay un caso que yo co-

[9] Se refiere al Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante.

nocí en San Isidro, donde la familia conservó por dos años a la mujer, manteniéndole la vida por medio de aparatos. Ella se había no sólo encogido, sino adoptado una posición fetal y hacía dos años que era prácticamente un vegetal y la familia solicitó judicialmente que le permitieran desconectar los aparatos, pero los médicos no querían hacerlo sin orden judicial. No sé como terminó el caso... Pero esto era aquello de lo que trataba esa encíclica. Hay algunos casos que no pueden ser calificados como eutanasia. Es decir, que el concepto de muerte hay que conformarlo. Antes era muy claro: la muerte era el paro cardíaco, o sea, cuando el corazón dejaba de enviar sangre al cerebro. Se sabía que en muy pocos minutos la falta de sangre en las células cerebrales terminaba con la vida, pero ahora no es tan sencillo el asunto. Yo fui operado del corazón y viví sin mi corazón por intermedio de una bomba y estoy acá todavía.

El resultado es que la propia ley de trasplantes de órganos [10] menciona un procedimiento complicado, por el cual, a pesar de que la persona físicamente parezca un ser vivo, se establece que ha perdido esa calidad y pueden desconectarse los aparatos y certificarse la muerte, inclusive por el Incucai.

A mí me pareció ver un paralelismo entre estos casos que no eran tratados en la encíclica como eutanasia, sino como evitación de mayores sufrimientos, y el de la anencefalia. Con lo cual se evita que sufran no sólo los que viven, sino sufrimientos del propio cuerpo, que ya no es una persona, en el sentido en que nosotros lo comprendemos.

Yo creo que esto es posible de construir fundado en la ley civil, ya que, en cierta manera, lo ha dicho. Como les digo, se tuvo que cambiar el concepto de muerte física, la ley de trasplante de órganos contiene una descripción muy clara de cómo se puede certificar la muerte, a pesar de que los órganos principales sigan funcionando (por ejemplo, el corazón o los pulmones) o se los pueda mantener en funcionamiento por medio de aparatos.

A mí me parece que se puede construir un concepto de persona que, en cierta manera, la ley civil argentina construye. Podemos discutir durante años de la mano de las palabras. En una respuesta anterior ya me había referido a una de las discusiones más interesantes que yo había conocido en Buenos Aires y que se había transformado para mí en libro de cabecera. Aquella discusión entre Soler y Genaro Carrió sobre las palabras de la ley. No hay duda de que el derecho es algo que se hace hoy —y antes también— con palabras y éstas no son exactas al transmitir ciertos conceptos. Todo concepto de alguna manera tiene muy claro el núcleo de cosas incluidas y el núcleo de objetos excluidos, pero hay una zona gris entre ambos, imposible de dirimir del todo y sólo susceptible de fundamento argumental razonable. Ésa es la contribución enorme de Genaro Carrió en esa polémica que nos enorgullece a los juristas argentinos, que es la

[10] Se refiere a la ley 24.193.

polémica Soler-Carrió. A mí me parece que vamos a discutir y vamos a seguir discutiendo, pero no obstante ello, se pueden describir criterios objetivos para decir cuáles "personas" son "personas" y cuáles "personas" ya han dejado de ser "personas" y en cierta manera la ley argentina lo hace.

En cambio, en el caso de las molas —que yo también nombré— todo el mundo estaría de acuerdo en que son un tumor y no personas humanas. Es decir, en la matriz de la madre puede surgir un tumor, que no tenga nada que ver con un embarazo, con un huevo fecundado. Pero un poco más difícil es esa zona gris, y se hace más gris y son más intensas las dudas cuanto más se acerca a lo que nosotros concebimos como una persona humana perfecta. En este caso, la anencefelia es eso. Es una persona que no tiene hemisferio cerebral, que está condenada a morir a las pocas horas de haber nacido. El anencéfalo no tiene forma de subsistencia autónoma alguna, ya que antes de su nacimiento vive, porque hay un aparato que lo mantiene: la propia madre. Tanto es así que en todos los demás casos, que no llegaron a ser fallados, murieron todos, y en este caso también murió escaso tiempo después del alumbramiento.

Para mí lo importante del caso y que no se dijo en los diarios de gran distribución fue la actuación judicial. Primero, la justicia actuó y con muy diferentes opiniones. La opinión del Juez de Primera Instancia (en lo Contencioso Administrativo y Tributario) era que no se podía interrumpir el embarazo. Se planteó el recurso de apelación y la Cámara por dos (votos) a uno confirmó la sentencia apelada con extensos fundamentos en largas sentencias. No era un caso sencillo desde el punto de vista político-jurídico, por cierto. No era fácil decidir. Luego, se planteó el recurso ante el Tribunal Superior de Justicia (de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), y hubo muchas discrepancias de opinión. El Asesor Tutelar pensaba que no debía autorizarse la interrupción del embarazo, y lo sostuvo hasta la Corte Suprema. En cambio, la persona que inició la acción de amparo, y el Ministerio Público, sostenían el derecho a interrumpir el embarazo. El Tribunal Superior de Justicia también discrepó —creo que el fallo tuvo cuatro votos aceptando la posición de la amparista y hubo un voto rechazando la acción—.

Además, no se olviden de que nosotros abreviamos el plazo legal del recurso extraordinario federal, lo cual, podría haber sido cuestionado desde el punto de vista de la legalidad. El recurso extraordinario no nos pertenece a nosotros sino a la Corte Suprema, pero nos metimos en la ley nacional [11] y le abreviamos el plazo. Es que si no lo abreviábamos a veinticuatro horas, de los diez días que se tiene para la interposición del recurso, no tenía ningún sentido lo que estaba pidiendo quien demandaba amparo. La Corte no dijo nada sobre esta abreviación del plazo y las partes también la aceptaron. El Asesor Tutelar re-

[11] Se refiere a la ley 48.

currió en el plazo de veinticuatro horas y los demás contestaron el traslado en esas veinticuatro horas. Creo que fue, en casi veinte años, el único caso de apertura de la feria judicial de la Corte Suprema. En este caso, se llamó a sus integrantes, de feria —sólo uno no vino—, y ocho votaron.

También en el sentido de que la Justicia puede responder aun ante urgencias, el caso merece ser estudiado. No tan sólo por la definición de lo que es persona o no es persona, sino por la posibilidad de que este caso se resolvió en días, cuando normalmente un recurso ante la Corte dura, aproximadamente, cuatro años.

Uno dice "el caso sirvió para algo". Es útil para demostrarnos a nosotros mismos que los procedimientos judiciales pueden ser efectivos. Se tiene la impresión de que, en los procedimientos judiciales, los jueces se lavan las manos, proceden como burócratas y profesionales que son. Tienden a hacer lo mismo que Pilatos y para lavarse las manos no hay nada mejor que el tiempo: uno deja pasar el tiempo y las cosas van pasando y ya no las recordamos. Hoy yo veo en los diarios algunos nombres y digo: "hace diez años no los tolerábamos y ahora son héroes". Esto ha sido lo que ha pasado en los demás casos; ninguno concluyó antes de finalizar el embarazo, a pesar de que la Corte Suprema igual decidió fallar. Lo hizo, sobre todo, como advertencia a los tribunales superiores de las provincias de que la mayoría de los miembros de la Corte aceptan la interrupción del embarazo en el caso de los anencéfalos. En este caso, los votos son muy interesantes y se decidió que, a pesar de que la cuestión podría ser abstracta, porque el niño ya había nacido y muerto, no obstante correspondía pronunciarse sobre el problema. Hay que tener en cuenta el efecto de docencia que tienen los fallos de la Corte sobre los demás tribunales del país. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires [12] desconoció que había un derecho de la madre a interrumpir su embarazo, fundado en la preservación de su salud u otras razones. Entonces la Corte (Suprema de Justicia de la Nación), aún en un caso en donde el niño ya había fallecido, dictó sentencia.

A mí me parece que, desde el punto de vista procesal, para llamarlo de alguna manera —no material sobre el fondo de la cuestión—, el caso es muy importante. Demuestra cómo se puede ser eficiente, y que la Justicia no tiene por qué ser ineficiente. Se me dirá "es un sólo caso", pero demuestra que se puede ser eficiente. No hay trabas contra la eficiencia; lo que hay que determinar es cómo conformar la organización judicial, pero la organización judicial puede responder con eficiencia.

LyE: Profesor Maier, muchas gracias.

[12] Se refiere al fallo "B. A. s/autorización judicial".

UNIVERSITARIAS

45 ANIVERSARIO DE LA REVISTA *LECCIONES Y ENSAYOS* (1956-2001)

El viernes 5 de abril del corriente año hubo un gran motivo de alborozo para todos los integrantes de nuestra revista. Todos aquellos miembros que desde el inicio de la edición, y a lo largo de los años, colaboraron en ella con su trabajo, vehemencia, y dedicación, se reunieron con los actuales miembros para conmemorar el 45 aniversario de *Lecciones y Ensayos*.

Se celebraron los 45 años de un proyecto, que se construyó sobre la base del esfuerzo y de la continuidad de una línea editorial, con la exclusiva finalidad de generar un espacio de expresión de ideas, en el marco de la enseñanza del Derecho.

Quienes escribimos en esta ocasión somos las noveles células de este organismo del cual hace poco tiempo somos parte, y lo hacemos con la intención de compartir con nuestros lectores la singular experiencia en la que hemos participado.

En este 45 aniversario encontramos reunidos en un mismo espacio físico, las infinitas, y a la vez, diversas experiencias que han sido el contenido histórico de esta publicación. Sería erróneo decir que sólo tuvo lugar aquel día el recuerdo de una trayectoria, porque si algo sirve de nexo común entre todos los que seremos o han sido parte de aquélla es, indudablemente, la apuesta al futuro que implica trabajar por y para la educación.

Y como recientes integrantes veíamos las esperadas ansias que tenían los impulsores de este evento. Pero fue ese 5 de abril, a las 19 horas, que las puertas del Aula Magna simbolizaron —para nosotros— la bienvenida a formar parte de esa historia. Para otros, los primigenios integrantes, y los que siguieron sus pasos, *Lecciones y Ensayos* les estaba abriendo las puertas para invitarlos a renovar ese espíritu con el cual fortalecieron los fundamentos de la idea creadora de Ignacio Winizky.

El aniversario contó con la disertación de la actual Directora de la Revista *Lecciones y Ensayos*, Victoria Martínez Aráoz, la Directora del Departamento de Publicaciones, Dra. Mary Beloff, uno de los ex directores de la revista, Rodrigo P. Freire Méndez, la participación especial del Dr. Tulio Ortiz, y la presencia del actual Subdirector Sergio Ariel Roselló y del Secretario de Redacción Diego Freedman. El panel encaró su discurso con diferentes posiciones

que demuestran el carácter pluralista que ha tenido la revista en sus diferentes etapas; ellos recordaron antiguas vivencias, anécdotas de trabajo, se delinearon los propósitos y objetivos futuros, y se resaltó la trascendencia de la participación femenina a lo largo de la historia de la revista.

El agasajo continuó en el *Foyer*, allí nos encontramos con una recapitulación de la historia de la revista, pudiendo acceder a los añejos libros de acta, colección completa de los números publicados. Se fijaron en las paredes, del mismo modo que alguna vez lucieron en las diversas carteleras de la facultad, aquellos afiches que anunciaban las diversas actividades promovidas por *Lecciones y Ensayos*, todo esto entre fotografías e innumerables objetos testigos del paso del tiempo.

El hecho de que hoy se haya podido celebrar el aniversario de la revista llama a la reflexión respecto del "porqué" y del "para qué" de la celebración. El "por qué" está íntimamente ligado al ahínco que tantas personas han puesto para que este proyecto continuara a través de los años, con el fin de mantener y profundizar —con el mismo espíritu de otrora— las líneas directrices de su fundador, en los objetivos propuestos. En tanto que el "para qué" lo determinan las metas futuras que aspiran fundamentalmente a contribuir a la persistencia y mejoramiento como espacio fundamental para todos aquellos que quieran expresar sus pensamientos, y de esta forma adelantar el nivel académico y la excelencia de nuestra facultad.

Lo vivido no deja otro mensaje que seguir hacia adelante, hacia un futuro promisorio, a pesar de las perspectivas actuales. Seguiremos, entonces, edificando el mañana de esta revista, porque el intelecto, la pluma, y la palabra fueron partícipes de la construcción de nuevas eras, edades, culturas y civilizaciones. ¡Adelante a pesar de todo! Por que estamos vivos, porque ese futuro... es nuestro.

PRIMER ENCUENTRO ENTRE PROFESORES Y ALUMNOS SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO [1]

CONCLUSIONES

El trabajo de la jornada se desarrolló en comisiones, cada una de las cuales desarrolló una temática establecida como guía para la discusión. Dentro de cada comisión se trataron así diversos temas, los cuales —luego de un ordenado y provechoso debate entre profesores y alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires— generaron fructíferas conclusiones.

En honor al trabajo y preferencias de cada comisión se transcribirán seguidamente las conclusiones en la forma y orden establecido por las mismas.

Comisión I: ¿Qué se enseña y qué profesional o graduado se forma?

Profesores invitados: Dra. Mary Beloff; Dra. Graciela Wust; Dra. María Elisa David; Dr. Felipe Fucito; Lic. Susana Olszak.

Temas: Perfil del graduado (actual vs. deseable); Conocimientos, habilidades y actitudes; La ética profesional; Qué derecho se enseña; El rol del profesor.

Conclusiones:

1. El perfil del graduado.

a) El perfil actual.

No existe actualmente un perfil explicitado.

Sí aparece un perfil implícito: pasividad y falta de compromiso.

Predominio del abogado litigante.

Actualmente el abogado posee un piso básico de conocimientos pero no del derecho sino de la ley y la doctrina.

Abogado generalista orientado al litigio.

b) El perfil deseable.

Adecuado a cada situación, con capacidad de orientación a las necesidades del caso que se le plantea y con herramientas para ello.

Capaz de adaptarse a estas diferentes situaciones más allá de su personalidad.

Perfil de abogado ético con énfasis en capacidades y con un piso de conocimiento de las instituciones jurídicas básicas del ordenamiento nacional.

[1] Miércoles 31/10/2001, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

2. Conocimientos, habilidades y actitudes.

Actualmente se establece un mayor énfasis en los conocimientos, y es necesario un mayor énfasis en las capacidades integradoras.

Se debe contar con herramientas para poder actuar y adaptarse.

3. La ética profesional.

Está definida por determinadas conductas que hay que respetar y por el cumplimiento de determinadas reglas dadas.

Abstenerse de determinadas conductas pautadas.

Es necesario poner mayor énfasis en la enseñanza de la ética como materia o en transmitir esos valores desde cada una de las materias.

Actualmente la enseñanza de la ética en forma atomizada en la Facultad está ausente y no se estudian las leyes éticas existentes.

4. Qué derecho se enseña.

Derecho centrado en la transmisión de la ley y la doctrina.

Generalista con acento en el litigio.

No se transmiten conocimientos necesarios para la comprensión del mundo.

No se tienen en cuenta otras ciencias como parte fundamental de la educación.

No se crea ni favorece un espíritu crítico.

Reduccionismo educativo a determinadas materias.

5. El rol del profesor (este tema es agregado por la comisión como punto de discusión).

Aparece la falta de método y estrategia propia.

Se transmite el conocimiento por el mismo método por el cual se aprendió —sin reunión de lo adquirido o aprendido—, o por un método reactivo u opuesto.

No se transmite la aplicación de la práctica adquirida.

Comisión II: Plan de estudios y CPO

Profesores invitados: Dr. Carlos Cruz; Dr. Tomás Hutchinson; Dr. Raúl Ferreyra.

Temas: Evaluación del Plan de Estudios y propuestas de reforma; Diseño del CPO; Las orientaciones; Problemas de las materias optativas; Criterios de selección por los profesores y estudiantes; Carga horaria nominal y efectiva de las materias; Comparación con otras Facultades de Derecho y con otras carreras de la UBA.

Aclaración: La comisión trató diversos temas y no se ciñó únicamente al programa que se encontraba estipulado. Así, se fueron planteando inquietudes y conflictos nuevos durante el transcurso de la jornada, que se trataron con el mismo compromiso que los temas planteados inicialmente.

Asimismo, si bien el programa hacía hincapié en el debate sobre el CPO (Ciclo Profesional Orientado), su utilidad, defectos y virtudes, incluyó poco a poco el análisis del CPC (Ciclo Profesional Común).

Conclusiones:

1. No es posible pensar en un CPO destinado a cumplir la función de especializar a un alumno en una determinada rama del derecho, si con anterioridad no se cuenta con un ciclo general que aporte al estudiante la base suficiente como para emprender tal ciclo de especialización.

2. Es notorio que no todos los alumnos llegan con la misma formación al CPO y que esta circunstancia es tanto responsabilidad del alumno como del profesor.

3. El profesor detenta el compromiso de dedicación hacia el curso, preparación de clases y de que el método utilizado sea acorde a la época actual, motivando adecuadamente a los alumnos; a su vez el alumno tiene que asumir el compromiso de dedicarse al curso brindado y contribuir con su estudio a que también el profesor pueda recibir estímulos en su tarea.

4. Esto crea un círculo virtuoso: el profesor incentiva a los alumnos y los alumnos incentivan a los profesores.

Si este círculo se rompe y los profesores no logran incentivar a los alumnos durante el aprendizaje o los alumnos no logran incentivar a los profesores en la enseñanza, se crea un círculo vicioso que genera el deterioro de la calidad de enseñanza-aprendizaje.

Este deterioro perjudica a todos, no sólo a los estudiantes y profesores, sino también a la sociedad en su conjunto debido a que el profesional que se está formando obtendrá un título habilitante para ejercer la profesión, en estas circunstancias.

5. El "tiempo" es factor determinante; tanto desde el punto de vista del tiempo necesario para el desarrollo de los cursos como del tiempo requerido a los profesores para la actualización y preparación de los mismos.

6. Otro factor importante es la falta de pensamiento crítico por parte de los alumnos. La necesidad de incentivar en el alumno este tipo de pensamiento es considerada de una importancia vital tanto durante la primera etapa del aprendizaje, como a lo largo de todo el desarrollo de la carrera. Es necesario que este tipo de pensamiento no sea perdido por el alumno.

7. Actualmente es evidente la carencia de pensamiento crítico en algunos alumnos por lo que se considera de vital importancia la pronta solución de este problema.

Comisión III: Las clases.

Profesores invitados: Dra. M. Blanca Galimberti; Dra. Gabriela Borrás; Dr. Fernando Arnedo.

Temas: Magistrales o participativas. Teóricas o prácticas. Bibliografía única obligatoria; "Opinión de la cátedra". Fuentes no tradicionales: videos, prensa; Tecnologías informáticas (disponibles y empleadas); Presencia del

profesor a cargo del curso. Duración efectiva de las clases; Ayudantes alumnos: rol y utilidad para el ayudante y para los alumnos del curso.

Conclusiones:

1. El tópico "clases magistrales o participativas, teóricas o prácticas" plantea un antagonismo que no es o no debería ser tal.

2. Ambos métodos necesariamente se complementan.

3. El problema aparece cuando alguno de ellos, en general la práctica y la participación, no se implementan o no se alientan.

4. La calidad y el método de las clases dependerán en principio, de diferentes factores: Institucional: proporcionada distribución de alumnos según el espacio físico y según la franja horaria, disposición del mobiliario dentro del aula y condiciones de higiene de las mismas; Plan de estudios que organice la carga horaria de clases, teniendo en cuenta la cantidad y complejidad de contenidos de las diferentes materias; Relación docente-alumno.

5. Los docentes deben "formar", además de "informar"; deben valorar el "razonar", además del "memorizar". Se debe diferenciar "mal" de "equivocado".

6. Es necesario que los docentes transmitan una formación integral: teórica y práctica, que realmente prepare al alumno para el oficio del abogado.

7. Es necesario que se cumpla con un programa de enseñanza que permita al alumno leer el tema antes de asistir a clases, y que, a su vez, el alumno tome una posición activa frente a la educación.

8. La Facultad no debe ser un lugar de paso, un "medio", sino un "fin en sí mismo".

9. Deben mutuamente respetarse diferentes cuestiones: desde lo más formal e imprescindible, la puntualidad o el no fumar en el aula; hasta lo sustancial: el respeto como contrapartida de la libertad, la tolerancia como contrapartida de la participación.

10. La bibliografía única o la bibliografía adecuada a la opinión de la cátedra, concede al alumno una certidumbre que le genera la seguridad de que será aprobado. Pero esa seguridad limita el proceso de aprendizaje, el espíritu crítico y la posibilidad de formar una opinión propia.

11. La bibliografía debería generar dudas que inspiren a investigar, a participar en clases y a formar opiniones incluso contrarias a la de la cátedra, lo que a su vez debería ser respetado a la hora de examinar al alumno, siempre y cuando se trate de un tema "opinable" y esté razonable y suficientemente fundado.

12. La implementación de fuentes no tradicionales a la enseñanza: videos, prensa, tecnologías informáticas, dependerán de los mismos factores que inciden, limitando o favoreciendo, el método de clases magistrales y/o participativas.

Las pocas experiencias que se han tenido al respecto han resultado satisfactorias.

13. La presencia del profesor a cargo del curso es muy enriquecedora para el alumno, lo que a su vez es poco frecuente, y menos aún respecto de los titulares. No obstante, debería organizarse obligatoriamente, por lo menos una clase (por ejemplo, la primera o la última) con el titular de cátedra.

14. La duración efectiva de las clases debería variar de acuerdo con los contenidos de las diferentes materias, siendo la actual —en algunos casos— suficiente y en otros poco más que escasa.

15. Los ayudantes alumnos se benefician, a través de estas prácticas, comenzando a transitar en su carrera docente. Lo que debe priorizarse es que se trate de una ayudantía activa: investigando, haciendo los mismos trabajos que los alumnos pero con más profundidad, participando con nuevas dudas, y desde ya, preparando alguna clase o tema específico designado por el docente a cargo del curso.

Asimismo, podrían encargarse de las tareas formales u organizativas y transmitir a los alumnos su experiencia en la materia, pero de ninguna manera corregir parciales, o tomar a su cargo el dictado de las clases.

Los ayudantes alumnos no son docentes, sino un "nexo" entre los alumnos y el profesor, y entre ellos mismos y la docencia.

Comisión IV: Las evaluaciones.

Profesores invitados: Dra. Susana Cures; Dr. Mario Yordan; Dr. Javier Buján.

Temas: Concordancia o discordancia con el desarrollo del curso. Exámenes teóricos o prácticos. Quién evalúa efectivamente. Existencia de criterios de evaluación determinados de antemano y conocidos por los alumnos. Aceptación por los profesores de opiniones diferentes.

1. El *multiple choice* —como método de educación— no resulta ser el más adecuado o eficaz para la evaluación de la correcta aprehensión por parte de los alumnos del objeto de estudio de las ciencias sociales, y precisamente de los diversos contenidos de la currícula.

2. Auspiciamos como metodología más conveniente que el plan de estudios pondere no sólo el *qué* del derecho, sino también el *cómo* acceder a él.

3. La transmisión del conocimiento debe complementarse con el desarrollo de: aptitudes, técnicas y habilidades. Para ello, propiciamos la evaluación "formativa" y no "final", entendiendo esta primer metodología como una formación constante e interdisciplinaria del alumno, que procure conglobar los conocimientos y romper así con el aprendizaje de compartimentos estancos autónomos y desincronizados.

4. Proponemos una planificación de la materia que no deje de lado los métodos evaluativos ni las expectativas de logro, dejando participar de manera efectiva a los alumnos.

5. Planteamos la necesidad de contemplar en la evaluación los parámetros del discurso oral y del discurso escrito, sin que esto implique que su consideración sea exclusivamente en los parciales orales o escritos.

6. Los alumnos coincidimos en que existen métodos informales acerca de la evaluación que nosotros realizamos de los docentes, y, a través de ellos, existe unanimidad en señalar que hacen disvaliosa la calidad de la enseñanza:

a. la falta de cumplimiento del horario de inicio y finalización de la clase;

b. la delegación casi total del dictado de las clases —que posteriormente serán evaluadas— en ayudantes sin la necesaria supervisión y acabada formación por los responsables de la comisión;

c. la repetición mecánica de los contenidos de un texto, la enumeración vacía de caracteres, elementos, requisitos, clasificaciones, como exclusivo o preponderante criterio de evaluación;

d. la superficialidad de las exposiciones, que terminan por ser someros resúmenes de los que ilustran los textos de estudio, menospreciando la función docente;

e. por último, y con mayor énfasis, encontramos una peligrosa incoherencia entre lo que se transmite y lo que posteriormente se evalúa.

7. Relacionado con lo antedicho, se señaló como un método de evaluación muy provechoso la utilización de casos prácticos para internalizar al final de la clase los contenidos teóricos aprendidos. Éstos no deberían ser sorpresivos, sino la resultante de una tarea previa de entrenamiento, controlada eficazmente por el docente.

De utilizarse el método de casos, debería ser muy cuidadosa su aplicación y no por ello, el criterio exclusivo de evaluación.

Comisión V: Ingreso y Egreso.

Profesores invitados: Dr. Mario Rojas; Dr. Martín Böhmer; Dr. Tulio Ortiz.

Temas: Nivel de conocimientos previos de los estudiantes; Práctico de Tribunales: evaluación de sus resultados. Alternativas; Pasantías; Habilitación profesional.

Conclusiones:

1. La deficiencia estructural que sufre el sistema educativo argentino se ve ampliamente reflejada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Tal apreciación pudo ser corroborada por los relatos de los profesores intervinientes que narraron sus experiencias al frente de la clase, como asimismo por los estudiantes que participaron, relatando éstos sus propias dificultades a la hora de interiorizarse en los temas de las materias.

2. Se generó consenso en torno a la imperiosidad de elevar el nivel de la formación en general, pero centrándose cada uno en su ámbito de acción.

3. Se observó que las carencias formativas implicaban un importante peligro para el funcionamiento de la sociedad en general, ya que los abogados tie-

ne en definitiva el monopolio del acceso a la justicia, confiriéndoles a éstos un gran poder así como una gran responsabilidad.

4. Es cuestionable la modalidad en la cual los cursos se dictan, proponiéndose como una de las alternativas posibles la división de los cursos en clases teóricas y prácticas.

5. La planta docente debería integrarse con profesores de dedicación exclusiva, pero al mismo tiempo es importante que el docente pueda transmitirles a los alumnos cierta experiencia práctica, obtenida ésta, inevitablemente, del ejercicio efectivo de la abogacía.

6. Respecto del Práctico de Tribunales se subrayó su poca capacidad operativa y formativa.

7. Es necesario desarrollar alternativas al mencionado mecanismo, en orden a lograr una mayor comprensión del alumno acerca del desempeño profesional.

8. Se destacan las dificultades que los egresados encuentran a la hora de la inserción profesional.

9. Es importante la obtención de títulos intermedios de la carrera, como ser el de Procurador.

10. Si deseamos gozar de un sistema democrático y republicano que realmente funcione, es *imperioso* mejorar la enseñanza del Derecho.

V CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO CIVIL, SALTO, URUGUAY

Los días 8, 9 y 10 de noviembre de 2001, *Lecciones y Ensayos* asistió al V Congreso Internacional de Derecho Civil, en la República Oriental del Uruguay, representada por cinco de sus miembros. El marco que enriquece esta particular experiencia de la revista se luce en las profundas implicancias que tiene cualquier actividad que fomente el diálogo con nuestra patria hermana.

Resulta necesario destacar que este tipo de acontecimientos, aunque esporádicos por razones económicas, responde a un estratégico programa de acción que tiene por fin conquistar, desde las relaciones universitarias y académicas, el verdadero sentido de región, en el que el mundo entero parece reorganizarse. En este contexto nuestra ciencia cobra una importancia trascendental, desde el momento que entendemos al Derecho como una herramienta de la que se valen los pueblos para vivir en armonía. Sin embargo, en este caso el Derecho no ha sido medio, sino fin, siendo el aniversario de la sanción de la ley de defensa del consumidor y el derecho informático la razón por la que la comunidad jurídica internacional se congregó en la pintoresca ciudad de Salto.

Desconsiderado sería no mencionar el esfuerzo realizado tanto por nuestras autoridades como por los colaboradores de la revista para que este encuentro internacional sea un objetivo cumplido. Y sin lugar a dudas, debemos agradecer desde estas palabras a todos los organizadores del evento, personalizado en el Dr. Arturo Caumont, la amable invitación y la calurosa bienvenida recibida.

Resulta indudable el gran provecho logrado para el crecimiento y desarrollo de la revista en este tipo de actividades. La asistencia de *LyE* ha sido ventajosa desde los dos aspectos sobre los que se inscribe el antes mencionado programa de acción. A uno de ellos hemos decidido denominarlo "participación académica", la cual se cristalizó en la presentación de una ponencia, y en la invaluable experiencia de conocer y disertar sobre derecho comparado con las diversas nacionalidades que matizaron el foro. Con el mismo ímpetu procuramos la "participación promotora" en todo cuanto respecta a nuestra labor y los fines de nuestra empresa, que no es otro que el fomento de las relaciones estrictamente académicas, en un marco de diálogo entre docentes y alumnos. En este último sentido logramos entablar un productivo diálogo con alumnos del Centro de Estudiantes de la Regional Norte y miembros de la Revista Jurídica Estu-

diantil, sin olvidar a los innumerables docentes que dieron gesto de apoyo a nuestra tarea.

Este primer acercamiento, después de mucho tiempo, sirvió para un conocimiento mutuo. El intercambio de ideas y experiencias que hacen a la problemática común de las revistas jurídicas dirigidas por estudiantes nos obliga a continuar interactuando con nuestros colegas uruguayos hacia la concreción definitiva de una comunicación fluida y constante.

LA REDACCIÓN

ECOMDER. PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL POR INTERNET SOBRE ASPECTOS JURÍDICOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

PEDRO LESS *

En diciembre del año 1999 a raíz de una conversación entablada entre los Doctores Daniel Ricardo Altmark y Ramón Gerónimo Brenna, expertos en Derecho Informático, de lleno involucrados en el impacto de la informática y las nuevas tecnologías en el Derecho, nació la idea de generar un ámbito académico y dinámico, cuyo espacio no físico resida en "La Red de Redes" conocida como Internet, donde se posibilitara tanto el intercambio de ponencias y trabajos relacionados con la problemática del comercio electrónico y el Derecho como su discusión mediante la utilización del nuevo herramental tecnológico que ofrecía Internet, tal como el *chat* y los foros de *e-mail*. De esta manera se bosquejaban los primeros bocetos de lo que sería el Primer Congreso Internacional por Internet sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico. A esta idea original fue incorporada la realización de video-conferencias *on-line*, que brindaría a los alumnos la posibilidad de observar y escuchar disertaciones de expertos de diferentes partes del mundo, generando un ámbito ameno que pudiera reproducir el ambiente de los eventos académicos tradicionales pero rompiendo con las barreras de tiempo y distancia.

El Dr. Daniel Ricardo Altmark fue nombrado Presidente del Congreso y junto al Dr. Ramón Gerónimo Brenna, como Presidente del Comité Científico, delimitaron las áreas temáticas:

— *Business to Business*
— *Business to Consumer*
— *Business to Government*
— *Government to Citizen*

A su vez, los temas específicos de cada una de éstas fueron definidos como sigue:

— Nombres de Dominio
— Propiedad Intelectual

* Secretario General Ecomder.

— Firma Digital y Certificado Digital
— Contratos Electrónicos y Telemáticos
— Contratos Electrónicos y Telemáticos en la órbita del Sector Público
— Aduanas
— Tributación y Facturación
— Protección del Consumidor y Publicidad
— Privacidad
— Resolución de Conflictos
— Medios de Pago
— Delitos Informáticos
— Prácticas Restrictivas de la Competencia
— Seguridad Tecnológica y Seguridad Legal
— *Cyber-banking*
— Telecomunicaciones
— Teletrabajo y Comercio Electrónico

Asimismo fue formado el Comité Científico presidido por el Dr. Brenna y que cuenta con la participación de destacadas personalidades del Derecho nacional y extranjero:

— Dr. Alain Bensoussan (Francia)
— Dr. Atilio Aníbal Alterini (Argentina)
— Dr. Antonio Mille (Argentina)
— Dr. Audilio Gonzales Aguilar (Francia)
— Dr. Carlos Cruz (Argentina)
— Dr. Diego Suárez Martínez (Argentina)
— Dr. Eduardo R. Conesa (Argentina)
— Dr. Emilio Suñé Linas (España)
— Dr. Ettore Giannantonio (Italia)
— Dr. Gustavo Ferrari (Argentina)
— Dr. Héctor Alegria (Argentina)
— Dr. Horacio Granero (Argentina)
— Dr. Horacio M. Lynch (Argentina)
— Dr. Josué Fernández Escudero (Argentina)
— Dr. Julio Núñez Ponce (Perú)
— Dr. Luis Olavo Baptista (Brasil)
— Dr. Marcelo Bauza Reilly (Uruguay)
— Dr. Marcelo E. Huerta Miranda (Chile)
— Dr. Marcos Da Costa (Brasil)
— Dr. Mario Losano (Italia)
— Dr. Michael Bibent (Francia)
— Dr. Michael Vivant (Francia)
— Dr. Miguel Davara Rodríguez (España)
— Dr. Ricardo Guibourg (Argentina)
— Dr. Roberto Vernengo (Argentina)
— Dr. Rodolfo Herrera Bravo (Chile)
— Dr. Salvador María Bergel (Argentina)
— Dr. Valentín Carrascosa López (España)
— Dr. Vittorio Novelli (Italia)

— Dr. Xavier Rivas (España)
— Dr. Raúl Aníbal Etcheverry (Argentina)
— Dra. Ana Isabel Piaggi (Argentina)
— Dra. Teresa Vargas Osorno (Colombia)

La coordinación de actividades y la materialización de todas las ideas presentadas constituye la misión del Comité Organizador, el que se encuentra integrado de la siguiente manera:

Coordinadores Generales:
— Dra. Nora Chaponick (Argentina)
— Dr. Carlos Alejandro Acquistapace (Argentina)
— Sr. Erick Iriarte Ahon (Perú)
— Dr. Juan Pablo Mas Vélez (Argentina)
Secretario General:
— Dr. Pedro Less Andrade (Argentina)
Webmaster:
— Sr. Jorge Simón Tagtachian (Argentina)
Colaboradores:
— Dra. Paula Rómulo (Argentina)
— Dra. Mariana Brenna (Argentina)

A su vez, respecto de cada uno de los temas específicos precedentemente mencionados, han sido designados los siguientes responsables para la recepción, análisis y discusión de las ponencias enviadas y para la generación de actividades relacionadas con los mismos.

Nombres de Dominio:
—Dr. Javier Maestre (España)
—Erick Iriarte Ahon (Perú)
—Li Dong-Tao (China)
Firma Digital:
—Dr. Fernando Ramos (España)
—Dr. Ignacio Alamillo (España)
—Dr. Manlio Camaratta (Italia)
—Dr. Mauricio Devoto (Argentina)
—Lic. Andrés Hall (Argentina)
Contratos Electrónicos:
—Dr. Leopoldo Brandt Graterol (Venezuela)
—Dr. Sergio Maldonado Elvira (Bélgica)
—Dr. Jorge Pokrzywnicki (Argentina)
—Dr. Santiago Adolfo Bignone (Argentina)
—Dr. Raúl González Yustas (Argentina)
—Dra. Josefina Orzabal (Argentina)
Aspectos Tributarios:
—Dr. Ítalo Fernández Origgi (Perú)
—Isabel Gómez Calleja (España)
—Alfredo Javier Parrondo (Argentina)
—Carlos Mosquera (Argentina)
—Mónica Fontanella (Argentina)
—Norberto Pablo Campagnale (Argentina)
—Rita Blanco (Argentina)
—Silvia Guadalupe Catinot (Argentina)

—Roberto Sixto Fernández (Argentina)
—Ítalo Fernández (Argentina)
Protección al Consumidor:
—Dra. Carmen Velarde Koechlin (Perú)
—Dr. Fernando Ruiz (Chile)
—Dr. Rodolfo Herrera (Chile)
E-government-*Contratos Electrónicos y Telemáticos en la órbita del Sector Público:*
—Carmen de Carvalho e Souza (Brasil)
—Ricardo Cantu (México)
—Dr. Jorge Repetto Aguirre (Argentina)
—Dr. Raúl Álvarez (Argentina)
—Dr. Horacio Martínez Ledesma (Argentina)
Privacidad:
—Dr. Pablo Palazzi (Argentina)
—Leif Gamertsfelder (Australia)
—Dr. Alejandro Pérez (Argentina)
—Dr. Eduardo Molina Quiroga (Argentina)
—Dr. Claudio Magliona (Chile)
Resolución de Conflictos:
—Dr. Alfonso Álvarez Calderón (Perú)
Medios de Pago:
—Dr. Carlos de Paladella Salord (España)
Delitos Informáticos:
—Dra. María José Viega Rodríguez (Uruguay)
—Dr. Marcelo Huerta (Chile)
—Dr. Claudio Líbano (Chile)
—Dra. Macarena López Medel (Chile)
Propiedad Intelectual:
—Elda Mónica Guerrero (México)
—Dr. Horacio Lluna (Argentina)
—Dra. Delia Lipszyc (Argentina)
—Dr. Humberto Carrasco Blanc (Chile)
—Dr. Claudio Ossa (Chile)
—Dr. Fernando Maresca (Argentina)
Aduanas:
—Cristian Calderón (Perú)
Cyber-banking:
—Dr. James Graham (Luxemburgo)
Telecomunicaciones:
—Dr. Raúl Martínez Fassalari (Argentina)
—Dr. Pablo Fudim (Argentina)
Teletrabajo y Comercio Electrónico:
—Dr. Juan José Cigarran Magan (España)

De este modo se asentaron las bases en pos de la realización del Primer Congreso Internacional por Internet sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico, al que se lo identificó con el nombre de Ecomder 2000 *(e-commerce* + Derecho) y de esta manera comenzó la construcción de su sitio *web* www.ecomder.com.

En mayo del año 2000 fue abierta la inscripción libre y gratuita, comenzando así las primeras actividades preparatorias de Ecomder 2000. En su pri-

mer mes de vida se recibieron cerca de 1000 inscripciones que fueron incrementándose día a día, llegando actualmente a sobrepasar las 5000 provenientes de 35 países diferentes.

En su primera edición fueron recibidas 120 ponencias y se dictaron 6 video-conferencias preparatorias en el período julio-agosto, el 1° de septiembre de 2000 se dictó la video-conferencia inaugural de Ecomder 2000 seguida de 16 video-conferencias que a continuación se detallan y constituyeron objeto de debate entre expositores y participantes por medio sesiones de *chat*:

Conferencias preparatorias:

1. Profesor Antonio Anselmo Martino (Italia)
Tema: *E-commerce* y Derecho hoy. La experiencia de la Comunidad Europea
2. Dr. Daniel Ricardo Altmark (Argentina)
Tema: El desarrollo del comercio Electrónico y los nuevos tipos contractuales
3. Dr. Carlos de Paladella Salord (España)
Tema: Medio de pago en el comercio electrónico
4. Erick Iriarte Ahon (Perú)
Tema: El Sistema de Nombres de Dominios
5. Dr. Horacio Lynch (Argentina)
Tema: La incierta naturaleza de Internet
6. Dr. Ramón Gerónimo Brenna (Argentina)
Tema: Internet: Espacio virtual sin ubicación ni ley

Conferencias del Ciclo 2000:

1. Dr. Carlos Delpiazzo (Uruguay)
Tema: Adecuación del Derecho a las necesidades de la firma electrónica
2. Dr. Luiz Fernando Martins Castro (Brasil)
Tema: El comercio electrónico y la protección del consumidor en el derecho brasileño en el Mercosur
3. Prof. Cesco Della Zorza (Italia)
Tema: Internet y los límites territoriales del Derecho
4. Dr. Julio Tellez Valdez (México)
Tema: El comercio electrónico en México
5. Dr. Jean Laurent Santoni (Francia)
Tema: Problemáticas técnicas, jurídicas y de seguros en la net-economía
6. Dra. Yarina Amoroso (Cuba)
Tema: Marco regulatorio para el comercio electrónico en Cuba
7. Dr. Humberto Carrasco Blanc (Chile)
Tema: Algunos aspectos de la responsabilidad de los proveedores de servicios y contenidos en Internet
8. Dr. Marcelo Bauzá Reilly (Uruguay)
Tema: Propiedad intelectual, Internet y comercio electrónico
9. Prof. Derek Leebaert
Tema: El rol del gobierno en el comercio electrónico
10. Dr. Eduardo Molina Quiroga (Argentina)
Tema: El uso arbitrario de la información personal
11. Dr. Waldo Augusto Roberto Sobrino (Argentina)
Tema: Nuevas responsabilidades legales derivadas de Internet
12. Dra. Ivonne Muñoz Torres (México)
Tema: La evolución del Sistema Registral en México ante el comercio electrónico

13. Dr. Víctor Zamenfeld (Argentina)
Tema: Reuniones societarias a distancia
14. Prof. Audilio Gonzales Aguilar (Francia)
Tema: Minimización del riesgo legal y auditoría legal de *web sites*
15. Dra. Matilde Camelli (Argentina)
Tema: La digitalización del archivo general de la Administración Pública, su valor jurídico y probatorio.
16. Prof. Atilio Aníbal Alterini (Argentina)
Tema: La profesión de abogado ante el impacto de Internet en la sociedad

Mediante un boletín informativo semanal que fue incorporado, conteniendo las novedades y actividades nacionales e internacionales del mundo del comercio electrónico, se entabló un fluido contacto vía *e-mail* con todos los participantes, donde se los informó de las diferentes actividades realizadas en este ámbito.

Asimismo tuvimos el honor de recibir proyectos legislativos tanto nacionales como extranjeros a fin de ser incorporados al debate de nuestro ámbito. Paso a paso Ecomder fue convirtiéndose en un referente internacional en los aspectos jurídicos del comercio electrónico.

La expansión internacional de nuestras actividades y la iniciativa de nuestros colegas generó el planteo, dentro del congreso, de la creación de capítulos regionales, que fuesen capaces de abarcar exhaustivamente las cuestiones locales relacionadas con el objeto de estudio de nuestra actividad con el fin de compartir con todos los participantes las experiencias realizadas en cada uno de ellos. Fueron conformados nueve capítulos regionales. Presididos por prestigiosos especialistas que, junto a sus colaboradores, fomentan el desarrollo de actividades y comparten con todos los participantes de Ecomder el resultado de las mismas. Nuestro objetivo es incorporar, día a día, nuevos capítulos regionales para así tratar de un modo profundo las realidades existentes en cada uno de ellos.

— *Capítulo Europeo*
Presidente: Prof. Antonio A. Martino
— *Capítulo Brasileño*
Presidente: Dr. Luis Fernando Martins Castro
— *Capítulo Peruano*
Presidente: Dr. Pedro Patrón Bedoya
— *Capítulo Cubano*
Presidente: Dra. Yarina Amoroso
— *Capítulo Puerto Rico*
Presidente: Dr. Luis Muñiz Arguelles
— *Capítulo México*
Presidente: Dr. Julio Téllez Valdez
— *Capítulo Costa Rica*
Presidente: Dr. Juan Diego Castro Fernández
— *Capítulo Ecuador*
Presidente: Dr. Juan José Páez Rivadeneira
— *Capítulo Uruguay*
Presidente: Dr. Carlos Delpiazzo

Así llegamos al cierre de las actividades de nuestro primer ciclo, cumpliendo nuestro primer año de vida. En función de ello fueron realizadas, en el Salón Auditórium de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 16 y 17 de mayo de 2001, las Primeras Jornadas Internacionales sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico.

Durante dos días Ecomder dejó su espacio virtual y nos permitió conocer las caras de nuestros participantes que dejaron de ser un nombre delante de una "@". Contamos con la participación de más de 600 asistentes. En este evento se realizaron conferencias y paneles con profesionales nacionales y extranjeros, se realizaron las relatorías de todas las ponencias enviadas y se dictaron en directo, aprovechando el moderno equipamiento incorporado por nuestra facultad, cinco video-conferencias con los más prestigiosos centros de estudio en esta materia, entre los que se encontraban: el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Pisa (Italia), la Facultad de Derecho de la Universidad de Montpellier (Francia), la Universidad Nacional de Educación a Distancia de la Universidad de Mérida —UNED— (España), el National Law Center de Washington DC (EE.UU.) y la Orden de Abogados de São Paulo (Brasil).

Al finalizar las Jornadas se entregaron los premios a las mejores ponencias presentadas, momento en el cual esta revista entregó el premio "Lecciones y Ensayos" a la mejor ponencia presentada por un estudiante universitario, el galardonado fue el Señor Sebastián Alanis, estudiante de la carrera de Abogacía de esta Facultad, su ponencia titulada "Responsabilidad de las Empresas de Análisis Crediticio" puede ser consultada en este número. Asimismo se entregó el premio "El Derecho" a la mejor ponencia presentada por un graduado concedido a la Dra. Isabel Gómez Calleja de España por su trabajo titulado "La influencia del comercio electrónico sobre la fiscalidad del siglo XXI".

De esta manera se cerraron las actividades del 2000 y se anunció el comienzo de las actividades del 2001 para el mes de agosto. Sin embargo, Ecomder no dejó de realizar tareas, continuó con sus boletines informativos, con sus foros de discusión y con sus conferencias.

En el ciclo 2001 se incorporaron tres centros de investigación, los cuales, durante todo el desarrollo del evento investigaron los siguientes temas:

— Nuevos problemas para la protección de los derechos intelectuales en Internet.

— Hacia la estructuración de un régimen internacional de inscripción y titularidad de dominios.

— Contratos en Internet: lugar y momento de perfeccionamiento, ley aplicable y juez competente.

— *E-government:* el gobierno electrónico en la sociedad de la información

Dichas investigaciones consistieron en el acopio de material doctrinario, legislativo y jurisprudencial sobre el tema en análisis, se habilitó un ámbito es-

pecífico en la *web* para la incorporación de dicha documentación a la que tendrán acceso exclusivo los integrantes de cada equipo de investigación.

Se acordó en cada equipo y para cada tema un cronograma de debates a través del *chat*, para delinear el análisis de los documentos y las conclusiones del grupo de investigación.

El objetivo final es la publicación de un libro en la colección bibliográfica *Informática y Derecho, Aportes de Doctrina Internacional*, Depalma, Buenos Aires, de autoría de los participantes de cada equipo de investigación.

La coordinación del funcionamiento de los equipos de investigación está a cargo de la Coordinadora General de Ecomder, Dra. Nora Chaponick, ejerciendo la dirección de las investigaciones el Dr. Daniel Ricardo Altmark, Presidente de Ecomder.

La creación de Ecomlex, base de datos cuyo objetivo es concentrar el mayor volumen de información normativa vinculada a la regulación de Internet y el comercio electrónico, ha sido otra de las novedades introducidas en el ciclo 2001.

Durante el año 2001 se dictaron las siguientes 19 video conferencias, cuyo ciclo fue presentado por el ex Decano Prof. Dr. Andrés J. D'Alessio, inaugurando este ciclo, con el dictado de la primera conferencia, el actual Decano Prof. Atilio Aníbal Alterini.

1. Prof. Atilio Aníbal Alterini (Argentina)
Tema: Irrupción de las tecnologías de la información y nuevo marco legal
2. Prof. Julian B. McDonnell (EE.UU.)
Tema: *E commerce Under the Uniform Comercial Code*. El comercio electrónico en el Código de Comercio Uniforme de los EE.UU.
3. Lic. Edmundo Valenti (Argentina)
Tema: Análisis de las políticas actuales en la regulación de los nombres de dominio
4. Prof. Harold J. Krent (EE.UU.)
Tema: El tratamiento normativo y jurisprudencial de la privacidad en los EE.UU.
5. Prof. Antonio A. Martino (Italia)
Tema: *E-Government*, Internet como herramienta de comunicación entre el Estado y los ciudadanos.
6. Prof. Richard Warner (EE.UU.)
Tema: Aspectos contractuales en el comercio electrónico
7. Juez Edward Charles Prado (EE.UU.)
Tema: La informática como herramienta auxiliar de la labor del juez
8. Dr. Eduardo Conesa (Argentina)
Tema: El impacto de internet en la economía
9. J. D. David Michael (EE.UU.)
Tema: El Tribunal Multipuertas en el Distrito de Columbia, Washington D.C., EE.UU.
10. Adriana S. Núñez (Argentina)
Tema: Comercio electrónico. Aspectos impositivos a tener en cuenta.
11. Dr. Osvaldo Alejandro Grossman (Argentina)
Tema: Internet como servicio público
12. Dra. Leonor Guini (Argentina)
Tema: Problemas legales que plantea la piratería en Internet
13. Dr. Josué Fernández Escudero (Argentina)
Tema: Aspectos jurídicos de la banca electrónica

14. Dr. Jorge Macón (Argentina)
Tema: El comercio electrónico y los sistemas tributarios
15. Dr. Javier Fernández Moores (Argentina)
Tema: Valor probatorio del correo electrónico
16. Dra. Philippa Lawson (Canadá)
Tema: Protección de los consumidores en el comercio electrónico
17. Dra. Philippa Lawson (Canadá)
Tema: Resolución de disputas *on line*
18. Dr. Fernando Galindo Ayuda (España)
Tema: Tratamiento jurídico del comercio electrónico en la Unión Europea
19. Dr. Daniel Altmark (Argentina)
Tema: Habeas data. Adecuación de las bases de datos a su normativa

Uno de los acontecimientos más importantes del ciclo 2001 constituyó en el lanzamiento, a mediados de año, en un esfuerzo conjunto con el Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, de los Cursos de Posgrado On-line del Programa de Actualización en Derecho Informático, incorporando la última tecnología en Educación a Distancia. Este ciclo comenzó con los cursos de Contratos Informáticos y Régimen Jurídico de los Bancos de Datos, luego se incorporó, en la segunda edición, el curso de Contratos Telemáticos y para el ciclo lectivo 2002 hemos incorporado los cursos de Introducción a la Informática y el Teleprocesamiento, Informática Jurídica I y Contrato de *Outsourcing* de Sistemas de Información.

De este modo profesionales de diferentes regiones del país y del exterior se encuentran en condiciones de cursar 165 hs. *on-line* de dicho Programa de Actualización permitiéndonos extender la capacitación profesional al interior y al exterior del país rompiendo los límites del tiempo y la distancia. Mediante su desarrollo hemos comprobado que esta modalidad de enseñanza permite un contacto directo con participantes de diferentes lugares del globo, posibilitando un fluido intercambio de conocimientos con el más alto nivel académico entre participantes de 10 países diferentes.

Es nuestra intención extender esta modalidad al resto del Programa de Actualización en Derecho Informático incorporando sistemáticamente el resto de los cursos que lo conforman y crear cursos internacionales organizados juntamente con los más prestigiosos centros de estudio en la materia.

Hoy reafirmamos el compromiso tomado a comienzos del año 2000, e invitamos a participar a todo aquel que se encuentre interesado en la temática a realizar sus aportes y sumarse a esta comunidad jurídica. Asimismo agradecemos el apoyo incondicional que hemos recibido de las autoridades de esta Facultad de Derecho y el respaldo de las demás entidades que nos apoyan desde nuestros comienzos, haciendo una mención especial a esta revista, de la que además tengo el honor de haber sido miembro.

Lo que en diciembre de 1999 parecía sólo un sueño, hoy se ha materializado, Ecomder se ha transformado en un referente internacional de los aspectos jurídicos del comercio electrónico, que es tenido en cuenta por organismos pú-

blicos, privados y académicos para la difusión, el debate, la investigación y la búsqueda de soluciones legales a los problemas que plantea el impacto de la informática y las nuevas tecnologías en esta nueva sociedad de la información.

Seguiremos innovando, incorporando tecnología y creando nuevas actividades para que alumnos, profesores, profesionales y cualquier interesado en la temática objeto de Ecomder encuentre un ámbito apto para el debate, la reflexión, la investigación, la capacitación, el intercambio y la difusión de conocimientos.

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

"RECONSTRUYENDO LAS CRIMINOLOGÍAS CRÍTICAS": UN COMENTARIO A LA REVISTA [1]

ANA ALIVERTI *

I. LA REVISTA

En noviembre del año pasado se publicó el último número de la revista Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. En esta oportunidad los editores decidieron dedicar el número trece de sus "cuadernos" a la criminología.

Esta revista, que edita desde hace ya siete años Ad-Hoc, ocupa un lugar privilegiado entre las publicaciones dirigidas a la divulgación de la ciencia del derecho. Este espacio se lo ha sabido ganar gracias a la calidad de su contenido, logrado por el prestigio de los doctrinarios convocados, y a las amplias oportunidades de publicación que brinda a aquellos que se destacan como promisorios investigadores. Por otra parte, Cuadernos... cuenta con una sección dedicada al análisis de jurisprudencia nacional e internacional que resulta de suma utilidad para la actualización académica.

Tal como adelantamos, el volumen que en esta oportunidad comentaremos, *Reconstruyendo las criminologías críticas*, está exclusivamente dedicado a los actuales enfoques abordados por la disciplina criminológica. El compilador, Máximo Sozzo, profesor de la Universidad del Litoral, de Buenos Aires y de Palermo, y estudioso de los saberes sobre la "cuestión criminal", ha reunido diversos textos de profesores e investigadores extranjeros —tanto de Europa como de Australia y Canadá—, que han sido traducidos por él mismo junto con otros profesionales de las universidades de Rosario, del Litoral y de Buenos Aires.

La importancia de esta compilación radica, fundamentalmente, en la posibilidad que brinda a los interesados en la disciplina de acceder a los textos más actuales y autorizados en el área. En este sentido, cabe adelantar que la totalidad de los textos escogidos versan sobre el papel que tiene o debe tener la criminología en la actualidad, discusión que dista de estar cerrada.

[1] SOZZO, Máximo (comp.), *Reconstruyendo las criminologías críticas*, año VII, nro. 13 de revista *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, noviembre de 2001, 431 ps.

* Alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Además, el limitado desarrollo de esta disciplina en nuestro medio académico acrecienta el interés que reviste esta tarea editorial para los estudiosos locales. En tal contexto, entonces, resulta sumamente auspiciosa una publicación de trabajos de académicos extranjeros, ya que contribuirá a la construcción de un saber criminológico. Por lo demás resulta de mucha utilidad como instrumento para analizar los asuntos periféricos, sobre todo, si se considera el vastísimo campo empírico del que disponemos.

II. El contenido

En el primer artículo, "¿Vale la pena salvar a la criminología?", el autor, Massimo Pavarini, plantea la existencia de una crisis en el saber criminológico y la necesidad de trazar nuevos horizontes de estudio, de manera de salir del clásico conflicto entre capital y trabajo, tantas veces abordado por la criminología crítica. En tal sentido, presenta dos tópicos alternativos: la violencia sobre las mujeres y la criminalidad organizada.

Por otra parte, y en conexión con lo anterior, el criminólogo italiano rescata el tantas veces criticado carácter vago de la disciplina. Este rasgo, que se ha sabido ganar la criminología por carecer de un método propio, lo reivindica porque permite la constante adaptación a nuevos objetos de estudio, de acuerdo con los diferentes contextos y la capacidad de sugerir respuestas parciales y provisorias a los problemas que se le plantean. Este cariz que toma la criminología posmoderna es, para el autor, consecuencia de la desvirtuación de la denominada "ontologización del delito": al no ser el delito una realidad natural sino una construcción social, no se puede pensar en una teoría general del control social, del delito o de la desviación. Estos rótulos serán impresos en determinadas conductas de acuerdo con determinados intereses en juego en cierto momento histórico. Será el resultado de lo que el autor considera un aspecto de la "distribución política de la riqueza social" [2].

Otro punto destacable en el trabajo de Pavarini es lo que él llama la "vocación partisana de la criminología". Esto es, la idea de que el único punto de vista sobre el que debe construir el criminólogo su discurso es el de las percepciones subjetivas de los actores sociales involucrados en el accionar disciplinar, aquéllos que resisten a la definición. En este sentido Pavarini retoma la idea de "el otro lugar" del control social planteada por Thamar Pitch [3].

El trabajo del británico Jock Young, autor de *The New Criminology* [4], merece un comentario aparte. Este texto —"Escribiendo en la cúspide del cambio:

[2] Pavarini, Massimo, "¿Vale la pena salvar a la criminología?", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año VII, nro. 13, Buenos Aires, 2001, p. 31.

[3] Pitch, Thamar, "¿Qué es el control social?", *Delito y sociedad*, año IV, nro. 8, 1996, ps. 51/71.

[4] Este texto, escrito junto con Ian Taylor y Paul Walton, fue publicado en 1973 y marcó un antes y

Una nueva criminología para una modernidad tardía"— plantea, al igual que el de Pavarini, el rol de la criminología en la posmodernidad. Young concretamente se pregunta qué hay después del clasicismo y del positivismo, lo que, en definitiva, equivale a decir cuál es el papel que debe jugar el saber criminológico en el nuevo escenario posmoderno. El autor, desde una perspectiva realista de izquierda, intenta contestar este interrogante a partir del nuevo contexto frente al que se debe situar la disciplina: la crisis de la modernidad. En este sentido, se encuentra con una sociedad notablemente fragmentada, basada en la lógica del mercado y la meritocracia, y que tiene como rasgo determinante la ruptura con las reglas absolutas. De éste se derivan, a su vez, cuatro características: la tasa delictiva creciente, la revelación de las víctimas invisibles, la problematización de la definición y la existencia de una conciencia creciente de la universalidad del delito y de la selectividad de la justicia. Todo esto ha contribuido a convertir a la criminología, en términos de Young, "en una disciplina sospechosa" [5].

En este contexto la realidad se vuelve cada vez más compleja y, como consecuencia necesaria, el objeto de la criminología es reinterpretado a la luz de aquélla. Para el autor, la criminología —especialmente en su vertiente realista de derecha— cumple un papel de reunificador político, pues el delito es por ahora uno de los únicos núcleos en los que existe un cierto consenso dentro de las segmentadas sociedades actuales. La idea de "delito" generaría entonces esa coalición percibida por aquellos teóricos como indispensable en las sociedades posmodernas. Este rol, en cierta medida, ya lo había advertido Foucault al referirse específicamente a la función de la prisión en las sociedades contemporáneas [6]. Frente a este escenario, Young, en cambio, plantea la necesidad de que la criminología acepte las nuevas circunstancias que trae aparejada la posmodernidad. Resulta imperioso, por tanto, dejar de lado la utopía de una sociedad basada en nuevas fuentes de consenso, de manera de restablecer la cohesión social perdida. Antes bien, se trataría de crear nuevas estrategias para adaptar la disciplina a las nuevas condiciones sociales, enfatizando la diversidad y la pluralidad de valores. Según el autor, éste sería el momento de realizar tal reformulación.

Siguiendo la línea de los autores anteriores, Ericson y Carrière hacen su aporte al tema al ubicar esta modificación del objeto de estudio de la criminología como parte de un proceso más amplio de fragmentación, que abarca tanto el ámbito académico como otras instituciones sociales y la sociedad misma, con-

---

un después dentro de la criminología. El mismo fue editado en castellano por Editorial Amorrortu, en 1975.

[5] YOUNG, Jock, "Escribiendo en la cúspide del cambio: Una nueva criminología para una modernidad tardía", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año VII, nro. 13, Buenos Aires, 2001, p. 93.

[6] FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*, Siglo XXI Editores, México, 1987, p. 282.

siderada desde un punto de vista más general. En este contexto la criminología se encuentra en el medio de una infinidad de discursos que la atraviesan constantemente como, en términos de los autores, "un depósito de discursos académicos múltiples y un generador de mixtura entre diversas disciplinas, ya que constituye un campo interdisciplinario" [7]. La necesidad de elaborar interdisciplinariamente el propio discurso es no sólo necesario sino también inevitable.

Una apreciación similar a la de los autores precedentemente reseñados realiza Darío Melossi [8] respecto de la sociedad contemporánea. Sin embargo, Melossi es menos determinante en cuanto al carácter innovador que implicarían los cambios de la sociedad posmoderna en el objeto de la criminología. El autor plantea una suerte de proceso cíclico por el que atraviesa la criminología desde su nacimiento. En este sentido, la criminología y la construcción de su discurso estarían inevitablemente ligados con los discursos del proceso hegemónico. La criminología sería la mano derecha de estos últimos.

Para Melossi, los discursos hegemónicos echan mano de lo que denomina técnicas de inclusión/exclusión de personas según determinadas circunstancias. Las técnicas de inclusión son utilizadas cuando se experimenta una sofocación del orden social y, por tanto, es menester un cambio, que genera la innovación. La desviación es tolerada y comprendida desde una óptica pluralista y conflictiva de la sociedad. El delincuente es concebido más como un héroe que como un villano. A las segundas —las técnicas de exclusión—, en cambio, se recurre cuando existe una necesidad imperiosa de restablecer un orden que se ha fragmentado y diseminado y cuando esta ruptura, por otra parte, ya no es tolerable. En esta última circunstancia, el Estado —simbólicamente representado en el castigo estatal— aparece como el ejecutor de dicha función creando, mediante la dualidad amigo-enemigo, la cohesión social necesaria. De ahí la contemporaneidad del "estructural funcionalismo" y de las teorías de la reacción social —comúnmente denominadas del *labelling approach*— con el modelo del Estado benefactor y, por otra parte, la identificación entre lo que Melossi llama "la criminología de la revancha" con el surgimiento del Estado neoliberal.

Desde una perspectiva neomarxista, el autor replantea la relación entre la estructura social y el sistema penal postulada por Rusche y Kirchheimer en su obra *Pena y estructura social* [9], pero la complejiza al añadir nuevos factores que rompen con una mirada excesivamente determinista entre ambos polos de la relación. Así, la criminología y su objeto deben verse como continuamente atravesados por dichas variantes.

[7] ERICSON, Richard, - CARRIÈRE, Kevin, "La fragmentación de la criminología", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año VII, nro. 13, Buenos Aires, 2001, ps. 157/158.

[8] MELOSSI, Darío, "Teoría social y cambios en las representaciones del delito", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año VII, nro. 13, Buenos Aires, 2001, ps. 115/156.

[9] RUSCHE, Georg - KICHHEIMER, Otto, *Pena y estructura social*, Temis, Bogotá, 1982.

Resulta particularmente original el planteo que hace Álvaro Pires respecto del objeto de la criminología. Este catedrático de la Universidad de Otawa define al delito como un "objeto paradojal" en la medida en que encierra dos cuestiones distintas, hasta cierto punto opuestas y aparentemente incompatibles: por un lado, la explicación de ciertos comportamientos (a los que ha denominado "hechos brutos") y, por el otro, el análisis de procesos de criminalización. Estas dos cuestiones han sido planteadas por el paradigma etiológico y por el paradigma de la reacción social, respectivamente. En este sentido, Pires plantea una posición intermedia entre estos dos paradigmas mediante el paradigma de las interrelaciones sociales. Resuelve así el debate epistemológico entre realistas y constructivistas, sosteniendo que el objeto crimen no puede ser comprendido más que a partir de la lógica de la paradoja y de la superposición.

El problema de las causas del comportamiento humano junto con el de las causas de la definición de una parte de los mismos como crimen será el objeto que debe abordar la criminología. No se trata de hacer una teoría del comportamiento criminal, pues éste como tal existe una vez que es definido de dicha manera por el sistema penal y, por lo tanto, es contingente. Antes bien, Pires entiende que de lo que se trata es de construir una "teoría de ciertas formas de comportamientos problemáticos en situaciones específicas" [10], que evidencie la contingencia del objeto. Esta tesis, entonces, permitiría desontologizar la noción de crimen y evitar, así, que se legitime el programa penal oficial, mediante la distancia teórica de la racionalidad penal moderna que el investigador debe continuamente tratar de alcanzar.

Prosiguiendo con la búsqueda de un objeto para la criminología posmoderna, George Pavlich [11] plantea la necesidad de reconsiderar y rescatar el rasgo crítico de la criminología. La crítica, en su valor emancipador y liberador, permite el constante cuestionamiento de las bases subyacentes en las que se apoya la disciplina. El autor observa cómo el carácter crítico de la criminología ha sido sustituido, en los teóricos posmodernos, por estrategias más pragmáticas que buscarían respuestas concretas al problema del crimen en nuestras sociedades. Este viraje debe explicarse a la luz de las condiciones posmodernas en las que la idea de la emancipación universal, como todos los absolutos, ha sido puesta en crisis.

Mediante una aguda crítica —fundamentalmente al realismo de izquierda que parecía prometedor en este sentido—, el autor presenta los nuevos enfoques que se han ido desarrollando a partir de la tendencia a la pérdida del criticismo en el seno de la criminología, ya advertida por diversos teóricos.

[10] PIRES, Álvaro, "Consideraciones preliminares para una teoría del crimen como objeto paradojal", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año VII, nro. 13, Buenos Aires, 2001, p. 223.

[11] PAVLICH, George, "Crítica y criminología: en búsqueda de la legitimación", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año VII, nro. 13, Buenos Aires, 2001, ps. 307/338.

En esta línea, plantea la necesidad de reformular los cimientos en los que se apoyaba la criminología sin aferrarse caprichosamente a respuestas universales que dejen tranquila la conciencia del criminólogo. Antes bien, su tarea debe nutrirse de una constante búsqueda de lugares marginales, de narrativas marginales —de "otredades excluidas"— que cuestionen los límites discursivos cristalizados y que, de esta manera, construyan alternativas a las identidades dadas. Gracias al constante replanteo, éstas perderán su pretensión de universalidad para resignarse a asumir una naturaleza cada vez más contingente. Así los mismos discursos marginales, una vez que cumplan su función, tendrán también que ser cuestionados para generar, a su vez, otros límites discursivos hasta el infinito.

Mediante una narrativa muy particular, Ronnie Lippens advierte esta tendencia y trata de buscar un discurso sustitutivo al deconstruido por la posmodernidad —o, según las palabras más enfáticas del propio Lippens, por la "hipermodernidad"—. En este sentido, observa melancólicamente la misión de liberación de la criminología que fácilmente lograba identificar el sufrimiento para presentarlo a sus víctimas de manera clara y ordenada, racionalmente convincente. En el nuevo escenario hipermoderno "ya no es muy fácil encontrar un sufrimiento unidimensional y bien definido, ni conseguir alternativas instantáneas..." [12], lo que produce niveles extremos de reflexividad y flexibilidad. La criminología debe ser coherente en su adaptación a este escenario, en el que el Otro excluido es un otro "multidimensional", en el que el hallazgo de respuestas es de carácter efímero y transitorio. Lippens propone una criminología que cruce fronteras (*border-crossing criminology*). En este sentido, afirma que el criminólogo debe tener plena conciencia del carácter fragmentante del discurso que incluye a unos y excluye a otros; el discurso es siempre parcial. Cruzar fronteras, para Lippens, consistiría en atravesar estos discursos y desafiar sus límites, deconstruir las propias subjetividades, para encontrar nuevas identidades/diferencias; no permanecer en fronteras definidas, con pretensión de universalidad, mientras se ignora la heterogeneidad y multiplicidad de experiencias exteriores a ellas. En este punto se puede advertir la gran similitud que existe entre el planteo de Lippens y de Pavlich.

En este orden de ideas, el intento de rescatar el criticismo de la criminología es desarrollado por Nils Christie [13] desde una perspectiva más amplia. El autor, mediante un lenguaje llano y claro, llama la atención sobre la sobresocia-

[12] LIPPENS, Ronnie, "¿Alternativas a qué tipo de sufrimiento? Hacia una 'criminología que cruce fronteras' (*border-crossing criminology*)", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año VII, nro. 13, Buenos Aires, 2001, p. 270.

[13] CHRISTIE, Nils, "Cuatro obstáculos contra la intuición. Notas sobre la sobresocialización de los criminólogos", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año VII, nro. 13, Buenos Aires, 2001, ps. 339/352.

lización de los criminólogos, que se iniciaría desde la enseñanza universitaria. En efecto, en la universidad se produciría un proceso de infantización, por el que los estudiantes, en vez de construir un saber a partir del legado que reciben, son formados para aceptar sin cuestionar la herencia cultural como si ya estuviera todo dicho, cristalizado, como si hubiera una sola verdad que debe apre(he)nderse. En el marco de la investigación científica, el autor afirma que, debido a los avances tecnológicos, se cuenta con registros de datos que ya han sido procesados y que el investigador recoge para iniciar su trabajo, sin advertir que este procesamiento lleva implícito un sinnúmero de definiciones oficiales, no cuestionadas ni puestas en crisis.

El criminólogo debe situarse justamente en el rol de constante cuestionador de las categorías oficiales, por lo que resulta sumamente riesgosa la aceptación acrítica de los datos que el Estado pone generosamente a su disposición. Lo que aparentemente es una cuestión simplemente metodológica, tiene importantísimas implicancias en la disciplina. Esto particularmente tiene relevancia en lo que respecta al estatuto que se le otorgue al delito: esto es el de considerarlo ontológicamente, y no como el producto de una política criminal (estatal) y más ampliamente, como una categoría socialmente construida.

Finalmente, destacaremos el trabajo de John Braithwaite [14], que analiza el nuevo papel de la criminología, enfocada fundamentalmente en el marco de la instauración de un nuevo modelo estatal. De esta manera, llama la atención sobre la crisis del Estado benefactor y las consecuencias de la irrupción del "Estado regulador" en el sistema de justicia criminal. En este sentido, la función de la policía, de la cárcel y la de los diferentes actores del sistema penal, entre otros, ha sufrido profundas modificaciones; por lo que la criminología se ha vuelto prácticamente incapaz de proveer soluciones en esta coyuntura. Para resolver esta carencia, Braithwaite propone un Estado fuerte que, al mismo tiempo, sea compatible con los nuevos roles del mercado y de la sociedad civil en la sociedad actual. En el ámbito específico del sistema penal, el autor se inclina por la instauración de una justicia restaurativa.

Como advertimos a lo largo de esta breve presentación, el objeto de la criminología hoy es determinar justamente cuál es su objeto. Los ensayos analizados se refieren a la crisis de la modernidad y a su repercusión en el estudio de la cuestión criminal o, en palabras de Pires, de los comportamientos problemáticos. Tales planteos confluyen en la temática y al mismo tiempo divergen por las diferencias que cada autor introduce, enriqueciendo el debate. Esta compilación constituye así una presentación sintética pero, a la vez, completa del mismo.

[14] BRAITHWAITE, John, "El nuevo Estado regulador y la transformación de la criminología", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año VII, nro. 13, Buenos Aires, 2001, ps. 43/74.

Algunos temas han contribuido a "patear el tablero" en este sentido, como el discurso feminista, según reconocen varios de los autores aquí reunidos. Lippens, por ejemplo, ha advertido en el discurso feminista un constante desafío de sus propios límites. Desde su versión "binaria" hasta los nuevos enfoques más descentrados, el feminismo ha practicado lo que llama el "cruce de fronteras" *avant la lettre* [15]. Sin embargo, en el marco de esta compilación, es Kerry Carrigton quien aborda el tema en forma específica. En efecto, en este trabajo —que justamente se titula "Posmodernismos y criminologías feministas: la fragmentación del sujeto criminológico"— la autora australiana advierte una notable ruptura discursiva en la "crítica posmoderna de la modernidad" [16]; de tal fenómeno no estaría exento el discurso feminista, el que es tomado como ejemplo del fenómeno advertido.

Lo que Carrington llama el "esencialismo de género", que intentó cuestionar la naturaleza masculina del discurso criminológico, cayó en otro reduccionismo —el de concebir a la mujer como una categoría homogénea— sin poder romper con la fórmula binaria criticada. Esta tesis pasa por alto las diferencias en los niveles de criminalización y victimización que existen en la diversidad del mundo femenino, así "[p]or un lado, se denuncia a Lombroso como monstruo misógino y por el otro, se invoca la sombra de Lombroso para explicar la criminalidad innata del sexo masculino" [17]. Las nuevas perspectivas, entonces, niegan las soluciones universales debido a la imposibilidad de dar una misma respuesta a la diversidad de subjetividades. Esta mirada novedosa complejiza la cuestión incorporando la clase, la etnicidad, la edad y la orientación sexual como variables relevantes para ajustar el análisis, siempre parcial, a estas diversidades. De esta manera, advierte la fragmentación misma de la personalidad legal, la que no puede reducirse a las categorías "mujer" y "varón".

III. El trabajo final

Luego de un recorrido por los discursos que actualmente se tejen alrededor de la disciplina criminológica desde los centros de investigación de los países centrales, resulta obligada una referencia al estado actual de la misma en el ámbito local y a la utilidad que dichos discursos puedan arrojar en el análisis de los problemas de la periferia. De esta tarea se ha encargado Máximo Sozzo, por lo que su trabajo merece un párrafo aparte.

[15] Lippens, Ronnie, "Alternativas...", cit., ps. 292/295.

[16] Carrington, Kerry, "Posmodernismos y criminologías feministas: la fragmentación del sujeto criminológico", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año VII, nro. 13, Buenos Aires, 2001, p. 240.

[17] Carrington, Kerry, "Posmodernismos...", cit., p. 251.

Sozzo plantea acertadamente la importancia, nada desdeñable por cierto, de la tarea de traducción en el nacimiento y desarrollo posterior de un saber criminológico en el ámbito de América latina. En este sentido, el autor rescata el rol de adaptación-rechazo-complementación que a partir de finales del siglo XIX ha cumplido el trabajo de traducción de textos extranjeros en el desarrollo de una disciplina criminológica en la región. Así enfrenta las objeciones planteadas por diversos teóricos latinoamericanos que ven en esta labor una suerte de dependencia cultural que se enmarca en un contexto más amplio de dependencia de los países periféricos respecto de los países centrales [18]. La traducción/traslación de textos extranjeros se vislumbraría para aquéllos, a lo sumo, como "inevitable" debido a la escasez de instrumentos teóricos adecuados. Frente a estas críticas, Sozzo destaca el carácter metamorfósico presente en toda traducción. Esta tecnología no se opone a la creatividad y a la innovación; antes bien, afirma el autor, media "entre el lenguaje importado culturalmente y los plurales problemas de los contextos locales" [19].

La tesis de Sozzo se presenta, sin duda, atractiva e innovadora. Sin embargo, no resulta totalmente opuesta a las ideas objetadas; en particular, me refiero al "realismo criminológico marginal" [20] planteado por Eugenio Zaffaroni y citado por el mismo Sozzo. Dicha tesis advierte la diferencia de los procesos experimentados en los países centrales respecto a los de los periféricos, y la consecuente incapacidad de analizar éstos a través de los marcos teóricos producidos en el seno de aquéllos. Considero que ambas argumentaciones son complementarias para analizar el desarrollo de una criminología de corte crítico en América latina, en el sentido de que permiten aprovechar los desarrollos teóricos alcanzados por los investigadores extranjeros con la plena conciencia de las diferencias que median entre los ámbitos en que se llevan a cabo las investigaciones. Esta tarea, antes que una mera labor de importación/traslación de contenidos de una lengua a otra, implica necesariamente un acto de continua intercomunicación entre el allá y el acá, que acepta, rechaza, complementa y, de este modo, enriquece la disciplina criminológica.

[18] En este sentido se han pronunciado, entre otros, Lola Aniyar de Castro, Rosa Del Olmo y, más recientemente, Eugenio R. Zaffaroni.

[19] SOZZO, Máximo, "*Traduttore traditore*. Traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en América Latina", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año VII, nro. 13, Buenos Aires, 2001, p. 419.

[20] Ver en ZAFFARONI, Eugenio R., *Política criminal latinoamericana*, Hammurabi, Buenos Aires, 1982; *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1989; *Criminología, aproximación desde un margen*, Temis, Bogotá, 1993.

COMENTARIOS DE FALLOS

SIDA Y MEDICINA PREPAGA

DIEGO MARTÍN PAPAYANNIS *

INTRODUCCIÓN

El 13 de marzo de 2001, la Corte Suprema de Justicia de la Nación pronunció dos sentencias relacionadas con la cobertura médica de los portadores del virus HIV por parte de las empresas de medicina prepaga. Ambos fallos son de una importancia superlativa, ya que su contenido proyecta un verdadero compromiso que apunta a efectivizar el derecho a la salud.

En nuestro país, el sistema de salud está fragmentado en tres sectores [1]. El sector público, conformado por hospitales provinciales, municipales y centros de atención primaria; el sector privado, compuesto por hospitales privados y sanatorios; y el sector de la seguridad social médica, destinado a atender a los trabajadores en relación de dependencia a través de las obras sociales. La lucha contra el SIDA, declarada de interés nacional por la ley 23.798, requiere la colaboración de todos los sectores. Es por eso que la ley 24.455, promulgada el 1 de marzo de 1995, establece un Programa Médico Obligatorio (PMO) que deberán cumplir las obras sociales. El mismo consiste en un mínimo de prestaciones que deben brindarse al paciente sin que sea posible oponerle reparo alguno. Entre las prestaciones que se incorporan figuran los tratamientos para personas infectadas con el virus del SIDA [2]. Casi dos años más tarde, la ley 24.754 extendió el PMO a las empresas de medicina prepaga. Esto fue necesario debido a que la modalidad de contratación por adhesión, en la que al beneficiario no se

[1] Sobre este tema puede consultarse *Derecho a la salud. Acceso al tratamiento para HIV/ SIDA*, capítulo IX de "Derechos Humanos en Argentina", Informe anual 2000, CELS, Eudeba.

[2] El art. 1° de la ley 24.455 establece: "Todas las Obras Sociales y Asociaciones de Obras Sociales del Sistema Nacional incluidas en la ley 23.660, recipiendarias del fondo de redistribución de la ley 23.661, deberán incorporar como prestaciones obligatorias:

"a) La cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas infectadas por algunos de los retrovirus humanos y los que padecen el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y/o las enfermedades intercurrentes;

"b) La cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas que dependan físico o psíquicamente del uso de estupefacientes;

"c) La cobertura para los programas de prevención del SIDA y la drogadicción".

* Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

le permite discutir los términos contractuales, fue un campo propicio para que las prestadoras excluyeran del marco de cobertura aquellas enfermedades consideradas de alto costo. De esta manera, se desvirtuaba el sinalagma contractual, ya que estadísticamente cuando se requería el servicio el plan médico del adherido no lo cubría o éste, por las características del contrato, había sido pagado en exceso [3]. Luego de la sanción de la ley, las empresas de medicina prepaga continuaron negando asistencia a algunos pacientes esgrimiendo los más variados argumentos.

Estos pronunciamientos de la Corte vienen a aclarar el panorama —esperemos— definitivamente. En el fallo que analizaremos —E., R. E. v. Omint SA de Servicios— se describe a la perfección la relación jurídica entre el beneficiario y la empresa de medicina prepaga, la normativa aplicable, los derechos y obligaciones de las partes, etc. En el segundo fallo, cuyo estudio sería objeto de otro trabajo, la Corte desestima la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.754 solicitada por el Hospital Británico de Buenos Aires. Ambas decisiones sientan las bases para el desarrollo del derecho a la salud. Es por eso que consideramos pertinente este breve comentario.

E., R. E. v. Omint S. A. de Servicios

I. Los hechos

Entre abril de 1992 y junio de 1993, el actor trabajó en relación de dependencia para la firma ISC Bunker Ramo Argentina SA. A partir de julio de ese año, las tareas desempeñadas por el reclamante fueron tercerizadas, por lo que el servicio se prestó, hasta enero de 1995, a través de una empresa de la cual él era socio gerente. En todo momento, el actor gozó de los beneficios del sistema de medicina prepaga que presta la demandada (Omint SA de Servicios) como un anexo de su remuneración. Desde enero de 1995, pese a no haber sido acreditada la existencia de nexo contractual alguno con ISC Bunker Ramo Argentina SA, el actor continuó recibiendo la cobertura médica. Recién en agosto de 1997, ISC Bunker Ramo Argentina SA comunicó a Omint SA de Servicios el cese de su vinculación con el actor. En septiembre de ese mismo año, al intentar el reclamante abonar personalmente la cuota correspondiente, fue sorprendido con una respuesta negativa por parte de la empresa. Ésta alegó que el derecho a la cobertura había cesado en el momento en que se extinguió la relación contractual que él mantenía con quien fuera antiguamente su empleadora. Asimismo, se le negó la posibilidad de contratar el servicio a título personal. Este he-

[3] En los contratos de medicina prepaga el beneficiario paga a cuenta de enfermedades futuras. WEINGARTEN, Celia - LOVECE, Graciela, "Protección del usuario de los servicios médicos prepagos", LL. 1997-C-548.

cho coincide temporalmente con la detección del virus HIV en el organismo del actor. Frente a esto inició una acción de amparo, pero su pretensión fue rechazada tanto por el juez de grado como por la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por considerar que una vez concluido el convenio entre ISC Bunker Ramo Argentina SA y Omint SA de Servicios, era facultad de ésta aceptar o no la propuesta de afiliación personal efectuada por el actor. También le fue denegado el recurso extraordinario con fundamento en que las cuestiones de hecho y de derecho procesal y común son ajenas a la vía del art. 14 de la ley 48. Finalmente, el caso llegó a la Corte una vez deducida la queja por denegación de recurso extraordinario.

II. La decisión de la Corte Suprema

La Corte, haciendo suyos los argumentos expuestos por el Procurador General de la Nación en su dictamen, revocó la sentencia apelada y condenó a Omint SA de Servicios a reincorporar al actor al servicio médico prepago. El Dr. Vázquez se pronunció en el mismo sentido aunque según su voto. Los ministros Belluscio, Bossert y Petracchi, por su parte, consideraron inadmisible el recurso extraordinario (art. 280, CPCCN), por lo que desestimaron la queja.

A continuación examinaremos las principales cuestiones analizadas en el dictamen del Procurador General de la Nación —Nicolás E. Becerra— y en el voto del Dr. Adolfo Vázquez.

1. La función social de las empresas de medicina prepaga

La actividad de las empresas de medicina prepaga es, sin lugar a dudas, de índole comercial (arts. 7° y 8°, inc. 5°, del CCom.). Sin embargo, los principios que inspiraron la reforma del '68 exigen que el ejercicio de los derechos esté orientado a una finalidad social. En consecuencia, el derecho absoluto de propiedad, consagrado originalmente en el art. 2513, CCiv. [4], la libertad de contratar, el derecho de ejercer toda industria lícita, etc., fueron atenuados sensiblemente. Al estar en juego intereses superiores, como la protección de la vida, la salud, la seguridad e integridad de las personas [5], se justifica la intervención es-

[4] El texto original del art. 2513, CCiv. redactado por Vélez Sársfield decía: "Es inherente a la propiedad, el derecho de poseer la cosa, de disponer o de servirse de ella, de usarla y gozarla según la voluntad del propietario. Él puede desnaturalizarla, degradarla o destruirla...". Y en la nota se aclara: "[...] es preciso reconocer que siendo la propiedad absoluta, confiere el derecho de destruir la cosa. Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas...". Con la ley 17.711 se modifica este artículo limitando el derecho de propiedad a un ejercicio regular del mismo.

[5] Art. 3°, Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 4° y 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 42 y 75, inc. 22 de la CN.

tatal [6]. En este sentido, la ley 24.754 regula las condiciones en que debe prestarse el servicio, con el fin de asegurar un mínimo de cobertura. El orden público se hace presente en el ámbito privado de la autonomía de la voluntad como una manera de prevenir el abuso de la posición dominante por parte de las empresas. Se busca que éstas —al decir de Fernández Sessarego— "no ejerciten sus legítimos derechos antisocialmente, sino más bien de modo normal, regular". Aclara, además, que "lo antisocial es lo inmoral, lo que repugna a la conciencia ética colectiva, lo que agravia la juridicidad, lo que es diametralmente contrario a la vivencia de la solidaridad" [7]. La intervención es, más que nada, una precaución legislativa, cuya necesidad se justifica sobradamente por la experiencia. Desde otro punto de vista, considerando que los contratos tipo, es decir, preimpresos en formularios inmodificables, generalmente excluían la cobertura de ciertas enfermedades, la regulación estatal es una forma de recuperar la libertad contractual allí donde era amenazada [8].

A la luz de estas ideas debe analizarse el desenvolvimiento de las empresas de medicina prepaga en la comunidad que, como bien señala el Procurador en su dictamen, han sido beneficiadas con la exención de pago de ciertos tributos en virtud de la importante función social que se les ha asignado. Ello implica que toda interpretación debe ser pro-prestación del servicio, pro-cumplimiento de esa finalidad social.

2. Caracteres del contrato de medicina prepaga

Los contratos de medicina prepaga se caracterizan por ser de larga duración. La finalidad del beneficiario es protegerse de riesgos futuros en su salud. Para ello, paga mensualmente una cuota con prescindencia de la utilización o no del servicio. Explica el Dr. Vázquez en su voto que "el beneficiario se asegura de que si necesita los servicios prometidos podrá tomarlos aunque no tenga certeza de cuándo ni en qué cantidad, pudiendo ocurrir inclusive que nunca los requiera, en cuyo caso el gasto realizado se traducirá únicamente en la tranquilidad que le dio la cobertura durante todo ese tiempo". Es claro que la satisfacción del propósito perseguido depende en gran medida de la continuidad de la asistencia médica. Cuando el beneficiario requiere ser tratado por alguna

[6] En los autos "C. S., G. v. Organización de Servicios Directos Empresarios" (C. Nac. Apels. Seg. Soc., sala II, 30/3/2000, DT, 2001-A-706), el voto del Dr. Fernández sostiene: "las garantías constitucionales del derecho a la vida, seguridad e integridad de la persona priman por sobre cualquier cuestión comercial". También, en el fallo que comentamos, el Dr. Vázquez dice en su voto: "más allá de su constitución como empresas los entes de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial" (E., R. E. v. Omint SA de Servicios).

[7] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Abuso del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 9.

[8] Ver ALTERINI, Atilio A. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 73.

afección, la empresa de medicina prepaga no hace más que utilizar los fondos ahorrados por aquél desde la celebración del contrato. Es por ello que una rescisión injustificada o la negativa infundada de cobertura implicaría la privación de la contraprestación correspondiente a las cuotas abonadas y una apropiación ilegítima de ese capital. Una actitud semejante frustraría el elemento "previsión", natural en este tipo de contratos, además de ser violatorio de todos los principios básicos que rigen en la materia. Así, no se estarían respetando los principios de la buena fe (art. 1198, CCiv.), ejercicio regular de los derechos (art. 1071, CCiv.) y equivalencia de las prestaciones (arts. 954 y 1198, CCiv.).

Es interesante remarcar el rol de la confianza en este contrato [9]. Ella hace que la persona decida celebrarlo. Por lo general, no es espontánea, sino que es creada de distintas maneras. La publicidad que promete un determinado *standard* de calidad, que acentúa la experiencia, el prestigio o la trayectoria de la empresa juega un papel esencial en la generación de confianza; y junto con ella se generan expectativas que, siempre que sean razonables, no deben ser defraudadas.

En síntesis, el beneficiario siempre decide contratar para prevenir riesgos futuros en su salud, y lo hace con una determinada empresa motivado por la seguridad que ella transmite en el mercado. Entonces, toda interpretación debe ser a favor de la continuidad y permanencia del servicio, que es lo único que posibilita la satisfacción del elemento "previsión" y evita el fraude a la confianza.

3. Contrato a favor de terceros o gestión de negocios

Señala el Procurador que es posible sostener la existencia de un contrato entre ISC Bunker Ramo Argentina SA y Omint SA de Servicios con una estipulación a favor de un tercero (el actor). Sin embargo, dada la atipicidad de la relación jurídica que vinculó a los afectados, no descarta la configuración de una gestión de negocios emprendida por la ex empleadora —al contratar la prestación de servicios médicos— y luego ratificada por el beneficiario, lo que lo convertiría en contratante directo.

Creemos que la figura de la gestión de negocios debe ser descartada ya que uno de sus requisitos es que el titular del negocio se encuentre impedido de actuar. En caso contrario, estaríamos frente a un mandato tácito [10] o una intro-

[9] Dice Rezzónico respecto de la confianza: "es un principio de derecho de gran contenido ético, con desenvolvimiento en el campo interindividual, de especial significación en las relaciones jurídicas patrimoniales, que impone a quienes participan en el tráfico un particular deber de honrar las expectativas despertadas en los demás, en cuanto sean legítimas y fundadas, tanto en la etapa previa a la conclusión del contrato como en su desarrollo y en el tramo poscontractual", REZZÓNICO, Juan C., *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 376.

[10] GHERSI, Carlos A., *Contratos civiles y comerciales*, T. I, Astrea, Buenos Aires, 4ª ed., 1998, p. 746. También ALTERINI, Atilio - AMEAL, Oscar - LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 742.

misión injustificada en los asuntos ajenos, dependiendo de que el titular conozca o no la actuación del tercero [11].

Compartimos, en cambio, la apreciación del Procurador en cuanto a que el encuadre jurídico correcto es el contrato con estipulación a favor de terceros. Éste está previsto en el art. 504, CCiv. La doctrina ha dicho que "hay contrato a favor de tercero cuando una de las partes, denominada estipulante, conviene en su propio nombre y a mérito de un interés digno de tutela que la contraparte, llamada promitente, quede obligada hacia un tercero, designado como beneficiario, a cumplir una prestación que, aceptada, se estabiliza a su favor" [12]. Los tres sujetos de la relación jurídica en el presente caso son: a) ISC Bunker Ramo Argentina SA (estipulante), b) Omint SA de Servicios (promitente) y c) el actor (beneficiario).

La categorización recién practicada es de suma importancia dado que, una vez aceptada la estipulación, el tercero beneficiario podrá exigir el cumplimiento de la obligación, contando para ello con todos los medios legales que corresponden al acreedor contra el deudor [13].

Ahora bien, el mismo Procurador reconoce implícitamente que para arribar a su decisión no puede valerse de esta figura jurídica. Piénsese que el contrato de medicina prepaga es de tracto sucesivo y no está sujeto a plazo final. Es decir, el contrato mantiene su eficacia hasta que sea rescindido por alguna de las partes o, por lo general, hasta el fallecimiento del beneficiario. Sería ilógico que ISC Bunker Ramo Argentina SA tenga que mantener indefinidamente el beneficio (o sea, el contrato con Omint SA de Servicios) a favor del actor, luego de extinguida su relación con él. Entonces, desde este punto de vista, una vez concluido el contrato entre el estipulante y el promitente, el beneficiario pierde derecho a la prestación, por lo que, en caso de querer conservarla, se vería obligado a solicitar —como de hecho hizo— su incorporación a título personal. Sobre este punto el Procurador no se pronuncia. Únicamente se limita a señalar que aun cuando estemos en presencia de una gestión de negocios ajenos o de un contrato con estipulación a favor de terceros, no termina de apreciar "qué relevancia podría revestir para esta cuestión que el contrato lo haya celebrado el propio actor o bien su ex empleadora en su beneficio, puesto que [...] tanto la economía como la finalidad particular del negocio resultarían salvaguardados". Nótese que se hace primar un análisis axiológico —en cuanto lo relevante es la preservación del negocio atento a la función social de las empresas de medicina prepaga— antes que un análisis teórico jurídico.

[11] Cuando no promedia una causa de justificación, la intromisión es ilícita. ALTERINI, Atilio A., *Contratos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 321.

[12] MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, edición actualizada, p. 347.

[13] *Idem*, p. 353, con cita de Ripert y Boulanger.

Participamos de esta concepción del derecho toda vez que, si bien es probable que el encuadre jurídico correcto sea "el contrato con estipulación a favor de terceros", ello nos conduce a un resultado poco feliz teniendo en cuenta los intereses en juego. Recién ahora comprendemos porqué al comienzo de su dictamen, luego de evaluar los hechos, el Procurador manifiesta: "esta causa, en rigor, presenta tanto indeterminaciones normativas como fácticas lo que, demás está decirlo, no empece a la necesidad de que se le provea de una adecuada solución, máxime encontrándose en serio riesgo el derecho a la salud de una persona, pero que *sí acaso justifica o aconseja un abordaje no tan severa y estrechamente contractual del tema*, sino uno que tome en cuenta la circunstancia concreta del actor y las particularidades del sistema en el que la relación se inserta..." (la bastardilla es nuestra).

El Dr. Vázquez ni siquiera se cuestiona la naturaleza jurídica de la relación entre los sujetos involucrados. Él considera que, independientemente de quién haya pagado la cobertura, lo real y concreto es que al actor se le aseguró la atención médica para cuando ocurriese una eventualidad. Además, al manifestar el beneficiario que en adelante se haría cargo de las cuotas, se estaba garantizando el sinalagma contractual, por lo que la negativa de la empresa obedeció a su intención de liberarse del riesgo empresario. Por último, juzga que: "este intento de la accionada de incumplir deliberadamente una obligación contraída, resulta reprochable desde todo punto de vista, máxime si se tiene en cuenta que en este tipo de empresas se realizan cálculos actuariales que permiten establecer —con bastante certeza— los riesgos como el aquí considerado y así calcular la cuota a cargo del beneficiario con un margen apreciable de ganancia para la prestadora médica" [14].

4. Ley de Defensa del Consumidor

El derecho de consumo no se ocupa exclusivamente de los intereses económicos de los consumidores y usuarios, sino que abarca también la tutela del derecho a la salud e integridad física de ellos. La mayoría de las legislaciones establecen un catálogo de derechos básicos del consumidor, en el que incluyen

[14] Weingarten y Ghersi sostienen que cuando se trata de personas de hasta 25 años de edad la tendencia de la prestación es base cero, es decir, sin erogaciones por parte de la empresa. En el sector siguiente, comprendido por personas de entre 25 y 40 años, la tendencia no llega al 5%. Finalmente, luego de los 50 años los requerimientos son de clínica general, que tampoco representan grandes gastos. En cuanto a los casos críticos (SIDA, cáncer, etc.), éstos son mínimos en relación al número de pacientes y a la rotación generacional. Por lo tanto, "el negocio de la medicina, bien gerenciado, es impecable y de buena y constante tasa de beneficio". WEINGARTEN, Celia - GHERSI, Carlos, "Amparo: Plan Médico Obligatorio (PMO)", JA, 7/10/2001, p. 40. Coincidentemente, el Procurador explica en su dictamen que "la curva de utilidad marginal que atañe a las partes es inversa, puesto que las empresas de medicina prepaga obtienen mayores réditos en los comienzos de la relación, en que los pacientes pagan, por lo general, con bajo nivel de consumo de servicios...".

la protección de la vida, la salud y la seguridad (ley uruguaya, art. 6°, inc. 1°; ley portuguesa, art. 3°, inc. b]; ley española, art. 2°, inc. 1° a]; en Brasil, el Código do Consumidor, art. 6°, inc. 1°, etc.). Otras legislaciones, como la nuestra, disponen medidas tendientes a prevenir eventuales daños (arts. 5° y 6° de la ley 24.240).

En lo que hace a los contratos de medicina prepaga, no cabe ninguna duda de que están contemplados en el ámbito de aplicación de esta ley. Es claro que quien contrata con ellas un *servicio* (la prestación médica) *a título oneroso para beneficio propio* cuadra perfectamente en la definición de "consumidor" provista por el art. 1° de la ley 24.240 (LDC). Asimismo, las empresas de medicina prepaga son, de acuerdo al artículo siguiente, proveedoras de servicios, por lo que están obligadas al cumplimiento de esta normativa.

Las consecuencias prácticas que se derivan de calificar a la presente relación como "de consumo" son variadas. En primer lugar, los arts. 3° y 37 ordenan que la interpretación se haga en el sentido más favorable al consumidor. El primero de ellos resuelve un eventual conflicto normativo al disponer que, cuando dos o más leyes sean aplicables a una misma situación, debe estarse a lo prescripto por la que más beneficie al consumidor. El segundo de los artículos mencionados regula en idéntico sentido la interpretación de las cláusulas del contrato en caso de ambigüedad, vaguedad, contradicción, etc. Respecto de las cláusulas abusivas, establece que se las tendrá por no convenidas, sin perjuicio de la validez del contrato. Otra de las consecuencias, observada en el voto del Dr. Vázquez, es la prevista en el art. 6°, LDC: "Las cosas y servicios [...] cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos [...] razonables para garantizar la seguridad de los mismos". Esta premisa —continúa diciendo el ministro— fue desconocida en el caso. Si bien a simple vista la norma puede parecer inaplicable, creemos que el deber de seguridad, presente en todo contrato (art. 1198, CCiv.), obligaba a Omint SA de Servicios a no interrumpir la asistencia médica, ya que de esa manera se evitaba poner en peligro la salud del actor.

5. Factores pragmáticos

Alf Ross, al definir el proceso de decisión judicial, dice que "es la resultante de un paralelogramo de fuerzas en el que los vectores dominantes son la conciencia jurídica formal y la conciencia jurídica material. La decisión a la que se arriba está determinada por el efecto combinado de la interpretación cognoscitiva de la ley y de la actitud valorativa de la conciencia jurídica" [15]. Por conciencia jurídica formal debe entenderse el sentimiento de respeto por el de-

[15] Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1997, p. 175.

recho; engloba la idea de que las sentencias deben fundarse en la normativa vigente. Ahora, el juez no es un autómata que en forma mecánica transforma normas y hechos en decisiones, sino que teniendo en cuenta su función social adopta resoluciones que siente como "correctas", de acuerdo con la tradición jurídica y cultural. A esto último se lo denomina conciencia jurídica material, que está comprendida, en definitiva, por la valoración extra-jurídica del juez. La sentencia será, entonces, el resultado de la lucha entre el sentimiento de obediencia al derecho y el sentimiento de estar arribando a una solución "justa" o "correcta". Sin embargo, una vez que el juez resolvió su conflicto interno, empieza a considerar lo que Ross denomina *factores pragmáticos*. Éstos no son otra cosa que los efectos sociales de su sentencia. En casos de gran trascendencia, por lo general, el juez se encuentra "presionado" para fallar en uno u otro sentido, por lo que los factores pragmáticos pueden llegar a ser el elemento de decisión más importante.

Esta breve reseña del pensamiento de Ross tiene como finalidad facilitar la exposición de los factores pragmáticos en el fallo de la Corte Suprema. Puede notarse que el Procurador, luego de analizar los hechos del caso, la función social de las empresas de medicina prepaga, la naturaleza jurídica de la relación entre ISC Bunker Ramo Argentina SA, Omint SA de Servicios y el actor, las características del contrato de medicina prepaga y la aplicación de la ley de defensa del consumidor, algunos párrafos antes de fallar, se detiene en un argumento que no es jurídico sino pragmático. Así, señala que "en este contexto no puede desconocerse que resultaría más dificultoso —acaso imposible— para el pretensor, en su situación actual, contratar otra cobertura sanitaria de similares características, a lo que se añade [...] que las características de esta patología imponen un tratamiento tanto regular como oportuno y sin dilaciones". En el voto del Dr. Vázquez puede leerse: "el rechazo del actor implicó su total desprotección, puesto que, en los hechos, resulta imposible pensar que tiene posibilidades de acceder a una institución similar encontrándose ya instalada en él una enfermedad como el SIDA". En el párrafo siguiente podemos observar que los factores pragmáticos coinciden con la conciencia jurídica material del ministro: "en este aspecto, cabe hacer hincapié en que la conceptualización del derecho como justicia y equidad imponía al tribunal *a quo* la necesidad de afirmar que valores tales como la salud y la vida están por encima de todo criterio económico".

Las consecuencias de un fallo adverso serían tres. Primero, se estaría privando al actor de recibir tratamiento en el corto y mediano plazo, lo que podría redundar en un agravamiento de su salud. En segundo lugar, se estaría trasladando a un paciente del sector privado al sector público. A fin de cuentas se estaría contribuyendo a la saturación del sistema. Por último, teniendo en cuenta que —sin ser vinculante— la jurisprudencia de la Corte Suprema ejerce una

gran influencia en las decisiones de los tribunales inferiores, se estaría marcando un camino en el que sería imposible la realización del derecho a la salud.

III. Reflexión final

Como siempre, las conclusiones las fuimos trazando en el desarrollo del trabajo. Sin perjuicio de ello haremos un último comentario.

El sistema jurídico fue receptando la problemática del virus HIV hasta llegar, en menos de una década, a un nivel satisfactorio desde el punto de vista de las garantías que consagra. La gran deuda pendiente es la plena eficacia del plexo normativo. Ésta se logra desde la administración pública, mediante la implementación de políticas de acción social [16], pero fundamentalmente con un Poder Judicial decidido, que dé señales inequívocas respecto de su voluntad de proteger la salud de la comunidad. Este fallo de la Corte Suprema es un aporte importante en ese sentido. Destaca algunas pautas que ya no van a poder ser discutidas. Condena la sujeción a tecnicismos legales y criterios formales [17] cuando están involucrados bienes jurídicos superiores. En el plano económico, llama la atención a las empresas de medicina prepaga que intentan lucrar desmedidamente a costa de los beneficiarios.

Por último, creemos que se ha preservado la seguridad jurídica. Pero no la seguridad jurídica a la que estamos acostumbrados, relacionada principalmente con el derecho de propiedad, sino una seguridad jurídica ligada a otros valores como la protección de la salud, que no puede ser coartada por la voluntad unilateral de las empresas. La arbitrariedad ha sucumbido ante la supremacía, no de la ley, sino del Derecho aplicado por la Corte con criterios de razonabilidad y marcada solidaridad. Por ello, nos atrevemos a afirmar, siguiendo las ideas de José Ingenieros, que este fallo es un fallo justo [18].

[16] Podemos destacar las res. 787/91 (Política Normativa en Relación a la Infección de HIV en los Servicios Carcelarios Federales), 18/92 (Programa Nacional de Lucha contra los Retrovirus Humanos) y 169/94 (Vademécum básico para la atención de pacientes de HIV) del Ministerio de Salud y Acción Social, entre otras.

[17] Al referirse a la admisión del recurso extraordinario, dice: "...sin que quepa extremar, a su turno, la apreciación de los requisitos formales del remedio, habida cuenta la índole de los derechos en juego y dado que, finalmente, se pretende el resguardo de garantías cuya interpretación ha sido confiada a esa Corte".

[18] Ingenieros, José, *Las fuerzas morales*, Losada, Buenos Aires, 1991, ps. 38 y ss. El autor explica que la justicia es un presupuesto de la solidaridad. Entonces, donde hay solidaridad necesariamente hay justicia.

LITERATURA Y DERECHO

LITERATURA Y DERECHO

En este número inauguramos una nueva sección en nuestra revista en la que pretendemos comenzar a construir "un puente entre la literatura y el derecho" [1] con la intención de enriquecer el saber jurídico. Aún podemos discutir cuál es el objeto de dicho saber, pero no nos quedan dudas de lo valiosa que resulta la interdisciplinariedad con otros conocimientos, entre ellos, la literatura. El lector puede preguntarse ¿qué puede aportar la literatura al derecho? Para responder a este interrogante, nos vemos obligados a definir a la literatura y su función en nuestra sociedad, para luego delinear el aporte que puede brindar al derecho en particular. Encontramos múltiples opiniones al respecto, pero preferimos destacar la de Jean Paul Sartre que, con sencillez y claridad, sostuvo: "...lo que hay que hacer, es mostrar al hombre en la infinita red de sus relaciones con un horizonte, y tomarlo como tema. Para mí, en suma, la literatura tiene una función de realismo, de amplificación [...] además, una función crítica. Función, por otra parte, que asume por sí misma: el hombre no necesita saberse crítico para serlo. Estos tres elementos me parecen indispensables: tomar al hombre, mostrar que está vinculado al mundo en su totalidad, hacerle sentir su propia situación, para que se encuentre en ella, y se encuentre a disgusto, y, al mismo tiempo, darle los elementos de una crítica que pueda facilitarle una toma de conciencia..." [2]. Por consiguiente, este "puente" permitiría que el saber jurídico se acerque al ser humano y a su relación con el mundo que lo rodea, alejándose así de posturas idealistas. Esta opinión es compartida por Edgar Morin al decir que "...la ciencia es un modo de conocimiento que tiene su valor, su modo de verificación y su búsqueda de objetividad, pero también sus limitaciones... Las ciencias sociales no pueden revelar las vidas personales, los sujetos con su ambiente, sus pasiones, el odio, el amor. Pienso que si queremos comprender el mundo humano, la literatura es fundamental..." [3]. Por otra parte, la

[1] Expresión utilizada por MARÍ, Enrique E., "Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 2, 1998, p. 251.

[2] Conversación con Jean Paul Sartre realizada por Jorge Semprún publicada en *Cuadernos de Ruedo Ibérico*, París, octubre-noviembre de 1965, nro. 3, ps. 78/86.

[3] Entrevista a Edgar Morin realizada por Claudio Martyniuk publicada en el diario *Clarín*, suplemento "Zona", 30/1/2000 cit. en CÁRCOVA, Carlos M., "Derecho, literatura y conocimiento", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1999-2000, p. 176.

literatura permite reforzar la función crítica del saber jurídico brindando nuevas armas en la lucha por un cambio de la realidad. En ello se basa la decisión de abrir esta nueva sección, que hoy comienza desde la propia redacción de *Lecciones y Ensayos*, pero que esperamos siga creciendo en el futuro con el aporte de alumnos y profesores.

El siguiente extracto pertenece al libro *Diccionario del Diablo* de Ambrose Bierce (1842-1914). Este autor norteamericano, cuyo lapso de vida coincide con la construcción interna de su país, se alistó en uno de los bandos durante la Guerra Civil, para luego dedicarse al periodismo. Cuando tenía más de 70 años se aventuró a participar de la Revolución mexicana. Su vida fue agitada y signada por hechos trágicos, lo cual colaboró a formar su espíritu cínico y ácido.

Este libro es una recopilación de las publicaciones que realizó en un semanario desde 1881 hasta 1906. Resulta fascinante la crítica corrosiva que despliega atacando principalmente los valores e instituciones modernas, no escapando de esta crítica el derecho, entendido como orden jurídico.

En el siguiente parágrafo imagina el nacimiento del derecho de un modo original.

"Satanás: s. Uno de los lamentables errores del Creador. Habiendo recibido la categoría de arcángel, Satanás se volvió muy desagradable y fue finalmente expulsado del Paraíso. A mitad de camino en su caída, se detuvo, reflexionó un instante y volvió. —Quiero pedir un favor —dijo. —¿Cuál? —Tengo entendido que el hombre está por ser creado. Necesitará leyes. —¡Qué dices miserable! Tú, su enemigo señalado, destinado a odiar su alma desde el alba de la eternidad, ¿tú pretendes hacer sus leyes? —Perdón; lo único que pido, es que las haga él mismo. Y así se ordenó".

El segundo extracto de esta sección pertenece a *La isla de los Pingüinos*, la fantástica obra de Anatole France. Su nombre verdadero era Jacques Anatole François Thibault, nació en París en 1844 y falleció en Tours en 1924. Fue considerado uno de los más grandes escritores franceses, siendo galardonado con el premio Nobel de literatura en 1921. Fue un acérrimo defensor de las causas humanitarias, de los derechos civiles y laborales y de la educación popular. También resulta destacable su intervención a favor de Dreyfus.

En 1880, publica *La isla de los Pingüinos*, en donde refleja una sátira a la sociedad moderna, a partir de la evolución histórica de estas aves al convertirse en antropomorfas.

En este parágrafo —a través de una conversación entre San Mael y el monje Bulloch— se desarrolla una fuerte crítica al derecho a la propiedad privada y a su fundamento.

Entonces dijo a Bulloch:

—Observo con tristeza, hijo mío, que los habitantes de esta isla, desde que se han transformado en hombres, obran con menos prudencia que antes. Cuando pertenecían al reino de las aves sólo se querellaban en la época de celo, y al presente disputan a todas horas [...].

Precisamente en el fresco valle hay una docena de hombres pingüinos ocupados en reventarse los unos a los otros con palos y azadones, que debieran solamente aplicar a los trabajos del campo. Más crueles aún que los hombres, las mujeres desgarran con sus uñas el rostro de sus enemigos. ¿Sabes por qué se destrozan?

—Lo hacen por espíritu de asociación, padre mío, y para asegurar lo por venir —respondió Bulloch—. El hombre es, por esencia, previsor y sociable; tal es su carácter. No puede vivir sin una segura apropiación de las cosas. Esos pingüinos que veis, venerable maestro, se apropian las tierras.

—¿No podrían apropiárselas menos violentamente? —preguntó el anciano— [...]. ¿No veis, hijo mío, aquel que, furioso, arranca con los dientes la nariz de su adversario, y ese otro que aplasta la cabeza de una mujer con una piedra enorme?

—Los veo —respondió Bulloch—. Ahora crean el derecho y fundan la propiedad, establecen los llamados principios de la civilización, las bases sociales y los cimientos del Estado.

—¿Cómo es posible?— preguntó el anciano Mael.

—Amojonan los campos. Éste es el origen de toda organización social. Vuestros pingüinos, venerable maestro, realizan augustas funciones. Su obra será consagrada por los legisladores, protegida y confirmada por los magistrados a través de los siglos.

Mientras el monje Bulloch pronunciaba estas palabras, un robusto pingüino de piel blanca y pelo rojo atravesaba el valle cargado con una enorme maza. Acercóse a un humilde pingüino que regaba sus lechugas abrasado por el sol, y le gritó:

—¡Tu campo es mío!

Después de pronunciar estas palabras dominadoras, golpeó con la maza la cabeza del hortelano, el cual se desplomó sobre la tierra cultivada por sus afanes.

Entonces el santo varón Mael [...] con la voz ahogada por el dolor y el miedo, dirigió al cielo esta súplica:

—Dios mío, Señor mío, Tú, que recibes los sacrificios de Abel; Tú, que maldices a Caín, venga, Señor, a este inocente pingüino inmolado en su huerta y haz sentir al asesino el peso de tu brazo. ¿Habrá crimen más odioso ni más grave ofensa a tu Justicia, Señor, que este asesinato y este robo?

—Cuidado, padre mío —dijo Bulloch suavemente—, pues lo que llamais robo y asesinato es la guerra y la conquista, fundamentos sagrados de los im-

perios, origen de todas las virtudes y de todas las grandezas humanas. Reflexionad que si vituperais al robusto pingüino escarneceis el principio y raíz de toda propiedad. No me costaría mucho trabajo demostrarlo. Cultivar la tierra, es una cosa, y otra cosa es poseerla: no debe haber confusión entre ambas. En materia de propiedad, el derecho del primer ocupante es incierto e infundado; el derecho de conquista descansa en sólidos cimientos; es el único respetable, por ser el que se hace respetar. La propiedad tiene por único y glorioso origen la fuerza, principia y se conserva por la fuerza. Así, es augusta y sólo cede a una fuerza mayor; por esto puede llamarse noble a todo el que posee. Y ese pingüino rojo y forzudo que despachurra al trabajador para quitarle su huerta, acaba de fundar una muy noble casa. Voy a felicitarle.

Después de hablar así, Bulloch se acercó al robusto pingüino [...]. Y después de inclinarse el monje casi hasta dar con la cabeza en el suelo, le dijo:

—Señor Greatauk, príncipe temido, vengo a rendiros homenaje como fundador que sois de un poder legítimo y de una riqueza hereditaria. Sepultado en vuestro territorio el cráneo del vil pingüino a quien derrotasteis, arraigarán para siempre los sagrados derechos de vuestra propiedad sobre este suelo, ennoblecido por vuestra conquista [...].

Bulloch puede ser considerado, pues, como fundador del Derecho Civil en la Pingüinia.

El texto es muy rico en su conjunto y generará seguramente múltiples comentarios. Por nuestra parte nos gustaría relacionarlo con ciertas ideas.

Es interesante tomar por un momento la definición de derecho real de Aubry y Rau, en donde se sostiene que este derecho existe cuando una cosa se encuentra sometida al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata *oponible a toda otra persona*. Como observamos, la naturaleza del derecho real estaría dada por su oponibilidad *erga omnes*. Esta oponibilidad se garantiza al titular del derecho cuando tiene acceso a medios jurídicos coercitivos —en las sociedades modernas a través de las acciones reales—. En el fragmento de Anatole France es claro que el derecho de propiedad privada existe cuando el titular es lo suficientemente fuerte como para poder impedir que los demás se apropien de su posesión. Por lo tanto, la vigencia del derecho a la propiedad privada se garantiza sobre la base del acceso a la coerción.

Otro aspecto interesante es que el derecho de propiedad privada y, consecuentemente, el Derecho Civil tienen origen en un hecho ("Ser"), en un acto de fuerza. Por lo tanto, la distinción entre ser y deber ser "inmediatamente dada a nuestra conciencia", según Hans Kelsen, no parece tan clara en este relato. Al menos, ni Bulloch, ni Greatauk parecen tener en la mente una norma fundamental para fundar el ejercicio de su poder, ni para derivar válidamente las normas jurídicas.

Respecto del derecho de conquista, preferimos transcribir un pasaje del libro de Engels *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado.*

Veamos el imperio de los francos. En él correspondió a los salidos victoriosos la posesión absoluta no sólo de los vastos dominios del Estado romano, sino también de todos los demás inmensos territorios no distribuidos aún entre las grandes y pequeñas comunidades regionales y de las marcas, y principalmente la de todas las extensísimas superficies pobladas de bosques. Lo primero que hizo el rey franco al convertirse de simple jefe militar supremo en un verdadero príncipe, fue transformar esas propiedades del pueblo en dominios reales, robarlas al pueblo y donarlas o concederlas en feudo a las personas de su séquito.

Por último, queremos remarcar la noción de sagrado del derecho a la propiedad privada, a la cual, nuestra CSJN no se ha mantenido ajena. En el fallo "La municipalidad del Capital contra doña Isabel A. Elortondo, sobre expropiación; por inconstitucionalidad de la ley de 31 de Octubre de 1884" (*sic*) se dijo en el considerando undécimo: "Que con tal sistema, en efecto, para ejecutar obras de utilidad pública en un extremo de la República, por ejemplo, sería permitido expropiar bienes en el otro, y atacar arbitraria e indistintamente en todos los puntos del país el sagrado de la propiedad...".

El tercer texto pertenece a Alejandro Dumas, quien nació en 1802 en Villers-Cotterês, al norte de París y murió en 1870. Se dedicó a estudiar profundamente la Historia, la cual nutrió muchas de sus novelas. A los 27 años, ya era un célebre escritor, destacándose también su participación en la vida política, apoyando la revolución de 1848, y a Garibaldi en Italia. En 1844 inició una serie de grandes novelas sobre los acontecimientos más singulares de la historia de Francia, entre las que se encontraba su gran obra *Los Tres Mosqueteros*. De *El Conde de Montecristo* compartiremos el siguiente extracto.

—¿Y creéis que no ofrece peligro nuestro desembarco?

—Ninguno. Los contrabandistas no son ladrones.

—Pero esos bandidos corsos... —murmuró Franz calculando de antemano todas las posibilidades.

—¡Vaya por Dios! —dijo Gaetano—. Ellos no tienen la culpa de ser bandidos, sino la autoridad.

—¿Qué decís?

—Desde luego. Les persiguen por haber hecho una piel, y nada más. ¡Cómo si el vengarse no fuera en Córcega lo más natural del mundo!

—¿Qué entendeis por haber hecho una piel? ¿Haber asesinado a un hombre? —dijo Franz prosiguiendo sus pesquisas.

—Haber matado a un enemigo, que es muy diferente —respondió el patrón.

Es evidente la influencia del positivismo, aunque primitivo, en el pensamiento de algunos personajes de esta obra. La *autoridad* es la que determina

quiénes son bandidos y quiénes no. Esto es posible afirmarlo únicamente desde el relativismo ético, ya que no existe *mala in se* sino *mala prohibita*. Es ilícita aquella conducta a la cual el ordenamiento jurídico imputa una sanción. Ningún juicio de valor indica qué conductas son buenas y cuáles son malas. Así, una conducta altruista, como la beneficencia o caridad, reconocida como buena por la sociedad, sería delito si el sistema hubiese previsto la aplicación de una sanción como consecuencia de su realización. Éste es un paso fundamental en la ciencia del derecho. Permite describir los fenómenos jurídicos avalorativamente, por lo tanto, con mayor precisión.

Otro aspecto interesante para destacar es la significación jurídica de los *hechos*, claramente expuesta por Dumas. Desde el positivismo, el mismo acto de acabar con la vida de un ser humano va a ser considerado homicidio, defensa propia, venganza o la ejecución de una sentencia, dependiendo de lo que el ordenamiento jurídico establezca. En el caso, Franz pregunta si *haber hecho una piel* es haber asesinado a alguien. Lógicamente, el patrón interpreta el mismo hecho a la luz del ordenamiento jurídico en el que los corsos se desenvuelven, y de acuerdo con éste, no es lo mismo matar a un hombre que matar a un enemigo. Lo primero, podemos suponer, está penado y lo segundo no. Entonces, *hacer una piel* —que no es delito— se diferencia del homicidio por la significación jurídica que cada hecho adquiere en virtud de las disposiciones del sistema jurídico en que son interpretados, aun cuando la conducta observada por un tercero sea idéntica en ambos casos.

También podemos encontrar a partir de este mismo extracto interesantes concordancias con la filosofía iluminista, la cual consideraba que sólo la ley determinaba los delitos y su sanción. Al respecto, uno de los principales exponentes del Iluminismo, Cesare Beccaria, sostenía que "En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. La premisa mayor será la ley general; la menor la acción conforme o no con la ley, de donde inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre".

Este apego por la ley penal, es manifestado también por Montesquieu al considerar que "En el Gobierno republicano es propio de la naturaleza de la constitución que los jueces sigan la letra de la ley [...] el juez impone la pena que la ley señala para aquel hecho, para lo cual no necesita más que tener ojos".

Este último extracto pertenece al libro *La última tentación*, y su autor es Nikos Kazantzakis, quien nació en 1883 en Candia (hoy Heraclion), en la isla de Creta, y estudió en la Universidad de Atenas, donde obtuvo el título de Licenciado en Derecho. Su obra más conocida es la novela *Zorba, el griego*. También publicó diversos libros sobre temas religiosos y filosóficos, entre los que se destaca *La última tentación de Cristo* en 1951. Falleció en el año 1957.

—¡Crucificadlo— gritó. (Rufo, el centurión)

—Yo pronuncié mi sentencia —dijo el rabino con voz calma—, y tú pronunciaste la tuya, centurión. Pero aún debe pronunciar la suya alguien que es más grande que nosotros.

—¿El emperador?

—No. Dios.

El centurión se echó a reir.

—Yo soy en Nazaret la voz del emperador. El emperador es en toda la tierra la voz de Dios. Dios, el emperador y Rufo pronunciaron su sentencia.

El rabino y el centurión invocan el derecho natural para defender sus posturas, que, obviamente, son contradictorias. Ha sido típico del jusnaturalismo servir como argumento para respaldar cualquier decisión o exigencia. Se han producido revoluciones y terrorismo de estado en nombre del derecho natural, se lo ha utilizado para justificar la democracia y el poder absoluto; no hay ideología que no pueda ser defendida recurriendo a la ley natural. En definitiva, quien la invoca nada dice que pueda ser comprobado, porque apela a los valores —por lo general, los propios—, y éstos no son verdaderos ni falsos.

La crucifixión, sostiene implícitamente el rabino, como ejecución de una norma positiva —que es la sentencia— se contrapone con el derecho divino, por lo tanto, no es válida. Por supuesto, el rabino no nos explica cómo logró conocer la ley de dios ni cuál es su contenido.

Desde otro punto de vista, el centurión afirma que, en última instancia, es dios quien dicta la sentencia. Es admisible que el emperador haya facultado al centurión a pronunciar y ejecutar sentencias, pero lo que no puede ser explicado —sin recurrir a la magia, claro está— es de qué manera el emperador es la voz de dios en la tierra.

Hay varias formas de resolver este conflicto. La primera es aceptando que el derecho no es más que la imposición de las decisiones del más fuerte. Esto puede verse en el hecho de que si el emperador es la voz de dios, y nadie, salvo por medio de suyo, puede conocerla, no hay seguridad de que esta supuesta voz de dios no sea en realidad la voluntad egoísta del emperador. Otra forma de resolver el problema es acudiendo a una fórmula que el derecho natural ha utilizado en el pasado. Esta fórmula exigía resignarse ante una ley humana aparentemente injusta en pos de conservar la paz social —aunque en otra línea de pensamiento, el contractualismo en la voz de Hobbes también se enfrenta con esta disyuntiva de la legitimación y se asimilan en la explicación y necesidad de una herramienta, aún injusta, que asegure el orden—. El autor comienza con la descripción del hombre como un ser apasionado e insaciable, que deseará e invadirá sin cesar las posesiones ajenas; se sentirá acosado, a su vez, por los demás. Para que no lo golpeen, golpeará primero, convirtiendo el miedo en violencia. Sin embargo, esta situación natural de los hombres —guerra—, cesará en un

momento de lucidez, cuando los hombres *acuerden* crear un monstruo aún más violento que ellos, el Estado, para que los contenga y sujete mediante el terror.

La tercera manera de resolver el problema de la legitimación del poder en el derecho natural es que en la medida en que éste exista, no puede ser conocido por los hombres, pero es permanentemente invocado por ellos pues resulta de gran utilidad al momento de fundar o legitimar la fuerza, ya sea conservadora o revolucionaria; no es recomendable considerarlo seriamente como elemento a tener en cuenta en el análisis jurídico.

¿LO SABÍA?

¿LO SABÍA?

DEUDA PÚBLICA

"Brunicardi Adriano Caredio v. Estado Nacional (BCRA) s/ cobro".
Procurador Fappiano.

"...desde la primera mitad de este siglo, la práctica de las Naciones evidencia la aplicación de una regla de conducta uniforme y reiterada de los Estados *(opinio juris)* con arreglo a lo cual un país incurre en responsabilidad internacional si desconoce, repudia, anula, suspende o modifica el servicio de su deuda mediante acto legislativo o decreto ejecutivo si no justifica estas medidas en razones de necesidad financiera o de interés público. Efectivamente, hacia fines de los años veinte, el Secretario del Tesoro de los Estados Unidos de América, Andrew Mellon, proclamaba que "...La insistencia en el cumplimiento de un convenio que supere la capacidad de pago de una Nación, le serviría de justificación para negarse a cualquier arreglo. Nadie puede hacer lo imposible..." [...].

Consecuentemente con ello, las suspensiones del servicio de la deuda que los gobiernos han efectuado invocando razones de necesidad financiera o de interés público han sido aceptadas por la comunidad internacional. Tal el caso de la "incapacidad de pago" planteada por los Aliados europeos en la primera postguerra, la que Alemania adujera frente a esos mismos Aliados y la que América latina invocara frente a los tenedores de sus bonos en la década de los treintas. [...].

El tema de la deuda pública quedó, finalmente, incluido como circunstancia excluyente de ilicitud en el derecho internacional, en el proyecto del Relator Especial Roberto Ago, elaborado tendiendo en cuenta el documento preparado por la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas en el marco de las investigaciones realizadas de la práctica de los estados, la jurisprudencia internacional y la doctrina relativa a las diversas circunstancias provisionalmente seleccionadas para la elaboración de ese informe como excluyentes de ilicitud en el derecho internacional: la fuerza mayor, el caso fortuito y el estado de necesidad [...]. En el trigésimo período de sesiones, la Comisión aprobó la primer lectura del proyecto Ago [...].

Así en el asunto de la indemnización rusa, la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya declaró en su fallo del 11 de noviembre de 1912 que: "hay fuerza mayor siempre que el pago de la deuda pueda hacer peligrar la existencia

del Estado, aunque ese peligro no sea grave, o que el pago pueda comprometer gravemente su situación interior o exterior".

En referencia al caso griego se dice que "incluyó varias citas del profesor Gastón Jèze. Entre ellas la del *Journal des Finances* del 2 de agosto de 1927 donde afirmó que: "Constituye, en efecto, una norma indiscutible del derecho internacional financiero el que un Estado está facultado legítimamente para suspender el servicio de su deuda pública en la medida en que el servicio íntegro de ella comprometería el buen funcionamiento de sus servicios públicos esenciales. En efecto, es evidente que, para pagar íntegramente a sus acreedores, un gobierno no va a paralizar los servicios de la defensa nacional, de la policía y de la justicia" [...]. Es una norma de derecho internacional positivo el que un Estado se encuentre autorizado para dar prioridad al funcionamiento de sus servicios públicos esenciales sobre el pago de su deuda.

(Fallos, 319:2886).

BIBLIOTECA POLICIAL

J. Maxwel consideraba que la criminalidad era hereditaria. Basa su postura en este fragmento de la *Moral Sexual* de Wylm: "Ella dirá [La ciencia], lo dice ya, que la libertad humana no tiene límites, que debe ser respetada hasta donde no sea perjudicial y que no es más injusto el privar a los reproductores malsanos de los medios de perjudicar, que lo es el arrancar a las víboras sus colmillos venenosos [...]. La colectividad tiene el derecho de alejar toda la posibilidad de uniones malsanas".

A partir de allí intenta fundamentar la castración como mejor medio para combatir el delito. Afirma categóricamente: "La lucha contra la herencia no existe en nuestras regiones; este acto tan importante para el individuo procreado, la reproducción, este hecho tan grave para la colectividad cuya composición depende de las uniones fecundas, está en absoluto descuidado por nuestras sociedades actuales, y principalmente en Occidente. No puedo comprender la indiferencia con que se deja llevar a cabo esta función a la colectividad, y al niño que ha de nacer más aún, quizá, que a los mismos padres que lo engendran [...]. Los cuidamos en los asilos, cuando no los enviamos a presidio, pero no buscamos la forma de prevenir la desgracia de su nacimiento culpable. Acordamos premios a la selección de reproductores de animales, fomentamos la cría de caballos de pura sangre, la de toros, la de corderos y permanecemos indiferentes ante la calidad de los hombres y las mujeres que formarán nuestra futura sociedad.

"No puedo comprender nuestra locura, nuestra ceguera, pues no es sólo la criatura a quien se debiera alejar de la vida, como se aleja al transeúnte de la mina que va a explotar. También el cuerpo social se le debe proteger de la introducción de todo germen malsano".

Asevera que "...la castración de los criminales, científicamente, no ofrece inconvenientes. ¿Qué pueden interesarnos el placer y las ilusiones de los padres

ante el superior interés social y el hijo futuro [...]. Es evidente como la castración es una medida de eficacia absoluta; los reproductores malsanos quedan excluidos de toda participación en la formación de elementos de la sociedad futura".

Maxwel, J. *El crimen y la sociedad*. T. II, Biblioteca Policial, Buenos Aires, 1939.

¡SANCINETTI ES UTÓPICO!

"En todos los casos, la tentativa del delito es asimilada al acto. Los obstáculos que pudieron impedir la ejecución de un crimen no constituyen, según ellos, disculpa para el criminal de quien no dependió que sucediese de otro modo".

Moro, Tomás. *Utopía*, Biblioteca Mundial Sopena, 1941, Buenos Aires, p. 101.

"Si el reproche incluye otros elementos distintos a la voluntad, reprochará algo que, en verdad, no es propiamente imputable al autor. Imputable al autor es sólo su *decisión de acción*, su *acto de voluntad*; lo que excede de esto constituirá un *elemento casual* respecto del autor imputado: un tratamiento injusto [...].

[El ilícito] no puede incluir ingredientes que no estén alcanzados por el contexto de la finalidad del autor, que no sean enteramente dependientes de su voluntad [...]. La producción del resultado, como tal, no podría agregar más finalidad, más decisión de afectación del objeto del bien jurídico.

Que el resultado se produzca efectivamente, o no, no integrará esa decisión [de voluntad]. El [resultado] no agrega nada a la tendencia de la acción no le quita a ésta un ápice de voluntad".

Sancinetti, Marcelo. *Teoría del delito y disvalor de acción: una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, ps. 62 y 63.

ANARQUÍA FIDUCIARIA

"Por lo que respecta a la prohibición a las provincias de emitir billetes y sellar moneda sin autorización del Congreso federal debe consignarse en homenaje a la verdad que ante las urgencias porque han atravesado algunas provincias, lanzaron las llamadas 'letras de tesorería', medio poco disimulado en realidad de violar la mencionada prohibición [...]. Si la emisión de letras y bonos de tesorería se generalizara, se llegaría a una verdadera anarquía fiduciaria y a la ruina de las mismas provincias que se pretendiera apuntalar en forma tan espuria.

De Vedia y Mitre, Mariano. *El régimen tributario de la Argentina*, Editorial de la Universidad, Buenos Aires, 1926, p. 162.

- **Gargarella, Roberto,** La política del republicanismo: vida pública y libertad de expresión
- **Corti, Horacio Guillermo,** La Ley de Presupuesto ante la Constitución
- **Pino, Guillermo,** Acerca del positivismo y la ciencia
- **Ferreyra, Raúl Gustavo,** Tensión entre principios constitucionales. A propósito de los "piquetes": ¿abuso o ejercicio de los derechos constitucionales que parecen antagonizar?
- **Pasten de Ishihara, Gloria Mariana,** Derecho del trabajo: su relación e integración con los Derechos Humanos, la Economía y la Sociología

- **Alanis, Sebastián D.,** Responsabilidad de las empresas de análisis crediticio
- **Parise, Agustín,** Un crisol utilizado por la Historia, el Derecho y la Ciencia del Pueblo
- **Spavenda, Verónica,** Género y control social

- **De Souza Del´Olmo, Florizabal,** Augusto Teixeira de Freitas. El protojurista del Mercosur

- **Profesor Doctor Julio Maier**

- **45 aniversario de la Revista Lecciones y Ensayos** (1956-2001)
- **Primer Encuentro entre Profesores y Alumnos sobre la Enseñanza del Derecho**
- **V Congreso Internacional de Derecho Civil.** Salto, Uruguay
- **Lasa, Pedro,** Ecomder. Primer Congreso Internacional por Internet sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico

- **Alivertí, Ana,** "Reconstruyendo las criminologías críticas": un comentario a la revista

- **Papayannis, Diego Martín,** SIDA y medicina prepaga

ISBN 950-20-1450-2