

Revista Electrónica

Año IV – N° 5 - 2010

Instituto de Investigaciones Jurídicas y
Sociales "Ambrosio L. Gioja"



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

Revista Electrónica

Instituto de Investigaciones Jurídicas y
Sociales "Ambrosio L. Gioja"

Año IV – N° 5 - 2010

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB) – 1er. Piso
Horario de Atención: Lunes a Viernes de 9 a 20 horas.
Teléfono: 054 –1-4-809-5629/32
URL: www.derecho.uba.ar/revistagioja
e-Mail: revistagioja@derecho.uba.ar



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

EDITOR RESPONSABLE

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"
(Av. Figueroa Alcorta 2263, primer piso, C1425CKB, Buenos Aires, Argentina)

DIRECTOR

Carlos María Cárcova

COMISIÓN DE REDACCIÓN

Martín Aldao
Lucas Arrimada
Mauro Benente
Agustín Cárdenes
Luciana B. Scotti
Leticia Vita

COMITÉ CIENTÍFICO

Atilio A. Alterini
David Baigún
Oscar Casas
Sara L. Feldstein de Cárdenas
Cecilia P. Grosman
Hortensia D. T. Gutiérrez Posse
Abelardo Levaggi
Julio Maier
Guillermo R. Moncayo
Tulio E. Ortiz

ÁRBITROS

Ignacio Gabriel Anitua
Mary Beloff
Griselda Capaldo
Luis F. Castillo Argañarás
María Laura Clérico
Aníbal D´Auria
Javier Echaide
Juan Carlos Frontera
Lidia Garrido Cordobera
Laura Pautassi
Mónica S. Rodríguez
Isabel Seoane

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Federico José Lago

Sumario

EDITORIAL

- CARLOS MARÍA CÁRCOVA Pag.
5

INVESTIGACIONES

- Federico L. De Fazio - *INTEGRACIÓN DE LOS OBREROS AL SISTEMA POLÍTICO Y SUS REPERCUSIONES SOBRE LA LEGISLACIÓN LABORAL Y PREVISIONAL CONSIDERADA DURANTE EL PRIMER GOBIERNO RADICAL (1916-1922)* Pag.
8
- Liber Martín - *CUANDO EL RÍO SUENA... EL ESTABLECIMIENTO DE UNA NUEVA MATRIZ DISCIPLINAR PARA EL DERECHO ARGENTINO DE AGUAS* 38
- Angelina Guillermina Meza - *LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS: LA ATRIBUCIÓN DE UN COMPORTAMIENTO AL ESTADO Y EL ROL DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA* 59
- Tulio Ortiz, Eduardo Barbarosch y Verónica Lescano Galardi - *LA FACULTAD DE DERECHO Y LA INTELLIGENTSIA* 76
- Juan S. Pegoraro - *LA EXCEPCIONALIDAD DEL PENSAMIENTO DE KARL MARX ACERCA DEL DELITO Y LA POLÍTICA PENAL* 92
- Bettina Laura Sidy - *EL EJERCICIO DEL GOBIERNO URBANO-COLONIAL: APUNTES PARA UN ANÁLISIS DE LOS BANDOS PARTICULARES EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES A MEDIADOS DEL SIGLO XVIII* 120

ENSAYO

- Alicia Noemí Farinati - *PASIÓN DEMOCRÁTICA: ¿PASIÓN PÚBLICA O PASIÓN POR EL PODER?* Pag.
138

CLÁSICO

- Hans Kelsen - *LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN* Pag.
150

RESEÑA

- Mauro Benente - *GIORGIO AGAMBEN. UNA ARQUEOLOGÍA DE LA POTENCIA DE EDGARDO CASTRO* Pag.
159

EDITORIAL

A pocos días de la culminación de la primera década del siglo XXI, estamos publicando el N° 5 de la *Revista Electrónica* de nuestro Instituto.

Con muy modestos medios, pero con el tesonero empeño de nuestra Comisión de Redacción y la colaboración de nuestros jóvenes investigadores y becarios, hemos conseguido darle continuidad a esta expresión de nuestra tarea cotidiana. Ella se refleja en los adelantos de las investigaciones en curso y en los ensayos y artículos que se divulgan a través de la revista.

En este número presentamos aportes de noveles investigadores y de académicos consagrados, con lo que aspiramos a producir síntesis valiosas; entre experiencia y entusiasmo, entre erudición e innovación.

Un párrafo destacado merece el ensayo de Hans Kelsen “La función de la Constitución”. Se trata de un texto de capital importancia, pues en su desarrollo el maestro vienés, poco tiempo antes de su deceso, con una lucidez y una honestidad intelectual admirable, decide modificar su concepción acerca de la naturaleza epistémica de la norma fundamental. Desde la publicación de las “Hauptproblem....” a finales de la segunda década del siglo XX, Kelsen concebía la “gründnorm”, como una hipótesis lógico-trascendental o, mas tarde, como una hipótesis básica de la ciencia del derecho. Al final de su vida y a través de una relativamente compleja argumentación, reconoce el carácter ficcional de la norma fundamental. Se trata, dice, de una ficción completa en el sentido de Hans Vahiger, pues el enunciado que le da contenido, es falso y autocontradictorio.

Considerar la proposición cupular del sistema jurídico como una ficción, abre un universo teórico de gran magnitud, aun no explorado suficientemente y atribuye enorme importancia a un ya antiguo ensayo de Norberto Bobbio sobre “Derecho y poder”, en el cual este último invitaba al reconocido e insigne maestro a repensar esa compleja y trabada relación.

Las tesis del último Kelsen, quien también sostuvo la imposibilidad de hacer una lógica de las normas, no fueron bien recibidas por sus seguidores más ortodoxos. Puede leerse por ejemplo, en el prólogo de la edición italiana de la “Teorías de las Normas”, obra póstuma, que Mario Lozano, el destacado jurista italiano, afirma con no resignado pesar: “...finalmente el último Kelsen no tiene porque ser el mejor Kelsen”.

En castellano se publicó una tardía traducción del texto que ahora difundimos en "Derecho y psicoanálisis" (Edicial, Bs. As, 1994) un libro colectivo que contaba con ensayos de Enrique E. Mari, Pierre Legendre y Arnoldo Siperman, entre otros.

Nos complacemos en divulgar ahora en nuestra Revista, un documento jurídico de tan importante relevancia.

Finalmente agradecemos a todos los autores su generosa contribución y su estimulante apoyo.

Hasta pronto.

Carlos M. Cárcova
Director



INVESTIGACIONES

**INTEGRACIÓN DE LOS OBREROS AL SISTEMA
POLÍTICO Y SUS REPERCUSIONES SOBRE LA
LEGISLACIÓN LABORAL Y PREVISIONAL
CONSIDERADA DURANTE EL PRIMER GOBIERNO
RADICAL (1916-1922)**

Por Federico L. De Fazio

RESUMEN

El presente trabajo intentará trazar comprensiones sobre las relaciones entabladas entre el Estado y los sindicatos, durante el primer gobierno de Hipólito Yrigoyen (1916-1922), y el impacto que estas relaciones tuvieron sobre la adopción de políticas públicas y, particularmente, el tratamiento de la legislación social.

PALABRAS CLAVE

Sindicalismo; Unión Cívica Radical; Relaciones Estado y Sindicatos; Legislación laboral y previsional.

INTEGRATION OF WORKERS INTO THE POLITICAL SYSTEM AND ITS REPERCUSSIONS ABOUT THE TREATMENT OF SOCIAL LEGISLATION DURING THE FIRST RADICAL GOVERNMENT (1916-1922)

By Federico L. De Fazio

SUMMARY

The present project wants to comprehend the relationships between the State and the labour unions, during the first Yrigoyen's presidency, and the impact which they had about the adoption of political policies and, particularly, the treatment of social legislation.

KEY WORDS

Syndicalism; UCR; State and Syndicalism relationships; Social legislation.

INTEGRACIÓN DE LOS OBREROS AL SISTEMA POLÍTICO Y SUS REPERCUSIONES SOBRE LA LEGISLACIÓN LABORAL Y PREVISIONAL CONSIDERADA DURANTE EL PRIMER GOBIERNO RADICAL (1916-1922)

Por Federico L. De Fazio*

I- INTRODUCCIÓN: LA EXPANSIÓN DE LA ESFERA PÚBLICA

Cuando nos referimos a las políticas públicas buscamos hacer mención a aquellas decisiones adoptadas, por parte de las legítimas autoridades gubernamentales instituidas con acuerdo a los requerimientos del régimen político, que afectan a aquella esfera de lo político considerada “pública”. Claro que esta definición meramente analítica, en términos kantianos, supone dar por supuesto un hipotético catálogo que nos identifique, apriorísticamente, cuáles regulaciones jurídicas se razonarán como propias de la “vida pública”, por un lado, y cuáles se razonarán como propias de la “vida privada”, por el otro. Esa idea de una nomenclatura definitoria que determine claramente los límites a la intervención estatal resulta ser ilusoria tan pronto nos interroguemos sobre algún tópico en particular al respecto, por ejemplo (y de acuerdo con el tema propuesto para reflexión): la posibilidad de intervención estatal en las relaciones industriales.

A partir del cuestionamiento propuesto, sugerimos establecer imaginariamente ciertas fronteras entre ambos conceptos a partir de la “contextualización” (temporal-histórico-espacial) donde se desarrollan aquellos actos de gobierno sujetos a estudio, para advertir la tendencia filosófico-política preponderante en el período histórico a desarrollar.

Sabemos que la irrupción del iluminismo y las concepciones filosófico-políticas devenidas a partir de Locke y Adam Smith, sugirieron una clara distinción entre lo público y lo privado, como resultado de los límites impuestos al Estado en resguardo de los derechos naturales de libertad y propiedad (positivadas en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789) (Bobbio, 2008).

Pero esta concepción de derechos absolutos e invariables, alumbrados por la tradición racionalista, comenzó a resquebrajarse tras la irrupción de aquello que los sociólogos denominaron “la cuestión social”. En efecto, a partir de las expresiones conflictivas, por parte de los obreros en los albores del siglo XIX, se auspició la consideración de nuevos roles por parte del Estado; nuevas regulaciones para eventos de la vida social que, según la concepción tradicional del liberalismo político, pertenecían a la esfera de lo

* Abogado. Integrante del proyecto UBACyT D002. Docente de Elementos de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Becario UBACyT. Miembro Adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”

privado. Tal como lo señala Ernesto Isuani, las primeras manifestaciones del Estado benefactor se evidencian ya a mediados del siglo XIX con las “políticas bismarckianas” que tuvieron, como finalidad principal, la asistencia social con miras a la prevención de conflictos sociales (Isuani, 1991) ¹.

A partir de esta breve referencia teórica podemos identificar un escenario en donde situar las políticas concretas que estudiaremos a continuación. De acuerdo a lo propuesto por Isuani, entonces, las políticas laborales desarrolladas durante el primer gobierno radical en Argentina (1916 -1922), pueden considerarse como parte del proceso de evolución del Estado benefactor en su acepción bismarkiana: es decir, como proyección de una serie de medidas tutelares con fines preventivos a las insurrecciones obreras (Isuani, 1991).

Esta expansión de “lo público” que se origina a partir de las tensiones sociales (y que, sin dudas, como sostiene Suriano, aceleran la crisis de la interpretación liberal), tendrá un impacto significativo para el surgimiento de nuevas comprensiones desde lo filosófico. Por ejemplo, puede considerarse que el desarrollo de la escuela del positivismo social (y su rígida concepción de orden y progreso) germina como una consecuencia de su relación dialéctica con la conflictividad social en general. Para ser más precisos, la “filosofía positiva” buscó, terminantemente, el descubrimiento de leyes sociales para prever la historia y, así, condicionar el rumbo hacia el progreso. Luego de acusar de “metafísicos” a los derechos individuales esbozados por “la razón”, el proyecto del positivismo social estuvo signado por una ampliación de la esfera pública en base a la idea del “órgano social”².

En nuestro país, la influencia de esta corriente fue muy marcada en el tratamiento de las primeras leyes obreras. La mencionada expansión de la esfera pública comenzó a destacarse notoriamente ya durante el tratamiento del proyecto de Código Nacional del Trabajo presentado por Joaquín V. González en el año 1904. El discurso que lo presentó decía: “[...] cada uno, en cualquier ocupación que ejecute, está en cierta medida proveyendo a una necesidad pública y en esa extensión el público se halla interesado en su trabajo. Sobre estas bases se funda el derecho del trabajo del estado para ejercer cierto grado de superintendencia sobre las industrias” (DS DIPUTADOS, 1904, I, 7). Las palabras vertidas por el Ministro del Interior de J. A. Roca exteriorizan, a nivel local, aquella trastocación conceptual de las ideas del liberalismo clásico en lo que refiere al intervencionismo estatal con sustento la idea de “funcionalismo social”. Como ya veremos, esa metamorfosis continuará profundizándose durante los años que prosiguieron y ello, creemos, por la añadidura de dos motivos que nos parecen significativos: la reforma

¹ El Estado benefactor de tipo bismarkiano se diferencia del Estado benefactor keynesiano, entre otras cosas, por tener una finalidad de remediación social y no de regularizar el ciclo económico. Comenta el autor: “En primer lugar, mientras el Keynesianismo o el Estado Keynesiano (EK) significó una ruptura con la etapa liberal previa a la década de 1930 y una respuesta a las crisis recurrentes por ésta producidas, el Estado Benefactor ya había desarrollado sus instituciones antes de la Gran Depresión. Segundo, las causas que los originaron son diferentes: el EB respondió a motivaciones de índole político-social, mientras que el EK lo hizo a determinantes de naturaleza fundamentalmente económica” (ISUANI, 1991, 9).

² El proyecto del positivismo social, si bien puede encontrar un origen en la obra de Saint-Simon, halla acabada manifestación con las teorizaciones de Augusto Comte y, en el campo de lo estrictamente jurídico, con la recepción de la obra de Comte por León Duguit.

electoral y la irrupción de un gobierno popular. Particularmente, la comprensión propuesta en este trabajo estará trazada desde estas dos últimas variables.

II- EL ESTADO CONSERVADOR Y LA CUESTIÓN SOCIAL

Se acepta en la literatura histórica, que durante los primeros dos lustros del siglo XX la política del Estado argentino se caracterizó, casi exclusivamente, por sus medidas represivas hacia las manifestaciones conflictivas del sector trabajador. De observarse la reacción del Estado ante las huelgas y el tratamiento legislativo, en dicho período, puede concluirse que la política estatal, en general, no concebía aún las diferencias y tensiones sociales de manera plural y abierta (cuestión que, como veremos, progresivamente se va a ir disolviendo).

De hecho, en sus discursos más intensos los actores tradicionales de la élite gobernante no reconocían la existencia estructural de la “cuestión social obrera” y estimaban que la única forma de “erradicar los conflictos sociales era la represión, puesto que los males sociales no eran, para ellos, inherentes al proceso histórico argentino sino provocados desde afuera por ideas contestatarias de anarquistas” (ZIMMERMANN, 1995). El desarrollo de esa interpretación de “lo social” conllevó, tras la huelga general de 1902, a la sanción de la “Ley de Residencia” y, tras el asesinato a jefe de policía Ramón Falcón y la gran agitación del centenario, a la sanción de la Ley de “Defensa Social”. Tales normativas, claro está, tuvieron en mira, principalmente, el desmembramiento de la cohesión sindical anarquista.

Más la ofensiva estatal no sólo estuvo dirigida desde lo estrictamente policíaco, sino que también dejó avizorar canales de acción desde lo simbólico y lo ideológico: por ejemplo, mediante la “fetichización” de la “identidad nacional”. Esa racionalidad generó que el inmigrante fuera emparentado como un criminal por naturaleza, pues, según se acusaba, el extranjero fomentaba una situación de “peligrosidad” que amenazaba al orden social y la construcción del país. Se concebía, gracias a la extensión del método de las ciencias naturales al campo de lo social, que la llegada del inmigrante al país suponía la inserción de una “especie extraña” dentro del ecosistema autóctono.

Hecho ese breve paréntesis, podemos señalar que, quizás paradójicamente, la retórica conservadora dejaba entrever que esas legislaciones represivas tenían como premisa fundante instaurar el “orden” y así allanar el camino hacia el “progreso”. Los intelectuales de ese entonces, como ya señalamos en el apartado anterior, se hallaban muy influidos por la cultura francesa y de allí esa tónica de argumentación propia de la filosofía positiva. El modelo a seguir, entonces, era el modelo europeo. En efecto, los países más “avanzados” del viejo continente ya habían desarrollado acabadamente la industrialización y, por ende, había sufrido la evolución de la cuestión social. Se suponía que tal como había sucedido allí trascendería en el resto de las poblaciones. Así, miembros del Congreso Nacional de aquellos años comentaban: “como si entre nosotros no demostrara la experiencia que todo gran movimiento europeo tiene su repercusión, su eco inseparable, aun estamos bajo su dominio moral y, si 1789 tuvo efectos americanos, si 1870 influyó nuestra marcha de nación, no hay que extrañar que la cuestión social, tan debatida, tenga proyecciones argentinas” (MAYO, 1975).

Yacía en dichos razonamientos una doble lectura: por un lado, la conflictividad social preocupaba seriamente la estabilidad del régimen político, pero, por otro lado, esa conflictividad era un signo de un progreso alcanzado, de una cercanía más latente con el proyecto europeo y ese andar no podía ser detenido bajo ninguna circunstancia. Sin lugar a dudas, para esta interpretación detenerse era perder el tren³.

Pocos años bastaron, entonces, para que aparecieran las primeras manifestaciones reformistas como un nuevo paradigma en la estrategia de prevenir los conflictos sociales, de garantizar el orden y la cohesión social. La política apoyada en las leyes dictadas por el positivismo social ya era un hecho en la administración conservadora. Así, por ejemplo el Estado comenzó a recopilar datos empíricos mediante los nombramientos, por decretos del PE del 22 de enero de 1904 y del 5 de marzo de 1904 respectivamente, de Biale Massé y a Pablo Storni para hacer relevamientos generales sobre la situación de la clase obrera⁴. Los relatos realizados en sendos informes, fueron el sustento empírico de la nueva estrategia de pacificar a la sociedad. El emblema y promulgador material de ese pensamiento en nuestro país, como ya se mencionó, fue Joaquín V. González, por entonces Ministro del Interior de la Nación. Él dirigió y presentó el proyecto de Código del Trabajo de 1904 que no obtuvo aprobación pero que, sin embargo, dio nacimiento a un puñado de leyes sociales. Victoria Haidar comenta: “En la mentalidad de Joaquín V. González [refiriéndose al proyecto de 1904], los mecanismos regulatorios, necesariamente preventivos, venían a reemplazar —parcialmente— a los viejos e ineficaces métodos de acción directa que el Estado argentino había dispuesto a los fines de desmontar el conflicto y de inmunizar las amenazas sediciosas de cierto sector de la población trabajadora” (HAIDAR, 2008, 55). Así lo expresó el propio Joaquín V. González en el discurso que le dio presentación al Proyecto: “el objetivo es eliminar en lo posible las causas de las agitaciones que se nota cada día más crecientes en el seno de aquellos gremios, cuyo aumento y organización, paralelos con el desarrollo de nuestras industrias [...] hace cada vez más necesario que el legislador les preste una atención profunda y busque soluciones definitivas” (DS DIPUTADOS, 1904, I, 65).

III- LA REFORMA ELECTORAL

Pese a los esbozos de reformismo que ciertas figuras del conservadurismo buscaron propiciar en el ámbito de las políticas públicas, esto no implicó un intento por extender las formas de participación política. Durante el período recientemente descripto, hubo un escaso lugar para el ejercicio de influencia o participación de manera plural en las políticas de Estado. Esto redundó, a decir de Waldo Ansaldi, en una proclividad destinada a reducir la diversidad y la multiplicidad a la unidad: “Al negar el pluralismo no se

³ Zimmermann recoge la siguiente cita de uno de los intelectuales de la época: “El industrialismo es uno de los buenos barómetros de la civilización mas adelantada, y dentro de él está la llamada clase obrera, afectada por la cuestión social, que no es otra cosa que el conjunto de fenómenos de orden sociológico y jurídico, que la lucha por la mejora de esta clase ha venido a producir” (ZIMMERMANN, 1995, 14).

⁴ A los mismos fines, en el año 1907 se crea el Departamento Nacional del Trabajo.

regulan las diferencias sino que se las procesa mediante la uniformación –cuando es posible– o la exclusión –toda vez que no se puede uniformar–” (ANSALDI, 1995).

Sin embargo, la rigidez de esa estrategia organicista no reducía efectivamente las posibles influencias desestabilizadoras, pues, la notoria hegemonía de la alta burguesía en lo económico y cultural no se proyectaba en una legitimación dominante en lo político. Esa dificultad propició el camino a establecer un nuevo método de garantizar la subsistencia de los subsistemas económico, político y social, en base a una reforma del régimen político que se materializó en el año 1912 con la llamada “Ley Sáenz Peña”.

Tal como lo afirma Rock, la reforma política tuvo como “principal objetivo [...] establecer una coalición entre la élite y las clases medias urbanas, en la esperanza de que esto dejara incólume la posición económica de la élite pero devolviera la estabilidad al sistema político” (ROCK, 1977, 37). Ello, gracias a la integración institucional del Radicalismo y de representantes de los sectores obreros oriundos de las clases medias –por ejemplo, el Socialismo–.

Particularmente, en lo que respecta al impacto de la reforma sobre la cuestión obrera, se suponía que la integración del Partido Socialista funcionaría, literalmente, como “válvula de escape” a las insurrecciones anarquistas. En efecto, en el Senado los conservadores expresaban: “Nada [hay] mas urgente en este momento que abrir esa válvula y dar entrada a dos o tres socialistas en el Congreso, sobre todo en esta época de agitación obrera en que van a discutirse leyes sobre huelgas y sobre reglamentación del trabajo” (DS SENADORES, 1911. II, 338).

A partir de allí, el nuevo rumbo de las políticas sociales en Argentina estuvo signado por la reforma electoral del año 1912 y la ulterior apertura del sistema político. La nueva ley electoral implantaba una nueva forma de hacer política, pues, con ella se abandonaba el modelo que Linz denominaría “democracia oligárquica”, para dar lugar a una “democracia competitiva” en base al establecimiento de elecciones libres y justas, lo que transformó las relaciones existentes entre la sociedad civil y la sociedad política, pues, la participación de aquella en el juego político adquiere nuevas modalidades.

¿Cómo es, entonces, que esta nueva realidad en los comicios provoca una ampliación notable del sistema político?. Por un lado, la integración a la marejada de la dinámica política de una importante porción de la sociedad civil excluida hasta ese momento. La nueva necesidad, por parte de los agente políticos, de apoyo electoral como consecuencia de la nueva competencia electoral, genera la necesidad de regular las diferencias y tensiones dentro de la sociedad.⁵ Por otro lado, tras las elecciones de 1916 la elite tradicional y gobernante quedaría parcialmente fuera de la estructura interna del Estado, lo que simbolizaba la pérdida de su dominación política pasando a ser un agente dinámico más del sistema político⁶.

⁵ En términos Schumpeterianos, los ciudadanos, a partir de allí, gozaban de un amplio margen para actuar libre de ataduras y coerciones para elegir a sus representantes quienes competirían en el mercado político.

⁶ Así lo destaca Luis María Caterina al comentar que “por primera vez en la argentina, los sectores empresarios estaban fuera de la estructura general del Estado. Podían hablar, influenciar, presionar, pero el Estado –tenazmente– reivindicaría su papel central de tercero, lo mas imparcial posible, en los conflictos sociales” (CATERINA, 1997, 63).

No dejamos de reconocer que la propia ley electoral contenía dentro de sí ciertos límites a la democracia implantada por esa reforma estructural: por un lado no se modificaba la composición del senado y, por el otro, se dejaba afuera a una gran cantidad de potenciales electores. David Rock comenta: “la reforma no era verdaderamente democrática, sólo concedía el sufragio a los argentinos nativos, y como el grueso de la clase obrera eran extranjeros, esto representaba un forma de discriminación de clase [...] la Ley Sáenz Peña apenas abrió el sistema político a los grupos propietarios nativos de clase media y a la minoría de los trabajadores que eran oriundos del País (ROCK, 1977, 48).⁷ Pero, mas allá de ello, claro está que, en términos de distribución del poder, el traspaso de una *hegemonía burguesa organicista* a la implantación de una *hegemonía burguesa pluralista* (ANSALDI, 1995) habría el juego para la influencia de nuevas tendencias, de nuevos sectores y la constitución de nuevas funciones del Estado.

De esta forma, se revela como la expansión de los derechos políticos trae consigo un escenario propicio para la proyección del aparato estatal en el involucramiento de sus instituciones en contradicciones sociales que estimularon el desarrollo de los derechos sociales. Como comenta Isuani: “[...] las instituciones del EB también obedecieron a las necesidades de legitimación y apoyo político introducidos desde fines del siglo pasado en virtud de la extensión del sufragio y de la competencia electoral” (ISUANI, 1991, 12).

IV- ASUNCIÓN DEL RADICALISMO

Las elecciones de 1916 originaron la victoria en los comicios de la UCR. El radicalismo se presentó como un partido de composición heterogénea con alcance nacional que combinaba, dentro de sí, a sectores sociales urbanos y rurales.⁸ Para ello, estructuró un sistema de comités distribuido por todo el país⁹ y se encargó de no desarrollar un programa partidario definido, sino más bien una serie de objetivos difusos y genéricos.

En los discursos el partido se presentó como la propia Nación argentina, puesto que en él, explicaban, confluían todos los intereses que pudieran coexistir en el territorio argentino: “La UCR no es refractaria a ningún interés legítimo, y por el contrario caben en su seno todos los elementos que quieran ponerse sinceramente al servicio del verdadero bienestar del país. Si no exhibe seductoras plataformas de circunstancia, es porque al gran partido sólo le preocupa el estricto cumplimiento del sagrado voto

⁷ Mario Justo López (h) en cambio nos invita a reflexionar haciendo una crítica a lo afirmado por David Rock. Nos propone buscar en qué lugar del mundo, por aquellos años, se le otorgaba el voto a los extranjeros no naturalizados, puesto que a priori la respuesta, en términos cuantitativos, sería ampliamente negativa (MARIO JUSTO LÓPEZ, 2005)

⁸ Véase Ezequiel Gallo (h) y Silvia Sigal (1965), *La formación de los partidos políticos contemporáneos: La UCR (1890-1912)*, en S. Torcuato Di Tella, Gino Germani, Jorge Graciarena y Colaboradores, *Argentina, sociedad de masas*, Eudeba, Buenos Aires.

⁹ La siguiente síntesis periodística de un discurso callejero pronunciado durante la campaña refleja en toda su gracia las técnicas propagandística a que apelaban: [...] sólo en la sección 7° [...] se vendió a precios reducidos, término medio, lo siguiente por día: 855 kilos de pan, 298 litros de leche y 3.200 kilos de carne. [...] En quince años la acción socialista en contraposición de la radical, ha gastado, con relación también a las más rigurosas estadísticas 117.992.000 palabras, de las que la clase trabajadora no ha obtenido el más mínimo beneficio”. (ER 30/8/1915 CIT. POR ROCK, 1977, 134).

generador de su existencia y que seguirá animándola perdurablemente, a despecho de todas las vicisitudes y de todos los obstáculos: salvar a la Nación de los males de todo orden [...] (MANIFIESTO DE LA UCR AL PUEBLO DE LA REPÚBLICA, JULIO DE 1915).

Gran parte de la identificación radical ("La causa"), como revela la cita anterior, parte de la diferenciación de su opuesto; es decir, su proyección reparadora de la Nación se produce por ser la alternativa de las "administraciones corruptas anteriores" ("El régimen"). Decía el propio Yrigoyen: "el régimen era un Estado morbosos, sumiso y abyecto, procaz y agresivo, vandálico; y de tendencia inepta y pervertida que corrompía y subyugaba y que siendo el delito su origen, la delincuencia es lo que enseña, y el crimen común en todas sus formas, una de sus lógicas derivaciones. La causa, por el contrario, era santa y su unidad derivaba de su misión. Las ideas particulares que dividían a sus miembros debían acallarse y subsumirse para privilegiar la construcción de la Nación" (LA NACIÓN, 19/03/1923).¹⁰ "La Unión Cívica Radical es la Nación misma desde hace veinticinco años por liberarse de gobiernos usurpadores y regresivos. Es la Nación misma, y por serlo, caben en ella todos los que luchan por elevadas ideas que animan sus propósitos y consagran sus triunfos definitivos" (MANIFIESTO DEL COMITÉ NACIONAL DE LA UCR, 2/04/1916).

Esa confusión entre un particularismo y el todo busca simular retóricamente una sociedad centrípeta con objetivos en común: la "causa nacional", que es materializada en la "causa radical". En términos Rousseauianos, diríamos que el radicalismo, de por sí, sería la soberanía del pueblo.

El gobierno radical buscaba, en definitiva, una identificación simbólica común a fin de estrechar la cooperación entre los distintos estratos sociales y sustentar, de ese modo, la legitimidad de su gobierno. Al fin y al cabo, más allá de su notoria proclividad por dominar la competencia electoral, el radicalismo al igual que los conservadores buscaba aunar las diferencias sociales a fin de no sufrir embates desestabilizadores.

La aplicación de la nueva ley electoral, por consiguiente, no redundó en verdaderos valores pluralistas, más allá de haber ampliado el juego de correlación de fuerzas dentro del sistema político. No se desarrolló un sistema de partidos políticos adecuados para representar las diferencias y simplemente confluyó en la consolidación un partido de tipo "catch all". Esa concepción centrípeta del radicalismo genera, tal como lo sostienen Gallo y Sigal, una notable paradoja: "la de una agrupación defensora de la democracia representativa que, al no concebirse como parcialidad, niega la posibilidad de dimensión mínima necesaria para el funcionamiento de una sociedad pluralista" (DI TELLA, GERMANI, GRACIARENA, 1965, 115).

V- EL RADICALISMO, LA CUESTIÓN SOCIAL Y EL "ORDEN PÚBLICO"

Sin embargo, pese a no desarrollarse un sistema de partidos eficiente, el nuevo gobierno comprendía la nueva realidad electoral y estaba dispuesto a atender las diferencias para conseguir

¹⁰ Es a partir de ese estilo de discursos que Laclau identifica al partido como el primer gobierno populista, puesto que, según el autor, creaba su discurso hegemónico, que aglutina las diferencias y que emerge desde el vacío en base al opuesto, presentándose como alternativa a ese discurso hegemónico previo". (LA CLAU, 2005).

beneficios electorales. Ello confluó en una innovación de la postura del Estado frente a la “cuestión social”.

El cambio filosófico-político¹¹ más significativo fue que el gobierno de “la nueva democracia” ya no concebía, en forma genérica y apriorísticamente, al movimiento obrero como criminal y anti-social. En efecto, el radicalismo, a diferencia de los conservadores, reconocía divulgadamente la existencia estructural de los conflictos de clase, identificaba al movimiento obrero como sujeto político y, por tanto, se inmescuía en los conflictos sociales para conseguir un avenimiento. En este sentido se refirió La Época, el periódico radical, al caracterizar la labor del presidente: “solo cuando el presidente Yrigoyen asume el gobierno se señalan en sus actos direcciones dignas de un gobierno adelantado y moderno. [...] Los gremios obreros dejan de ser para el estado oscuras y amenazantes jaurías de elementos antisociales [...] para convertirse en parte viva de la sociedad argentina” (LA ÉPOCA, 27/06/1918).

Así, la UCR se destacó por un mayor intervencionismo en los conflictos entre obreros y patrones – como por ejemplo el PE presidió el arbitraje en los conflictos marítimos de 1916 y 1917 y reguló, mediante decretos, las condiciones laborales que fueron objeto de reclamos en la huelga general ferroviaria de 1917– y por una apertura al diálogo con las organizaciones obreras –con referencia a esto último el día 5 de diciembre de 1916, a meses de asumido el primer presidente radical, delegados de la Federación Obrera Marítima (FOM) y de la Federación Regional Argentina del IX Congreso (FORA IX) mantuvieron una reunión con el presidente en la casa de Gobierno a fin de manifestar el reclamo que originó la huelga en el puerto de Buenos Aires (ROCK, 1977, 143). Lo mismo sucedió en enero de 1917, cuando el Ministro de Obras Públicas, Pablo Torello, recibe a “La Fraternidad” para oír las quejas del gremio contra las compañías (LA ÉPOCA, 20/01/1919)–.

No obstante, y pese a la asunción del primer gobierno producto del nuevo régimen político, el Estado no modificará las características fundamentales de la estructura económica y social. La tendencia renovadora de la UCR no posaba por fuera de las premisas del liberalismo clásico. De hecho, en sus discursos dejaban en claro que, según ellos, los problemas económicos y sociales eran como consecuencia de pésimas gestiones y no de cuestiones político-económicas. En el ya citado manifiesto de la UCR del año 1915 se expresaba que “si [el progreso material] no hubiera sido perturbado por desastrosas administraciones, y si en el ejercicio de las instituciones hubieran concurrido armónicamente pueblos y gobiernos, La República tendría hoy en el mundo una culminante representación por su autoridad moral, y su riqueza tendría hoy hubiera alcanzado proporciones que no pueden concebirse, pero ante las cuales serían insuficientes las que hoy reviste” (MANIFIESTO DE LA UCR AL PUEBLO DE LA REPÚBLICA, JULIO DE 1915). No parece, por tanto, descabellado aquello que sugiere David Rock, de que la cooperación social propuesta por la UCR tenía como consecuencia fortalecer la estructura primario-exportadora. Ello pues, en muchos aspectos, se diría que la oligarquía simplemente cambió de ropaje: en la

¹¹ Yrigoyen forjó su figura en base a la creación de una fuerza moral, tomando sus fuentes del filósofo Alemán Krause, deslindándose del liberalismo individualista tradicional para desarrollar una doctrina solidarista en base al dogma de la fraternidad cristiana. (ROIG, 1969).

conformación del primer gabinete de Yrigoyen, puede notarse que cinco de los ocho ministros eran ganaderos de la provincia de Buenos Aires o estaban íntimamente conectados con el sector exportador. Dentro de la primera condición, se encontraban el ministro de agricultura, designado posteriormente ministro de relaciones exteriores, Honorio Pueyrredón; el ministro de obras públicas, Pablo Torello; el ministro de relaciones exteriores, Carlos Becú, y el ministro de Marina, Federico Álvarez Toledo quienes eran destacados hacendados y, dentro de la segunda, se ubicaba al ministro de Hacienda, Domingo E. Salaberry, quien se dedicaba a las exportaciones y a los asuntos bancarios e inmobiliarios. Esa estrecha relación entre la UCR y el sector agrario-exportador quedará plenamente en evidenciado a partir del año 1922, durante el gobierno de Alvear.

A raíz de ello, y similarmente a lo que sucedía previamente a la reforma electoral, los límites de la nueva correlación de fuerzas estaban delineados por el originario concepto de "orden público" sustentados en los principios decimonónicos establecidos en la constitución de 1853/60. Esos principios suponen un derecho de propiedad absoluto; libertad de empresa y de comercio; libertad de contratación; libertad de locomoción; etc. que se inscriben como prioritarios sobre los demás derechos. Dentro de ese campo delimitado de acción se hallaría, entonces, la legitimidad e institucionalidad del reclamo obrero. Expresión de ello es la siguiente publicación de "La Época": "la huelga es respetada en todo lo que no excede de los límites que a los trabajadores les asisten de abandonar el trabajo, dentro de condiciones determinadas. La huelga será reprimida en toda tentativa que desnaturalice su verdadero carácter y que denuncie intenciones de violar el orden social o atentar contra los derechos civiles garantizados por la constitución a todos los habitantes de la república" (LA ÉPOCA, 10/01/1919).

VI- EVOLUCIÓN DEL MOVIMIENTO OBRERO: DEBILITACIÓN ANARQUISTA Y HEGEMONÍA SINDICALISTA.

Tras la inclusión de la Confederación Obrera Regional Argentina (C.O.R.A.)¹² dentro de la Federación Obrera Regional Argentina (FORA), en el año 1914, la mayoría de las, por entonces llamadas, sociedades de resistencia [gremios de trabajadores] se hallaban unificadas de manera formal en un mismo organismo. Sin embargo, durante el breve lapso de intento de unidad, nunca se logró materialmente una cohesión sólida entre las heterogéneas facciones del movimiento obrero que se nucleaban en ella, pues, sus integrantes correspondían a diversas corrientes ideológicas. Así, la federación estaba integrada, en su gran mayoría, por gremios que pertenecían a tendencias sindicalistas, socialistas o anarquistas, las que partían de presupuestos diferentes, con objetivos distintos y, en muchos casos, incompatibles entre sí.

El carácter inconciliable de sus diferentes ópticas quedó reflejado a través de las repercusiones suscitadas luego de la celebración del IX Congreso, celebrado entre los días 1 y 4 de abril de 1915. Allí se

¹² Sebastián Marotta describe esa incorporación: "Después del Congreso de Concertación el consejo de la C.O.R.A. emite dos circulares: Para informar a los sindicatos confederados que habían terminado las luchas fratricidas que laceraron el alma de todos los trabajadores conscientes que durante trece años malogró las mejores energías del proletariado; para dar cuenta a los sindicatos autónomos de su refundición en la F.O.R.A., a fin de poner fin a las

estableció que “la FORA es una institución eminentemente obrera, organizada por grupos comunes de oficios, pero cuyos componentes responden a las mas variadas tendencias ideológicas y doctrinarias, que para mantenerse en sólida cohesión necesitan la mas amplia libertad de pensamiento, aunque es imprescindible que sus acciones se encuadren [...] con absoluta prescindencia de los grupos y partidos que militan fuera de las organizaciones de los trabajadores agremiados. Por lo tanto, la FORA no se pronuncia oficialmente partidaria ni aconseja la adopción de sistemas filosóficos ni ideológicos determinados” (ISCARO, 1958, 97). Esa declaración fue aceptada por un 75% de los gremios federados (MAROTTA, 1960, 186) e institucionalizó la hegemonía sindicalista dentro del movimiento obrero.

La mayoría de los gremios comprendieron y propugnaron, predominantemente, que la mejor manera de alcanzar la unidad, bajo un clima armónico, dentro de la central era dejando profesar libremente, a sus sindicatos, cualquier ideología política y sindical. Se vota por tanto, también durante la sustanciación del noveno congreso, que los gremios no deben estar identificados con partidos y dogmas políticos particulares. Comentaba en el mismo sentido Sebastián Marotta –Secretario General de la FORA– que sería un despropósito que aquellos “elementos sin vinculación material con el movimiento sindical, ligados solo moralmente a sectores dedicados a actividades partidarias, constitúyanse en árbitros de las decisiones de la F.O.R.A. Consideran al organismo obrero una dependencia de la secta, en cuyas ideologías y decisiones debe nutrir su pensamiento e inspirar su acción” (MAROTTA, 1960, 196). Por ello, enalteció la decisión del Consejo General de la FORA IX, al definir a la entidad como una asociación que “lejos de ser la de vigilante guardián de principios o teorías intangibles, fue la de estimulante entusiasta de las energías combativas de los huelguistas [...]” (MAROTTA, 1960, 204).

A partir de entonces, la mayoría del proletariado argentino formaliza –inspirado en ciertas ideas de Georges Sorel y en la carta de Amiens dictada por la CGT Francesa en octubre de 1906–, el concepto de sindicato como único medio capaz de desarrollar el socialismo alejado de toda influencia o injerencia de otras clases sociales, en particular de intelectuales y “profesionales de la política”. Esa postulación, claro está, derogaba implícitamente la resolución proclamada durante el V Congreso y sostenida oficialmente hasta esos días, que recomendaba la lucha hacia el comunismo anárquico.

Luego de este noveno congreso se provocó, entonces, la escisión de la franja anarquista con el fin de volver a las premisas sostenidas en el V congreso de la federación; esto es, la recomendación a todos sus adherentes a facilitar “propaganda e ilustración más amplia, en el sentido de inculcar en los obreros los principios económicos y filosóficos del comunismo anárquico” (ABAD DE SANTILLÁN, 1933, 105). La crítica anarquista, se basaba en que, sin perjuicio de que es imposible desproveerse de una concepción ideológica, el discurso de neutralidad es un recurso para los que tratan de imponer su jefatura personal a las masas obreras que carecen de una orientación revolucionaria (LÓPEZ ARANGO, 1998, 211).

Así el 2 de mayo de 1915, se conformó la reunión de los anarquistas disidentes, y se estableció desconocer lo postulado en el IX congreso y mantener la mentada recomendación del V Congreso

luchas y querellas originadas en la existencia de dos organismos federativos, y exhortarlos a adherirse a la única institución proletaria existente en el país”. (MAROTTA, 1960, 177).

quedando dividido el movimiento obrero entre la "FORA del IX Congreso" y la "FORA del V Congreso".

Pero, cierto es, que esta última asociación se constituyó con un número reducido de trabajadores respecto a su par sindicalista, y desde allí, se profundizó progresivamente la decadencia anarquista en la representación de los asalariados. De hecho, luego las exitosas conquistas provocadas por las huelgas marítimas y ferroviarias, la FORA IX obtiene un crecimiento extraordinario. Así, pasaron de 51 sindicatos adheridos a la central para 1915 a 70 en 1916; 199 en 1917; 350 en 1918; 530 en 1919 y 734 en 1920 (PALACIOS, 1927, 190).

La nueva hegemonía del ala sindicalista implantó tres cambios estratégicos fundamentales en lo que hace a la forma de organización, actuación y lucha de las organizaciones de obreros en el país. Estos cambios determinaron, a posteriori, nuevas relaciones entre los gremios obreros y el Estado y/o los empleadores, por un lado, y una posición más flexible con respecto a los alcances de una composición armoniosa de las diferencias, por el otro. La nueva estrategia supone, entonces: A) abandono paulatino de la huelga general; B) cambio de concepción axiológica sobre la legislación heterónoma del Estado y C) organización obrera por industria dejando a cada agrupación un amplio margen de autonomía e independencia.

A) Una de las principales particularidades de esta nueva corriente hegemónica dentro de la central obrera es que, si bien, aceptan la huelga general como medio esencial de lucha, sostienen que es ventajosa cuando se ejerce con "cautela" e "inteligencia" fundándose, entonces, de acuerdo a su utilidad o inutilidad práctica para conseguir mejoras económicas inmediatas. De esta manera, y sumado al nuevo margen de autonomía que se concedía a cada una de las organizaciones por industrias y oficios que estuvieran federadas, progresivamente va perdiendo centralidad la huelga general –concebida por el anarquismo como el arma de lucha por excelencia– propiciando una actitud menos reaccionaria hacia el Estado y el poder político a fin de desplegar con éxito su estrategia negociadora. A partir de allí, queda en evidencia que la nueva tendencia era proclive a lograr reivindicaciones "de mínima" y no en suprimir el sistema de dominación político-burguesa¹³.

Por otro lado, y analizando la composición interna de la FORA IX, la táctica sindicalista respondía, a su vez, a los intereses de las asociaciones más fuertes que controlaban la central. Se trataba de gremios con enormes números de afiliados y que se desempeñaban en actividades claves de la economía –puerto y ferrocarriles–, lo que les daba un mayor poder de conflicto. Por ello, comenta Rock: "en parte por gozar de esa ventaja, y en parte porque ahora admitían que era mejor reducir al mínimo el peligro de una represión del gobierno, estos grupos se mostraban menos entusiastas respecto del recurso de la huelga general, preparándose mas bien para realizar huelgas parciales y obtener concesiones directamente de sus

¹³ En palabras de David Rock, [...] poco a poco fue desapareciendo la postura anti-estatal extrema de los sindicatos, que quedaron bajo el control de una corriente moderada, interesada menos en enfrentar al Estado que en mejorar la situación económica de los trabajadores" (ROCK, 1977, 136).

patrones" (ROCK, 1977, 101).¹⁴ Estos sindicatos, de acuerdo a su situación particular y privilegiada, entendieron perfectamente que, con el nuevo escenario político, podría ser más beneficioso entablar relaciones con el Estado que enfrentarlo mediante huelgas generales y así se exteriorizó en la reproducción de los hechos.

B) La segunda particularidad es una nueva perspectiva acerca de la legislación estatal referida a regular las relaciones de trabajo. Hasta 1916 el movimiento obrero sostuvo un general descreimiento hacia toda regulación o intervención externa de las relaciones de trabajo. Expresaban que "la legislación represiva de ayer, preventiva de hoy, tiene el mismo efecto sobre nuestra conducta y confirma nuestro juicio. No hay más que legislación conservadora y defensora del privilegio. Y, naturalmente, no puede ser de otro modo. El parlamento, o sea el poder político, es de la burguesía, y solo ha de beneficiar a ella" (LOO, NOVIEMBRE DE 1915). Pero, paulatinamente, y tras el auge de la hegemonía "sindicalista", el gremialismo comienza a aceptar y a considerar una actitud más flexible sobre la legislación social, una vez ingresado el radicalismo al poder político. Así, pasaron a sostener: "sin caer en la ilusión de creer que cinco o seis leyes puedan resolver de raíz la grave y compleja cuestión social, un poco de libertad y una legislación sana hará menos desgarradora y violenta la evolución ineludible hacia la nueva era social" (LOO, 2/08/1919).

En disidencia a esa innovación conceptual, los anarquistas agrupados desde 1915 en la FORA del V Congreso aún repudiaban cualquier forma de intervención estatal en los conflictos entre el capital y el trabajo. Tal como lo indica Suriano, el mantenimiento férreo de esta actitud podría rastrearse como una de las causas de su rápida decadencia.

C) La tercera particularidad estaba vinculada con la organización de la pirámide sindical. Durante la hegemonía anarquista los gremios estaban organizados, en mayor medida, por gremios locales que se unificaban en una federación local. Dentro de ella subsistían los más variados oficios. Contrariamente, la intención sindicalista siempre estuvo orientada en organizar a los sindicatos por industrias a nivel nacional. Es decir, el núcleo significativo para pertenecer una federación particular depende de la actividad desarrollada y no del territorio donde se ejecute. La declaración del noveno congreso estipula lo siguiente: "Considerando: Que las federaciones de oficio y de industria son un medio eficaz para extender e intensificar la acción que los sindicatos realizan cotidianamente contra el capitalismo y el Estado; Que con su formación se amplían los horizontes de lucha y se anula a la vez el espíritu corporativo localista que pudiera existir entre los trabajadores; que estos organismos, además de acrecentar la eficacia de las acciones inmediatas, de reivindicaciones, constituyen un elemento esencial para reorganizar en el futuro la producción bajo los principios de solidaridad y libertad. [...] El IX Congreso resuelve: 1º Recomendar al consejo federal una intensa propaganda en ese sentido apoyar todas aquellas iniciativas que partieran en los sindicatos adheridos, en concordancia con estos principios" (MAROTTA, 1960, 192). Sobre ello comentó Rock que "El sindicalismo [a diferencia del anarquismo] marcó el surgimiento de un mayor

¹⁴ Julio Godio, comenta que para el año 1918 entre la Federación Obrera Marítima y la Federación Obrera Ferrocarrilera sumaban el 60% del total de afiliados de la FORA IX. (GODIO, 1988, 78)

grado de heterogeneidad dentro de la clase, el cual tendió a socavar la impresión subjetiva de comunidad de intereses y objetivos. El resultado fue una desestimación del enfrentamiento político y la valorización de una postura negociadora en torno a objetivos puramente económicos” (ROCK, 1977,101).

La división de los sindicatos por industria está íntimamente relacionada con la idea de que cada federación o sindicato de actividad se le reconocería un espacio autónomo de actuación y de libertad de acción¹⁵ para lograr sus objetivos particulares. Como ya señalamos más arriba, el hecho de estar la federación dominada por los gremios más favorecidos –ferroviarios y portuarios–, generó que estos priorizaran el interés de su organización particular por sobre un interés de clase común.

Como más adelante se verá, estos cambios en el interior del movimiento obrero, como el abandono de la huelga general; el no rechazo absoluto hacia la legislación; la organización de las federaciones por industria y la autonomía individual de cada sindicato para alcanzar sus metas particulares, será esencial para entender la evolución en las normas que regularon a las relaciones de trabajo en los años sucesivos.

VII- NUEVAS RELACIONES CON EL ESTADO

Los nuevos aires “sindicalistas”, descriptos recientemente, fueron coincidentes con las aspiraciones del primer gobierno radical. Los cambios sufridos en el sistema político por la ampliación del sufragio y la nueva estrategia negociadora dentro del movimiento sindical originaron un espacio propicio para un acercamiento entre éstas asociaciones de interés y la política. Según la argumentación desarrollada hasta aquí, podemos inferir que mal hubiesen podido subsistir relaciones entre ambos de haberse mantenido un régimen político cerrado a una “democracia oligárquica” como, asimismo, de haber conservado los anarquistas su pretérita preponderancia.

De reflexionar sobre éste último punto señalado, podemos considerar que no sólo el reconocimiento oficial, por parte del Estado a las organizaciones obreras, estuvo condicionado por una nueva concepción de la “cuestión social” desde el interior del mismo Estado, sino que, además, por una nueva concepción de “la política” dentro de la mayoría de los gremios. Es decir, no hubo, como suele creerse, un exclusivo allanamiento del Estado a la racionalidad obrera (y su posterior reconocimiento legal), sino más bien una relación de implicación mutua por el (casi simultáneo) allanamiento obrero a la racionalidad estatal.

Ahora bien, en estrecha vinculación con lo recientemente dicho, durante el período analizado, quedará claro que las relaciones entre el Estado y los sindicatos no se establecieron de manera amplia. El reconocimiento por parte del Estado quedaba asegurado, únicamente, para aquellas organizaciones obreras que se hubieran adaptado, previamente, a la propia racionalidad estatal. Dichas vinculaciones, entonces, quedaban limitadas a establecerse con ciertos sindicatos en particular.

¹⁵ Sebastián Marotta, al describir las nuevas funciones del Consejo General de la FORA, destacó que se esgrime como “un celoso de la autonomía y la libertad que tiene cada sindicato federado, de tratar, según le convenga a sus intereses, la mejor forma de llevar y resolver sus luchas” (MAROTTA, 1960, 204).

Específicamente, algunos autores han catalogado a esas relaciones como “de tipo corporativas” – Ansaldi y Garguin– y basan esa caracterización en que se combinó la potenciación de los poderes presidenciales y, a la vez, la apelación al protagonismo de las asociaciones de interés prescindiendo del sistema de partidos y de la acción parlamentaria.

Otros prefirieron denominar a las relaciones descriptas como un “pacto tácito” –Falcón; Horowitz; Rock y del Campo–, entendiéndolas como cooperaciones entre el Estado y los gremios sindicalistas con el fin de hacer frente a los adversarios comunes: los socialistas, por un lado, –puesto que competían con los radicales en el plano electoral y con los sindicalistas en el plano gremial– y los anarquistas, por el otro –ya que significaban una amenaza al equilibrio del orden social para los primeros y, asimismo, un competidor en el plano asociativo con los segundos–.

Más allá de su denominación, lo cierto es que esas relaciones directas supusieron el protagonismo de ciertos gremios de trabajadores por sobre otros que fueron excluidos, pues, para establecer ese entendimiento –relación corporativa o “pacto tácito”– con el Estado debían cumplimentarse, previamente, una serie de requisitos. Así, la negociación con el gobierno radical se suscitó únicamente cuando se trataba de acciones de gremios que desarrollaban actividades catalogadas como de “interés público”¹⁶ por los funcionarios –gremios de transportes o servicios públicos, por ejemplo– y, asimismo, cuando se trataba de gremios que adopten una postura permeable a transigir.

De allí que aquellas asociaciones que no desarrollasen actividades consideradas dentro del “interés público” no obtendrían simétrica atención por parte del Estado e, igualmente, quienes se oponían inflexiblemente a la política de negociación oficial se convirtieron en el centro de persecución estatal; dejaban de ser reconocidos como parte del sector trabajador, para convertirse en una influencia conspiradora de “agitadores profesionales”.

VII (I)- GREMIOS EN ACTIVIDADES DE INTERÉS PÚBLICO

Como ya se anticipó el radicalismo atendió, preferentemente, a los gremios que podían interrumpir algún servicio público en general. Pero, dentro de estos, aquellos que más entendimiento alcanzaron con el Estado fueron los sindicatos de obreros que desarrollaban actividades que fueran imprescindibles para el normal desenvolvimiento del tráfico comercial agro-exportador. Precisamente, durante el período analizado, los sindicatos portuarios y ferroviarios, tuvieron un mayor grado de concesiones –tanto cualitativa como cuantitativamente hablando– que cualquier otra sociedad de resistencia.

Dentro de una economía casi exclusivamente agro-exportadora, la paralización de estas actividades que eran el transporte del “granero del mundo”, significaba el cese de la principal actividad económica. Tal como ha dicho Caterina, “[...] sin esos tres elementos [agro, ferrocarriles y puertos] no se podría entender la argentina agro-exportadora. Los puertos eran el final feliz del ciclo productivo de la economía argentina

¹⁶ Cuando se hace referencia a “interés público” se quiere significar a actividades o empresas que se ejerzan en los llamados “servicios esenciales” (por ejemplo, gas, teléfono, agua, etc.) y transportes (ferrocarriles, tranvías y puertos)

[...]. Paralizar los puertos [como así también los trenes de carga] era precipitar la ruina, establecer el descrédito internacional. Obviamente, significaba perder dinero, mucho dinero” (CATERINA, 1997, 85).

En este contexto, no sólo la presión obrera condicionaba al gobierno, sino que además la falta de ingresos en la balanza comercial y la consecuente presión de grupos conservadores, productores o exportadores generaban suficiente apremio para que se solucionase la huelga en lo inmediato.¹⁷

De esta manera, el mayor poder de negociación de estos gremios particulares generó que los trabajadores de dichas entidades obtuvieran considerables mejoras durante la gestión radical. Así, los marítimos, en la huelga de 1916 obtienen, por laudo, entre el 90 y el 95% de su petición, según ellos mismo declararon (ROCK, 1977, 197). Por su parte, los ferroviarios, tras una serie de conflictos particulares desata la huelga general en el año 1917, y consigue una concesión inmediata -el decreto de regulación de actividad ferroviaria- y una mediata, la obtención, finalmente, de la ley de jubilaciones y pensiones para empleados ferroviarios.¹⁸

VII (II)- ASOCIACIONES DE TRABAJADORES DISPUESTAS A TRANSIGIR

El gobierno radical, ante la inminencia de un conflicto obrero-patronal, en la mayoría de los casos estaba dispuesto a estimular una negociación pacífica entre las partes, pero, para lograrlo, necesariamente las partes debían estar dispuestas a transigir.¹⁹ Por consiguiente, así como el Estado buscaba establecer la conciliación oficial para canalizar rápidamente la conflictividad, por un lado, —y buscar un entendimiento que reconozca en algunos casos beneficios para los trabajadores— también lo incomodaban las posturas obreras que no avinieran a lo propuesto o que directamente no estuvieran dispuestas a oír ofrecimientos, por el otro. De allí que cuando el Estado no podía controlar el conflicto por la intransigencia obrera se dedicara a desacreditar el reclamo obrero, atribuyéndoselo a “agitadores remunerados” o “elementos externos” que alentaban el conflicto y la destrucción de “la paz social”.

De las manifestaciones provenientes del radicalismo surge esa expresa preferencia por los sindicatos que busquen reivindicaciones inmediatas mediante la presión estratégica y las salidas negociadas. Así, en el boletín numero 44 del Departamento Nacional del Trabajo, refiriéndose a la solución del conflicto perpetrado por la Federación Obrera Marítima en los puertos, se enuncia: “Aunque revolucionaria por excelencia, la FOM no ha sido ni lo es, [...] en el sentido del motín, del alboroto o del tumulto callejero, bullicioso y torpe, [...] sino en el de los ideales que proclama y en la obra inteligente y cuidadosamente

¹⁷ Concretamente, durante una huelga en los ferrocarriles en 1918, luego de haber firmado la Argentina convenio de exportación de cereales con los países aliados, el representante británico, Sir. Reginal Tower, informó que si no cesaban las huelgas dejarían sin efecto los convenios. Ello obligó, inmediatamente, al Poder ejecutivo a emitir el decreto que constreñía a reestablecer el servicio dentro de las 48 horas. (ROCK, 1977, 160)

¹⁸ Asimismo, en el 1921, se dictó la ley de jubilaciones y pensiones para trabajadores de empresas privadas de servicios públicos (gas, agua, teléfono, tranvías, entre otras actividades). Véase Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 28 de enero de 1921.

¹⁹ Esta composición dúctil la encontró, en la mayoría de los casos, en los gremios adheridos a la FORA IX, salvo el caso de la huelga general ferroviaria de 1917, donde se recurrió a los socialistas de La Fraternidad, puesto que eran los que mas se adaptaban a lo que el gobierno proponía.

calculada que realiza para abatir o extirpar viejos e injustificados sistemas de explotación capitalista [...]” (BDNT, 44).

En el mismo sentido, pero considerándolo desde su anverso, hallamos manifestaciones donde se vislumbra que el gobierno no toleraba la más mínima oposición obrera hacia la transacción oficial. Así, *La Época*, durante la huelga general ferroviaria y tras el rechazo, por parte de la Federación Obrera Ferrocarrilera, de aceptar el arbitraje como forma de solución de controversia, se refirió éste gremio enervando alegatos de responsabilidad contra la intransigencia obrera y atacó a los “agitadores profesionales” y a “elementos peligrosos” por mantener el espíritu de los obreros en estado de rebelión (*LA ÉPOCA*, 28/09/1917).

El Estado, entonces, comenzó a fijar, según sus intereses y valores, los límites que fundaban una división tajante entre un reclamo obrero por mejorar condiciones de labor de una comoción a los intereses de la Nación. Esa división estaba configurada principalmente por la legitimidad que se le otorgue al reclamo por parte del Estado, lo que dependía de la aceptación –o no– de encarrilarlo dentro de los medios propuestos institucionalmente para solucionar los conflictos.

Para graficar lo antedicho, hallamos un sinnúmero de ejemplificaciones históricas: por ejemplo, durante las huelgas de los frigoríficos de Berisso, el gobierno procedió a dejar de lado al sector anarquista que no concurrió a las negociaciones ante el Departamento Nacional del Trabajo. El resultado fue, por un lado, el reconocimiento al sindicato patrocinado por la FORA IX y la negociación con él y, por otro, un soslayamiento de las reclamaciones del sector anarquista acompañado por una fuerte represión por continuar con el paro²⁰.

Del mismo modo, *La Época*, el 9 de enero de 1919, cuando comenzaba a desarrollarse la “semana trágica”, advertía a los obreros que los anarquistas querían llevarlos a actividades “extra-gremiales”, y que si bien el Poder Ejecutivo simpatizaba con los trabajadores, reprimiría violentamente aquellas huelgas que intentaran “violar el orden social” (*LA ÉPOCA*, 9/01/1919). Una vez alcanzado el acuerdo entre la empresa Vasena y la FORA Sindicalista, el Secretario de la FORA IX salió a anunciar el fin de la huelga. Sin embargo, los focos anarquistas, presididos por la FORA V, continuaban la huelga general-revolucionaria. El diario radical, caratuló a quines continuaban la huelga como “sediciosos” y “extirpadores del orden”. Según el periódico, “[...] se trata de una tentativa absurda, provocada y dirigida por elementos anarquistas, ajenos a toda disciplina social y extraños también a las verdaderas organizaciones de trabajadores”. Continuaba diciendo: “No es prudente, entonces, engañarse ni confundir moderación con debilidad. Las simpatías del ejecutivo por los obreros son bien conocidas y están probadas con hechos consecutivos. Pero jamás el Presidente de los argentinos cederá a la sugestión

²⁰ Debemos advertir que para justificar la represión fue imprescindible la aquiescencia del sector sindicalista como consecuencia directa de la fragmentación de las asociaciones de trabajadores y los recelos entre las distintas agrupaciones. En este sentido fue que, el mismo Sebastián Marotta, secretario de la FORA IX, habló de elementos extraños dentro del movimiento, refiriéndose al sindicato obrero local, de tendencia anarquista (MAROTTA, 1960, 213), dejando en claro la FORA IX no se solidarizaba con un gremio que no estuvieran federados a ella.

amenazante de turbas desorbitadas que quieren sustituir su voluntad al juego libre de las leyes que rigen la actividad social” (LA ÉPOCA, 10/01/1919).

También en el Congreso de la Nación se hacían oír este tipo de manifestaciones durante “la semana trágica”. El diputado radical Oyanharte señaló: [...] hay un doble fenómeno en la actual situación de hechos por que atraviesa la república. Hay, en este momento, esa faz de la lucha eterna entre los poseídos, entre los trabajadores y los potentados; al lado de esta faz hay otra circunstancia con la cual ni siquiera los obreros más agitados en estas horas por estas reclamaciones han querido solidarizarse: esta es la otra faz, la faz anarquista, la faz maximalista, que no es nuestra, que ha entrado por la puerta del mar y que en estos momentos conturba todas la civilizaciones del mundo” (GODIO, 1972, 73). Durante la misma sesión, el diputado radical Melo comenzó a deslizar la necesidad de aplicar el estado de sitio (GODIO, 1972, 45).

En síntesis, oponerse a la institucionalidad de la política de negociación propiciada por el Estado significaba convertirse en el centro de persecución estatal. Ergo, oponerse a los mecanismos oficiales de canalizar la protesta, significaba, dejar de ser reconocidos como parte del sector trabajador, para pasar a ser una influencia conspiradora de “agitadores profesionales”. Por ello no dudaron en reprimir²¹ cuando la situación lo “ameritaba” como en la huelga de los trabajadores de Frigoríficos en 1917, en la huelga general en Buenos Aires de 1919 y las huelgas patagónicas de 1921 y 1922.

VIII- LEY COMO PACIFICACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES

Así como el radicalismo no dudó en aplicar medidas represivas sobre el movimiento obrero también reconoció que, éstas no podrían ser la única estrategia a aplicar para pacificar las relaciones de trabajo, sino que había que buscar la integración proletaria a la dinámica institucional encuadrando su situación dentro de la legalidad.

Durante la huelga general conocida como “La semana trágica”, La Época comentaba: [...] la represión no puede ser área total de la acción gubernativa. Conviene desentrañar las causas de agitaciones como la presenciada y, después de analizar los elementos extraños y refractarios, proceder a prevenir la repetición de hechos análogos mediante leyes que contemplen y resuelvan situaciones derivadas del malestar económico que se hace sentir especialmente sobre las clases menos acomodadas” (LA ÉPOCA, 13/01/1919). De la lectura del diario oficial, se extrae que si la intención era pacificar las relaciones de trabajo debían sancionarse leyes previsoras que solucionen serenamente los conflictos. Claro está, que esa regulación requería, simultáneamente, la aceptación y el reconocimiento por parte del movimiento obrero; por ello, descarta a los “elementos extraños” –refiriéndose al anarquismo, puesto que, como ya se analizó, no aceptaban la normativización estatal que coarte la libertad– a quienes sólo cabría la represión.

Asimismo, reconocían que la violencia como única medida de gobierno no sólo no otorgaba una solución sustentable, sino que, por el contrario, encrudecía más el conflicto. En este sentido se expidió el

²¹ Cuando nos referimos a “reprimir” no sólo estamos significando a aquellas acciones de Estado tendientes a desbaratar por medio de la violencia el reclamo obrero, sino también a las omisiones que tuvieron por meta el mismo

Poder Ejecutivo en una nota del 16/6/20, dirigida a la Asociación Nacional del Trabajo²² por el ministro de interior, Ramón Gómez, en representación del presidente. Allí indicó que “los graves problemas que nos ocupan y cuya repercusión social experimentamos, no pueden hallar solución en medidas accidentales, ni espasmódicas; ni agrupándose para resistirlos como se ha de llegar a estabilizar los derechos recíprocos. [...] Y ese objetivo no se alcanza erigiendo la violencia o el imperio del más fuerte, [...] La contención por el más fuerte con todas las apariencias del éxito, es de resultados efímeros y contraproducentes; porque, como lo revela la experiencia universal, su reacción ulterior queda a la espera de la ocasión propicia para producirse. En la armonización necesaria e indispensable de esos dos grandes factores, es donde ha de hallarse la tranquilidad general y el bienestar común” (CLAPS, 1971, 121).

La retórica yrigoyenista se centraba, entonces, en la búsqueda de la “paz social” y la “solidaridad social”²³. El mismo presidente Hipólito Yrigoyen señaló, en el mensaje de presentación de Código del trabajo en 1921, que “[el proyecto] aspira a realizar, en lo que humanamente es posible, por la acción de la ley, la paz en todas las actividades y relaciones del trabajo en general, que al afianzar la armonía en ellas asegura el engrandecimiento moral y material de los pueblos” (DS DIPUTADOS, 8/06/1921)²⁴.

Estos principios, hallan y se desarrollan en estrecha vinculación con el origen del llamado “derecho internacional del trabajo”, tras la suscripción del tratado de paz de Versalles en 1919, y la conformación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). La premisa contenida en su preámbulo –que sostenía que “la Sociedad de las Naciones tiene por fin establecer la paz universal y que ella no puede ser fundada sino sobre la base de la justicia social”–, comienza a repercutir en la conciencia de los Estados y en su situación interna.²⁵

fin. Por ejemplo, cuando se dejaba actuar a grupos paramilitares como la Asociación Nacional del Trabajo y la Liga Patriótica.

²² La Asociación Nacional del Trabajo fue una agrupación patronal cuyos fines eran la defensa de los intereses empresariales. Sus actividades eran por demás amplias e iban desde la participación en negociaciones oficiales hasta el rompimiento de huelgas. Véase Luis María Caterina (2008).

²³ El concepto de “solidaridad social” en un sentido distinto al que le da el positivismo social. El sentido que Yrigoyen le otorga es un sentido con relevancia moral propio de la filosofía krausista.

²⁴ En igual sentido se expedían los diputados y senadores radicales en el Congreso: “Démosle, pues, estas leyes, porque si no se las damos con votaciones serenas en esta cámara, ellos las tendrán con las reivindicaciones heroicas” (DS DIPUTADOS, 28/01/1921). Asimismo, al discutirse la ley de jubilaciones y pensiones de empleados de empresas particulares de servicios públicos, se expresó: “Yo creo que esta ley es una ley de solidaridad entre las clases sociales, que será una ley de pacificación porque será una ley de justicia y de nobles estímulos y que, con ese concepto, debe ser sancionada por el honorable congreso (DS SENADORES, 25/09/1920).

²⁵ De hecho, esa influencia internacional se ve reflejada en la ratificación de los tratados bilaterales celebrados con Italia y España que establecen la reciprocidad en el pago de los accidentes de trabajo. Durante el debate que otorgaría su ratificación por el Congreso, el senador González, se refirió a la evolución cosmopolita diciendo: “[...] es la tendencia de dar realización a un pensamiento que tiene hoy mucha aceptación en el mundo y es el internacionalizar la personalidad del obrero; es, quizás, esa una de las mejores disposiciones del tratado de paz de Versalles, en cuanto pretende establecer para los obreros de todo el mundo un principio de solidaridad fundado en la justicia” (Diario de Sesiones de la cámara de Senadores, 26 reunión, sesión ordinaria, agosto de 1920). También, es manifestación de esta tendencia la búsqueda por establecer una jornada máxima legal de trabajo. De hecho, el despacho de la comisión que fue tratado, durante 1921, estuvo inspirado en el proyecto del Diputado Anastasi (conjuntamente con el proyecto de Dickmann), que esta amoldado a lo tratado en la Conferencia de Washington del año 1919.

IX- RELACIONES ESTADO-SINDICATOS Y SU REPERCUSIÓN EN LA LEGISLACIÓN

El tratamiento de la legislación en el Congreso Nacional, no marchó a contramano de como se venían sustanciando las relaciones entre el gobierno radical y los sindicatos. Esa combinación entre una intervención directa por parte del PE y un alto protagonismo, dentro del nuevo escenario político, de las asociaciones de interés va a tener su influencia sobre el desarrollo del derecho laboral y previsional²⁶ de aquellos años. Mas concretamente, la nueva participación dentro del sistema político del sindicalismo agrupado en la FORA del IX Congreso es clave para comprender las normas legales que fueron tratadas en lo sucesivo a fin de mejorar las condiciones de trabajo. Claro que esas normas protectoras, que coadyuvaban a moldear el sindicalismo tuvieron como contrapartida que el Estado se reservara la capacidad de regular la conformación y actuación de las asociaciones sindicales. Ambas disposiciones favorecían, a priori, a la expansión hegemónica del sector sindicalista. Por un lado las conquistas de derecho individual del trabajo consolidaban su legitimidad como agrupación predominante y estimulaba a la captación de nuevos sindicatos afiliados, por otro la regulación heterónoma de los sindicatos va a tender, como ya se analizará en profundidad mas adelante, a reconocer, casi con carácter exclusivo, a los gremios que adhieran a las postulaciones sindicalistas.

Al igual que durante la década anterior (SURIANO, 2000), puede sostenerse que el Estado consideró regulaciones normativas que complementen la coerción con la asistencia, de acuerdo al devenir de las relaciones de hecho. Concretamente, el Estado trató de implementar su estrategia mediante la regulación protectora de las actividades que entablasen una estrecha relación con él —y que por tanto se allanen a las vías institucionales de solución de conflictos—, por un lado, y la reglamentación restrictiva de las acciones colectivas de trabajadores con posturas más intransigentes, por el otro.

IX (I)- LA REGULACIÓN PARCIAL Y HETEROGÉNEA (EL CONSENSO)

Tal como se desprende de las relaciones suscitadas entre el Estado y los sindicatos, la normativización de las condiciones de trabajo solamente estuvo dirigida en favor de aquellas actividades que el discurso oficial considerara de “interés público”. Las propias asociaciones profesionales que ejercían su labor en dichas actividades tenían una postura, en principio, favorable a la transacción. No es casual esa actitud si tenemos en cuenta que contaban con un enorme poder de negociación, lo que, al fin y al cabo, consolidó aquellos estrechos vínculos con la dirigencia radical desvirtuando aquel principio “apolítico” propuesto por el IX Congreso de la FORA²⁷.

²⁶ Durante la vigencia del Estado benefactor de tipo Bismarckiano, el derecho previsional estaba íntimamente vinculado e identificado con la cuestión obrera.

²⁷ Siguiendo las premisas desarrolladas anteriormente, las nuevas relaciones con el Estado por parte de algunos gremios generó, necesariamente, una fragmentación del movimiento obrero toda vez que algunos quedarán dentro del circuito de negociación y otros fuera de él. La pertenencia a dicho circuito demandaba un buen comportamiento que garantizara la no alteración del “orden público” y la confrontación interna con los sectores más reaccionarios del movimiento obrero. Con el transcurso del tiempo, esos sindicatos interiorizaron los mecanismos discursivos del sistema político brindándole, en consecuencia, un apoyo específico (véase nota al pie n° 20). Esa posición acomodada tenía como contrapartida implícita, entonces, la obligación de desprestigiar a las agrupaciones que buscaran desestabilizar al sistema del cual son miembros privilegiados y ello no sólo de manera

Ese poder especial de negociación estuvo cimentado sobre el particular y apremiante interés que el Estado y ciertos grupos políticos y económicos tenían en asegurar la “pacificación” y “normalización” del funcionamiento de esas actividades económicas consideradas sumamente trascendentales. Tan es así, que incluso se vieron estimulados a propiciar una regulación que remedie los problemas más urgentes de los obreros de dichas actividades.

En ese sentido, tanto los legisladores conservadores como los radicales manifestaban expresamente que era necesario la sanción de leyes sociales a fin de apaciguar los conflictos. Para citar ejemplos: en ocasión del debate para la sanción de la ley de jubilaciones y pensiones de empleados de ferrocarriles, uno de los senadores e integrantes de la comisión de legislación, Julio A. Roca, cuando sostuvo: “Esta ley, señor presidente, fuera de los beneficios de orden permanente que derivan del hecho de asegurar la estabilidad en la situación del personal ferrocarrilero, tiene una positiva incidencia respecto de la seguridad misma del trabajo de las empresas ferrocarrileras de los importantes servicios que ellas están destinadas a prestar. [...] Creo que esta ley va a tener positiva influencia en el espíritu del ya muy numeroso personal ferroviario de la Republica, en el sentido de establecer normas y condiciones de trabajo que les permitan estar mas satisfechos de la función social que desempeñan en la sociedad, y, a la vez a constituirlos en elementos de seguridad, de permanencia, de estabilidad del tráfico ferroviario. [...] estas corporaciones [empresas de servicios de ferrocarriles] son no solamente en su definición legal y jurídica entidades que pueden considerarse casi públicas, sino que el orden de intereses que están destinadas a tutelar, y especialmente en un país como el nuestro, afectan de tal manera a la economía y la riqueza pública, que es indispensable que el Estado concorra a asegurar, dentro de sus medios, la mas grande y absoluta estabilidad de todas las circunstancias y condiciones en que se desenvuelve su funcionamiento” (DS SENADORES, 6/04/1919). En el mismo sentido se refirió el diputado radical Vicente Gallo, al debatirse el proyecto de jubilaciones y pensiones destinada a empleados de empresas privadas de servicios públicos, cuando manifestó: “Entre los beneficios que en nombre de la comisión he atribuido a esta ley, figura, y creo haberlo dicho, el de la más severa disciplina dentro del personal y de la mayor eficiencia en la prestación del servicio público. Creo que estas leyes actúan como una gran fuerza moral, aquietando los espíritus, estimulando la labor [...]” (DS DIPUTADOS, 28/01/1921).

A partir de allí se comprende que las principales regulaciones atinentes a las condiciones de trabajo hayan estado dirigidas solamente en favor actividades específicas. Precisamente, los sindicatos portuarios, ferroviarios y de servicios públicos en general, obtuvieron grandes mejoras en éste período, lo que generó una notable heterogeneidad en los derechos de la clase trabajadora. Así, todas las regulaciones emanadas del Estado, devenían de laudos arbitrales que dirimían un conflicto en particular entre un sindicato y una

genérica para conservar su status, sino además a los efectos de encontrar reivindicaciones económicas en un conflicto en particular. Los sindicatos transigentes que tuvieran buenas herramientas de presión –nos referimos a los gremios de actividades de “interés público”– no pretendían ser confundidos con la intransigencia o la destrucción si buscaban maximizar sus mejoras económicas. Ese tipo de inculpaciones entre agrupaciones de la misma clase se exteriorizó en los conflictos en los frigoríficos –entre la FORA IX y una federación local perteneciente a la FORA V–; en la huelga de los ferroviarios –entre La Fraternidad y la FOF–; en la “Semana trágica” y en la “represión patagónica” –entre la FORA IX y la FORA V o la Federación Obrera Local de Santa Cruz–.

empresa –por ejemplo en el caso de los trabajadores marítimos–; decretos del poder ejecutivo que establecían normas para determinada actividad en conflicto –como por ejemplo la regulación del trabajo ferroviario según la facultad concedida al Poder Ejecutivo por la ley 2.873 y el decreto de oficialización de los trabajadores marítimos en 1919– y las leyes de jubilaciones y pensiones para empleados ferroviarios y para trabajadores de empresas de servicios particulares de interés público²⁸.

A modo de comparación, indicaremos que las normas sociales sancionadas antes de la asunción del radicalismo –la ley 4.661 de descanso dominical, la ley 5.291 sobre trabajo de mujeres y menores y la ley 9.688 de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales–, tuvieron una diferencia sustancial con respecto a la regulación radical, esto es: el ámbito de aplicación. Así pues, en las primeras el espectro al cual es aplicable es de tipo general, o mejor dicho, a toda la masa de trabajadores dependientes.

IX (II)- LA REGULACIÓN DE LOS SINDICATOS (LA COERCIÓN)

El gobierno yrigoyenista, tal como lo había intentado Joaquín V. González, buscó controlar de manera exclusiva la vida sindical de la Nación. Para ello, juzgó necesario una positivación legal para intervenir, poniendo especial énfasis en la regulación del funcionamiento de los sindicatos y de los conflictos colectivos de trabajo. Alejandro Unsain, por ese entonces presidente del Departamento Nacional del Trabajo, consideraba que “la falta de una ley en materia de huelgas, [...] coloca a las autoridades en la difícil situación de proceder en cada caso en forma diversa y ocasional, buscando dentro de sus posibilidades medios y recursos que carecen de la estabilidad que sólo una norma jurídica inexistente podría dar” (BDNT, 37).

De aprobarse leyes de este tipo el Estado definitivamente ostentaría la facultad soberana de arbitrar la legalidad o no de los sindicatos, de sus acciones e ideologías. Mediante el recurso legal, buscaba poder “despolitizar” los conflictos sociales y llevarlos al mero trámite formal de declaración de licitud o ilicitud del accionar colectivo de los trabajadores.

El discurso de Yrigoyen que acompañó al proyecto de conciliación y arbitraje redactado por el Poder Ejecutivo recoge todas esas ideas: “Pocas situaciones se presentan reclamando más imperiosamente la atención de los poderes públicos que la que se refiere a la necesidad de buscar una solución a conflictos de índole semejante producidos entre el capital y el trabajo. Su generalidad y número han preocupado intensamente al Poder Ejecutivo que ha dedicado su preferente atención al reestablecimiento de la normalidad económica y social. Pero en sus gestiones en ese sentido, el Poder Ejecutivo se ha encontrado desprovisto de toda ley que señale normas jurídicas permanentes de solución de estos encontrados intereses. [...] Tal es el principio general que informa el proyecto dentro de la idea dominante de que toda contienda debe tener un juez que la dirima y que el fallo del juez deba revestir carácter de obligatorio para ambas partes” (DS SENADORES, 21/05/1919).

²⁸ Claro que, como ya expusimos, esas legislaciones parciales han sido posible no sólo gracias al interés específico del Estado y aquellos funcionarios vinculados con los sectores económicos de sosegar la conflictividad en aquellas

Con el fin de oficializar y, por lo tanto, legitimar mediante la ley la preferencia por los sindicatos transigentes, el radicalismo puso el énfasis, entonces, en la “procedimentación” positiva de la conformación, existencia y acción de las asociaciones profesionales. Precisamente, los funcionarios radicales pusieron a consideración del Congreso sucesivos proyectos relativos a la regulación de las asociaciones profesionales; la conciliación y el arbitraje en materia de conflictos de trabajo y las convenciones colectivas de trabajo celebradas entre patronos y obreros.²⁹

Así, el 30 de mayo de 1919, el Poder Ejecutivo presentó ante la Cámara de Diputados Nacional el proyecto sobre “asociaciones profesionales”. En su artículo primero creaba la figura del “otorgamiento de personería jurídica” para las asociaciones que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 3 del mismo plexo normativo. Entre los recaudos que imponía se hallaban la denominación del objeto preciso de su creación y el compromiso de buscar en la conciliación y en el arbitraje el medio de resolver las cuestiones en que resulten afectados los intereses de la asociación (DS DIPUTADOS, 30/05/1919).

Con éstos recaudos, se aseguraban una serie de condicionamientos al reconocimiento de la asociación: principalmente, mediante el ajuste de los fines asociativos al concepto de objeto lícito propio del Código Civil redactado por Vélez Sársfield, que no permite vulnerar el “orden público”, por un lado, y el compromiso, so pena de la pérdida de la personería jurídica, de aceptar la conciliación y el arbitraje ofrecido por el Estado, por el otro. De esta manera, quedaría, con exclusividad, dentro del margen de discrecionalidad del Estado (mediante el Departamento Nacional del Trabajo –dependiente del Ministerio del Interior–) la resolución que decida cuáles gremios y en que casos podrían ejercer derechos colectivos.

No obstante el reconocimiento ya otorgado por el Estado, se establecían mecanismos de disolución de las asociaciones. Ello mediante, por ejemplo, el Art. 22 que lo disponía que en caso de “negación a acatar el fallo de un tribunal de arbitraje” y “cuando sus actos constituyan una perturbación violenta del orden público o impidan el ejercicio de la libertad de trabajo”. También, el art. 17 prescribía que “Las asociaciones profesionales que en su organización y funcionamiento no se ajusten a las disposiciones de la presente ley, incurrirán en la pérdida de su personería. La comprobación de la inobservancia o violación estará a cargo del DNT [...]” (DS DIPUTADOS, 30/05/1919), quién podrá disolverlas de oficio demostrando el hecho que le da causa.

Ocho días antes a la presentación del proyecto sobre asociaciones profesionales, el Poder Ejecutivo había elevado un proyecto sobre conciliación y arbitraje. Como primera medida, el artículo 2 del proyecto establecía la necesaria intervención del Estado en el conflicto, puesto que exigía a la asociación obrera presentar un pliego de peticiones ante el DNT, antes de tomar alguna medida de acción directa. Asimismo el artículo 4 establecía que producida la huelga, luego de la negativa de la patronal, las partes están obligadas, dentro de las 48 horas, a llevar el conflicto ante al junta de conciliación, la que estará compuesta por el presidente del DNT y un representante por cada parte quienes estarán, a su vez, nombrados por el

actividades determinadas, sino, además, por la propia fragmentación del movimiento obrero por rama actividades o industria y a la nueva concepción de independencia intersindical.

Poder Ejecutivo. Luego, el artículo 9 establecía el arbitraje obligatorio en caso de que la conciliación fracasara. El árbitro sería el juez civil de turno y el laudo tendría carácter de obligatorio. En caso de no ser cumplido, se establecían varios tipos de sanciones. Así, el gremio que desobedezca el fallo será pasible de la pérdida de la personería jurídica; quedará inhabilitado de ejercer el derecho a reunión y los miembros de la comisión directiva del sindicato, que decidieron desatenderlo, serán pasibles de condena por delito de desacato, según lo prescripto por los artículos 11 y 14 (DS DIPUTADOS, 21/05/1919).

La intención del gobierno, entonces, era la creación de un factor externo a las partes del conflicto, perteneciente al mismo Estado, que debía decidir cuál era la solución más equitativa para ellas, y esa solución debía ser acatada forzosamente. Esa idea de un tercero "imparcial" que pueda destrabar el conflicto, también se manifestó en el proyecto de Código del Trabajo, redactado por Unsain (presidente del Departamento Nacional del Trabajo) y presentado en el congreso en 1921 por el Poder Ejecutivo, que instituía "jueces del trabajo" para arbitrar las controversias (DS DIPUTADOS, 8/06/1919).

Por su parte, el diputado Carlos Becú, presentó un proyecto en Diputados el 6 de Junio de 1919, donde también se instituían mecanismos conminatorios de conciliación. El artículo 5º del proyecto, establecía que "los que no cumplan o impidan que otros cumplan [...] o se nieguen a valerse de los procedimientos que ella establece para la conciliación de los intereses económicos derivados del sistema del trabajo asalariado, o dificulten maliciosa o injustificadamente la ordenada solución de los conflictos de trabajo que tiñesen al bienestar general, cometen delito contra la seguridad interior y orden público", remitiendo luego a las sanciones prescriptas en el código penal (DS DIPUTADOS, 6/06/1919). Asimismo, prohibía entrar en huelga durante el transcurso de la negociación oficial y otorgaba amplias facultades al Poder Ejecutivo para controlar el funcionamiento de los gremios. Así el artículo 36 del proyecto establecía: "El Poder Ejecutivo no podrá conceder y retirará la personería jurídica a las corporaciones de cualquier clase cuyas resoluciones, declaraciones o propósitos signifiquen la intención de realizar aislada o colectivamente actos definidos, prohibidos y castigados por la presente ley" (DS DIPUTADOS, 6/06/1919).

Por otro lado, el proyecto condicionaba aún más a los trabajadores que realicen actividades consideradas "de interés público": el art. 37 disponía que: "Será aplicable el doble de las penas establecidas en las leyes generales y en la presente a los empleados y empleadores que tengan a su cargo servicios de interés público. Son servicios de interés público, a estos efectos: los transportes públicos, los servicios portuarios [...]" (DS DIPUTADOS, 6/06/1919). De esta manera, y haciendo hincapié expresamente sobre aquella concepción de "interés público" ya explicada, el proyecto buscaba impedir no sólo el cese de actividades que tuvieran carácter de vital importancia para la vida social, tales como agua, gas, electricidad, sino, además, de aquellas que pudieran provocar un freno en el natural desarrollo del mercado agro-exportador, como lo eran los trabajos en puertos y trenes.

²⁹ Es importante destacar que todos esos proyectos fueron presentados inmediatamente después de los sucesos de enero de 1919 en Buenos Aires.

En igual sentido, el proyecto del diputado Carlos J Rodríguez, disponía en sus artículos 11 y 12, con carácter obligatorio, que los gremios se sometían a la conciliación y arbitraje que establece la ley, sancionándolos con la disolución del sindicato a quienes de negaren o no acaten el laudo dictado. Los artículos 30 y 31 requerían un aviso de cinco días para hacer huelga y de diez días si se trata de un gremio del transporte, bajo sanción de quitarle la personería jurídica (DS DIPUTADOS, 12/06/1919).

Otro proyecto presentado por el Poder Ejecutivo, sobre contratos colectivos de trabajo, limitaba la acción directa, puesto que, su artículo 16 establecía que mientras esté vigente el convenio, ninguna de las partes podrá emplear contra la otra los medios de lucha aún en cuestiones que no estén regidas en el contrato (DS DIPUTADOS, 21/05/1919). Además, el propio proyecto establecía implícitamente una preferencia a la adhesión de los trabajadores al sindicato más transigente, puesto que para que el convenio fuera aplicado al trabajador, éste debía estar afiliado a la entidad obrera (artículo 5°), con lo cuál condicionaba, a los trabajadores, a permanecer en el gremio o a afiliarse al mismo (DS DIPUTADOS, 21/05/1919).

Si bien esos proyectos no fueron aprobados, las redacciones de los proyectos jurídicos exteriorizan la finalidad legitimar la necesaria intervención estatal para sosegar de las tensiones sociales. Tal como fue referenciado en el primer apartado de este trabajo, el Estado buscó legitimar una intervención en un área propia de la actividad privada mediante la “procedimentalización legal y objetiva” de las diferencias.

Luego de lo expuesto, podemos concluir este apartado afirmando que la intención de armonizar (orgánicamente) a la sociedad, por parte del Estado, estuvo signada por dos estrategias fundamentales: por un lado, la posibilidad de inmiscuirse necesariamente y sin el avenimiento de las partes en el conflicto, imponiendo condiciones que en caso de ser desacatadas traerían aparejado enérgicas sanciones y, por otro lado, el control a las organizaciones obreras, puesto que aquellas asociaciones profesionales que no obtuvieran o perdieran la personería jurídica quedarían en una situación de ilegalidad permanente, donde sus derechos a reunión y a huelga se verían menguados o directamente impedidos.

X- REFLEXIONES FINALES

El trabajo intentó sustentarse en una premisa teórica fundante: el origen de las políticas sociales no provienen exclusivamente de la evolución de las ciencias y el estudio de “lo social”, sino que se apoyan en mayor medida –aunque sin soslayar la primera variable– como consecuencia por la organización de la clase obrera y el estallido del conflicto social. Asimismo, y siguiendo esa interpretación, la propia evolución del derecho del trabajo no devendría únicamente por el reconocimiento estatal de la existencia objetiva de la “cuestión social”, sino además por el reconocimiento que las asociaciones de trabajadores hicieron del Estado. Es decir, las normas laborales hubieran tenido, quizás, un pobre destino si no las hubieran utilizado o reclamado aquellos a quienes eran aplicables.

En segundo lugar, buscamos graficar con la experiencia local aquella idea que supone a los derechos sociales como derivación necesaria de la adquisición previa de derechos políticos. Pusimos de manifiesto como la reforma electoral del año 1912 provocó la ampliación del sistema político y una alteración de la

tradicional correlación de fuerzas. Ello gracias a la nueva participación democrática de numerosos sectores sociales excluidos hasta ese entonces. Esa refundación de la democracia, con la implantación de elecciones libres y justas, provocó una nueva exigencia electoral para los partidos políticos y/o gobernantes, ergo, la manera de “hacer política” sufre un giro de ciento ochenta grados. La competencia electoral generó la necesaria situación de buscar atender a todos los estratos sociales a fin de captar sus votos, de allí que el Estado comience a involucrarse de manera más definida en un mayor número de situaciones de la vida social y, por tanto, extendiendo la esfera de “lo público”.

En tercer lugar, y en gran parte gracias a la nueva realidad política, emerge la consolidación de la franja “sindicalista” como organización hegemónica dentro del movimiento obrero. Luego del IX congreso de la FORA en 1915 se institucionaliza una nueva estrategia de organización y lucha sindical. Así se abandona progresivamente la huelga general como medio esencial de lucha; se acepta la ley estatal como legítima y, por último se dividen a los sindicatos por actividad y se les otorga plena autonomía con respecto a la central. Todo ello va a impactar sobre el tratamiento de la legislación social propuesta por el gobierno radical. Así tendremos leyes que beneficiaron solamente a aquellos gremios que tuvieran un gran poder de conflicto, como los que representaban a los trabajadores de transportes y servicios públicos en general y leyes que buscaron controlar a las agrupaciones sindicales propiciando un sindicalismo transigente, flexible y muy ligado al poder político.

Por último, en lo que hace exclusivamente al derecho sindical pudimos observar que ya desde el “Proyecto González” todas las regulaciones de derecho colectivo tuvieron una racionalidad restrictiva, pues, su derecho de libertad de reunión siempre estaría menguado por el “orden público”. Por tanto, aquel derecho tan crucial para el desarrollo de la democracia –libertad de asociación– se encontró menguado sistemáticamente por valores superiores pre-democráticos. Tal concepto por demás vago e indefinido – aunque sí cercado por los derechos de la primera parte de la Constitución Nacional– dejaba en manos del Estado constituir el sentido de ese “orden público” y por tanto, gozar de cierta discrecionalidad para limitar la libertad de asociación de esos grupos de interés específicos. En ello, los “proyectos radicales” no fueron la excepción, como tampoco lo fueron todas las regulaciones que sucedieron a lo largo de la historia argentina.

XI- BIBLIOGRAFÍA

Libros

ABAD DE SANTILLÁN, Diego (1933): *La FORA: ideología y trayectoria del movimiento obrero revolucionario en la Argentina*, Utopía Libertaria, Buenos Aires, 2005.

ANSALDI, Waldo (Comp.) (1995): *Representaciones inconclusas: las clases, los actores y los discursos de la memoria*, Biblos, Buenos Aires, 1995.

ANSALDI, Waldo y otros (2009): *Argentina. La construcción de un país*, Sudamericana, Buenos Aires, 2009.

- AZNAR, Luis y DE LUCA, Ángel (2006): *Política. Cuestiones y problemas*, Emecé. Buenos Aires, 2007.
- BAYER, Osvaldo (1993): *La patagonia rebelde II: la masacre*, Editorial planeta, Buenos Aires, 2004.
- BILSKY, Edgardo J. (1984): *La semana Trágica*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1984.
- BOBBIO, Norberto (1989): *Liberalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México D.F, 2008.
- BOTANA, Natalio R. (1979): *El orden conservador*, Sudamericana, Buenos Aires, 1979.
- CATERINA, Luis María (2008): *Los empresario y el obrerismo en tiempos del radicalismo, 1916-1930*, UCA, Rosario, 2008.
- CLAPS, Manuel A. (1971): *Yrigoyen*, Biblioteca de la Marcha, Montevideo, 1971.
- DEL CAMPO, Hugo (1983): *Sindicalismo y peronismo*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 1983.
- DEL MAZO, Gabriel (1983): *La primera presidencia de Yrigoyen*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1983.
- DI TELLA, Torcuato; Germani, Gino; Graciarena, Jorge y Colaboradores (1965), *Argentina, sociedad de masas*, Eudeba, Buenos Aires, 1965.
- GODIO, Julio (1988): *El movimiento obrero argentino (1910-1930)*, Editorial Legasa. Buenos Aires, 1988.
- GODIO, Julio (1972): *La semana Trágica de enero de 1919*, Hyspamérica, Buenos Aires, 1972.
- GOODWIN, Paul (1974): *Los ferrocarriles británicos y la UCR*, La Bastilla, Buenos Aires, 1974.
- GORI, Gastón (1999): *La Forestal*, Ameghino, Buenos Aires, 1999.
- HAIDAR, Victoria (2008): *Trabajadores en riesgo: una sociología histórica de la biopolítica de la población*, Prometeo libros, Buenos Aires, 2008.
- ISCARO, Rubens (1958): *Orígenes y desarrollo del movimiento sindical argentino*, Anteo, Buenos Aires, 1958.
- ISUANI, Ernesto; Lovuolo, Rubén; Tenti Fanfani, Ernesto (1991): *El Estado benefactor. Un paradigma en crisis*, Miño y Avila, Buenos Aires, 1991.
- LACLAU, Ernesto (2005): *La razón populista*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2005.
- LÓPEZ, Antonio (1998): *La FORA en el movimiento obrero*, Tupac Ediciones, Buenos Aires, 1998.
- LÓPEZ, Mario Justo (h) (Comp.) (2005): *De la república oligárquica a la república democrática. Estudio sobre la reforma política de Roque Saenz Peña*, Lumiere, Buenos Aires, 2005.
- MAROTTA, Sebastián (1970): *El movimiento sindical argentino*, Ediciones Laciocalomino, Buenos Aires, 1970.
- OSZLAK, Oscar (1997): *La formación del Estado Argentino*, Belgrano, Buenos Aires, 2008.
- PALACIOS, Alfredo L. (1927): *El Nuevo Derecho*, segunda serie, Colección Claridad, Buenos Aires, 1927.

- PANETTIERI, José (Comp.) (2000): *Argentina: trabajadores entre dos guerras*, Eudeba, Buenos Aires, 2000.
- PANETTIERI, José (1984): *Las primeras leyes obreras*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1984.
- PERSELLO, Ana Virginia (2007): *Historia del radicalismo*, Edhasa, Buenos Aires, 2007.
- PINTO, Julio (1994): *Introducción a la Ciencia Política*, Eudeba, Buenos Aires, 1994.
- ROIG, Arturo Andrés (1969): *Los Krausistas Argentinos*, José M. Cajica, Puebla (Mex.), 1969.
- ROCK, David (1977), *El radicalismo Argentino*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1977.
- SURIANO, Juan (comp.) (2000): *La cuestión Social en Argentina*, ediciones la Colmena, Buenos Aires, 2000.
- ZIMMERMANN, Eduardo A. (1994): *Los liberales reformistas. La cuestión social en la Argentina, 1890-1916*, Sudamericana, Buenos Aires, 1994.

Revistas

- ANSALDI, Waldo, "Mediaciones y políticas de la democracia argentina", en Estudios N° 3, Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba", Córdoba, otoño de 1994.
- ASPELL, Marcela, "La ley 4144 "de residencia". Antecedentes. Sanción. Aplicación", en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, 25, Buenos Aires, 1979.
- BERTOLO, Maricel, "El sindicalismo revolucionario y el estado", en Cuadernos del CIESAL, año 1, número 1, Rosario, 2° semestre de 1993.
- CATERINA, Luis María, "La regulación del trabajo portuario: "trabajo libre", "trabajo federado" y "oficialización", Revista de Historia del derecho, Buenos Aires, 1997, N° 25.
- FERRERE, Ana Clara, "De las políticas públicas y del poder del discurso. Una aproximación a la cuestión sindical a partir de la teoría de la hegemonía", Ponencia en el IX Congreso Nacional de Ciencia Política (SAAP), Ciudad de Santa Fe, 19 al 22 de Agosto de 2009.
- SURIANO, Juan, "Notas sobre los primeros pasos en política social del estado argentino a comienzos de siglo", en Cuadernos del CIESAL, año 1, número 1, Rosario, 2° semestre de 1993.
- SURIANO, Juan, "Trabajadores, anarquismo y Estado represor: de la ley de residencia a la ley de defensa social (1902-1910)", en CEAL, cuadernillo N° 9, colección "conflictos y sucesos en la historia argentina contemporánea", Buenos Aires, 1988.
- TARDITI, Roberto J., "La huelga de 1917 en los frigoríficos de Berisso", en PIMSA, Buenos Aires, año 7, n° 7, (2003).

Documentos

Diario "La Época"

Diario "La Nación".

Diario "La Protesta"

Diario "La Vanguardia"

Publicación de la FORA "La Organización Obrera"

Diarios de Sesiones de la Cámara de Diputados y Senadores de la Nación.

CUANDO EL RÍO SUENA... EL ESTABLECIMIENTO DE UNA NUEVA MATRIZ DISCIPLINAR PARA EL DERECHO ARGENTINO DE AGUAS

Por Liber Martín

RESUMEN

El presente trabajo constituye una crítica a la matriz disciplinar del denominado derecho argentino de aguas. Partiendo de una caracterización y análisis de la sistematización efectuada en la década del cuarenta sobre la legislación decimonónica, el trabajo propone dar cuenta de las principales transformaciones acaecidas en diversos planos (teórico, constitucional, administrativo y fáctico) para discutir la forma en que los principios y presupuestos de la disciplina deben construirse en la actualidad.

PALABRAS CLAVE

Derecho de aguas- sistematización - transformación –principios

WHEN THE RIVER SOUNDS... A NEW DISCIPLINARY MATRIX FOR THE ARGENTINIAN WATER LAW

By Liber Martín

ABSTRACT

The paper discuss the disciplinary matrix of the argentinian water law. Based on a critical analysis of the 40's sistematization of the nineteenth century legislation, the paper proposes to account for the main changes occurred at several levels (theoretical, constitutional, administrative and factual) in order to discuss the way that the principles and assumptions of the discipline must be built nowadays.

KEY WORDS

Water law – systematization - change –principles

CUANDO EL RÍO SUENA... EL ESTABLECIMIENTO DE UNA NUEVA MATRIZ DISCIPLINAR PARA EL DERECHO ARGENTINO DE AGUAS

Por Liber Martín*

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto efectuar un análisis crítico de la matriz disciplinar¹ utilizada preponderantemente en el campo jurídico hasta el momento para abordar el estudio del denominado derecho de aguas². Se trata de realizar una especie de *status quaestionis*, que luego del análisis crítico de la sistematización y la caracterización de las transformaciones a las que tal construcción se ha visto enfrentada, culmine con la formulación de las bases para la definición o redefinición de los principios informadores de la disciplina.

Ello en virtud de que la formulación del derecho argentino de aguas –como construcción doctrinaria dogmática–, con relativamente escasas modificaciones a lo largo de poco menos de un siglo, sufre en la actualidad diversas transformaciones de contenido variado y susceptible de enfoques diversos cuya real dimensión, al igual que su evolución futura, no ha sido aún captada en su totalidad³.

El trabajo se centra en la crítica a la doctrina sistematizadora del derecho de aguas y parte de la hipótesis de que las transformaciones operadas en diversos planos, entre las que destaca la reforma constitucional de 1994, importaron un cambio sustancial de los fundamentos del derecho de aguas, y por ende, en las bases para la definición de los principios y presupuestos que lo informan.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza (2009) y Abogado por la UNCuyo (2003). Becario Posdoctoral de CONICET (desde 2010). Prof. de Derecho Administrativo y Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales en las Universidad Nacional de Cuyo y de Mendoza. Autor de diversos libros y trabajos de su especialidad, recientemente ha publicado *El derecho humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, Abeledo Perrot, 2008.

¹ Entendiendo por matriz disciplinar las realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica (KUHN, 1987, 13).

² Para Marienhoff el derecho de aguas tiene por objeto no sólo el estudio "...de las aguas en sí (mar, ríos, etc.), sino también las instituciones que se referían a ellas (vgr. normas que regulan el uso de las aguas públicas, etc.), como asimismo todas aquellas instituciones en las cuales las aguas tengan o desempeñen un papel preponderante (aluvión, islas, servidumbres, etc.)" (MARIENHOFF, 1939b, 121). El otro gran sistematizador lo definió como la rama del derecho cuya materia de estudio está constituida "...por aquellas normas que, perteneciendo al derecho público y al privado, tienen por objeto reglar todo lo concerniente al dominio de las aguas, su uso y aprovechamiento, así como a las defensas contra sus consecuencias dañosas" (SPOTA, 1941a, 50).

³ Aunque algunas de ellas han sido objeto de tratamiento en el plano conceptual y de principios en una prognosis del derecho de aguas efectuada en forma más o menos correcta, no han sido sin embargo sistematizadas ni debidamente integradas al ordenamiento administrativo infraconstitucional que se mantiene en general "aislado" o incólume frente a los cambios acaecidos en los otros niveles de análisis y en el fundamento mismo de los institutos que le sirven de sustento. La integración ha sido mucho menor aún en el terreno de la praxis administrativa, cuyas estructuras se presentan frecuentemente como reticentes al cambio, persistiendo en la aplicación del esquema anterior.

2. La sistematización del derecho de aguas en Argentina

La base positiva fundamental que sirvió a la sistematización del derecho argentino de aguas corresponde, en líneas generales, al siglo XIX y constituye un fiel reflejo del constitucionalismo liberal clásico, el movimiento codificador, y la legislación administrativa liberal decimonónica (Constitución Nacional de 1853, Código Civil de 1869; en el caso paradigmático caso de Mendoza, ley de aguas de 1884 y Constitución provincial de 1916). Normas cuyos paradigmas, a pesar de haber sufrido modificaciones en su articulado y haber sido complementadas por otras, continúan en buena medida vigentes operando con ultractividad hasta el presente⁴.

Con base a la normativa nacional podría identificarse una primera etapa en la evolución de este derecho, durante la vigencia de la Constitución de 1853 y la sanción del CC en 1869, luego de lo cual se sucedieron una serie leyes sancionadas a principios del siglo XX (como entre otras la ley federal de riegos 6546 de 1909). La reforma del CC en 1968 inaugura una nueva etapa y desde este punto de vista, la reforma constitucional (1994) y la legislación de presupuestos mínimos constituyen otro hito de la legislación nacional.

En el orden provincial el constitucionalismo siguió un derrotero distinto, descrito por Joaquín López hasta la reforma de la CN de 1994, a partir de lo cual se afianzó aún más la tendencia a la inclusión de regulaciones sobre agua, ambiente y los nuevos derechos en las numerosas reformas de constituciones provinciales que sucedieron la de la carta magna nacional⁵. La legislación provincial

⁴ Aunque se toma aquí el paradigmático caso de Mendoza estudios sobre el mismo período en la provincia de San Juan conducen a conclusiones semejantes respecto de la supervivencia de formas definitivas adoptadas de la legislación de aguas decimonónica (GENINI, 2000, 1).

⁵ Vid (LÓPEZ, 1993, 118). El autor efectúa una sistematización de las constituciones provinciales (CP), distinguiendo las *clásicas*, anteriores a 1957 que no contienen disposiciones sobre el ambiente y los recursos naturales (CP de Bs. As. (1934), Entre Ríos (1933), Santa Fe (1962) y Corrientes (1960) entre otras); las *modernas*, que incorporan normas más o menos detalladas sobre recursos naturales con algunas declaraciones sobre la propiedad provincial de las fuentes de energía y minerales, (CP de Chaco, Chubut, Misiones, Neuquén, Santa Cruz (1957), Mendoza (1916, con reforma en 1991) y La Pampa (1960) entre otras); y las *contemporáneas*, que a partir de 1986 incluyen diversas disposiciones sobre ambiente, recursos naturales y la protección de derechos asociados (CP de Catamarca (1988), Córdoba (1987), Formosa (1991) y Jujuy (1986) entre otras). Sistematización a la que a nuestro juicio no puede dejar de agregarse una cuarta etapa o categorización, signada por la *reforma de la CN en 1994* a partir de la cual se desata un gran movimiento reformista en el constitucionalismo provincial que tiene como uno de sus ejes centrales las reformas asociadas al ambiente, los recursos naturales y los derechos y obligaciones a ellos asociadas, influidas en buena medida por la fuerza expansiva de los arts. 41 y 124 CN. Así por ejemplo, y en lo que aquí interesa, la CP de Buenos Aires (1994), Chubut (1994), Santa Cruz (1998) y Salta (1998), en consonancia con el texto de la Constitución Nacional establecen que la provincia ejerce el dominio originario y/o eminente sobre los recursos naturales. La CP de Córdoba (2001) aunque no dispone nada respecto del dominio de los recursos naturales en general (sí respecto de ciertos yacimientos) o de las aguas, sí contiene prescripciones sobre su regulación y protección. La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996), entre otras cuestiones que han provocado problemas interpretativos vinculados al puerto de Bs. As., confiere a la Ciudad el dominio inalienable e imprescriptible de sus recursos naturales. La CP de Corrientes (2007), llamativamente declara de dominio público el Acuífero Guarani y las tierras fiscales ubicadas en el ecosistema del Iberá. La CP de La Rioja (2002) por su parte, establece que son del dominio público de la provincia los lagos, ríos y sus afluentes y todas las aguas públicas existentes en su jurisdicción.

infraconstitucional, aunque no ajena a las tendencias generales, ha seguido la más variada suerte de acuerdo a la importancia que el agua representaba para cada provincia al tiempo de su sanción⁶.

Desde otra perspectiva se han reconocido cuatro etapas en la evolución del derecho argentino de aguas. La primera, correspondiente a la formación legislativa del sistema jurídico argentino hasta principios del siglo XIX; la segunda, denominada de los precursores en la elaboración doctrinaria, que se extiende hasta 1930 aproximadamente; un tercer periodo, de sistematización doctrinaria, que se extiende desde la década del 30 hasta la del 60; y finalmente la cuarta, de consolidación del derecho argentino de aguas, que se alcanza al menos hasta 1975 (MATHUS ESCORIHUELA, 1976, 1392). A este criterio, cabe agregar una quinta etapa, que puede denominarse de transformación o reformulación del derecho argentino de aguas, en el marco de la cual este trabajo es realizado.

Pero no es la primera etapa, cuya matriz decimonónica dejamos establecida con antelación, la que interesa de modo principal a este trabajo, tampoco la segunda, por su escasa trascendencia teórica en relación a la tercera, ni la cuarta que refiere, con propiedad, a la consolidación de las bases que ya estaban sentadas, sino la tercera: la etapa de *sistematización del derecho de aguas* y de cuya caracterización nos ocupamos en adelante.

Entre las obras que han sido unánimemente consideradas como significativas para la sistematización del derecho de aguas se encuentran: (MARIENHOFF, 1939); (SPOTA, 1941); (CANO, 1941/1943/1976) y (VILLEGAS BASAVILBASO, 1952), entre otras⁷. Resultando

⁶ Con respecto a la evolución de la legislación provincial sintéticamente hay que decir que a la Ley General de Aguas de la provincia Mendoza (1884), aún hoy vigente, le siguieron las leyes de aguas de Tucumán (1897) y Catamarca (1896/1900). A partir de 1940, se sancionan los Códigos de Aguas de Salta (1946), Jujuy (1950) y Santiago del Estero (1950) inaugurando la época durante la cual se dictaron la mayoría de las leyes provinciales. Caracterizadas por considerar al agua como un todo regularon todas las clases de aguas y los usos de que era susceptible en ese momento, el ejercicio de la policía de aguas y la organización, competencias y funcionamiento de la administración de aguas, el riego -económicamente preponderante-, la concesión de uso de las aguas públicas, las prioridades, servidumbres administrativas, normas sobre distribución, la participación de los usuarios en la administración, en las obras de defensa y desagües, la clasificación de los derechos de agua y policía de aguas, cauces y riberas. A partir de 1970, se sancionan los CAg de Corrientes (Ley N° 3066/72), Córdoba (Decreto Ley N° 5589/73), LAg de Catamarca (Ley N° 2577/73), La Pampa (Ley N° 607/74), CAg de Neuquén (Ley N° 899/75) y la LAg de San Juan (Ley N° 4392/77), luego de lo cual se inicia otra etapa en la que se sancionan entre otras, la LAg de Santa Cruz. (Ley N° 1451/82), el CAg de Santiago del Estero (Ley 4869 /83), La Rioja (Ley 4295/83), Chaco (Ley N° 3230/87) y Jujuy (Ley 4396/88). Estas leyes adoptaron una técnica legislativa más evolucionada, sistematizando sus disposiciones e incluyendo principios de política hídrica. Desde un enfoque interdisciplinario, contemplaron temáticas tales como el costo del agua, que en la práctica había sido ignorado o resistido. Se reguló el agua como un recurso natural y como elemento ambiental, por lo que no sólo se incluyeron normas relativas al aprovechamiento y conservación sino también referidas a la protección y defensa contra los elementos nocivos producidos por las aguas y limitaciones al dominio establecidas en beneficio de su uso, obras hidráulicas, etc.

⁷ Además de las anteriormente citadas existió en esta época una profusa producción monográfica sobre la materia. Entre otras, (MARIENHOFF, 1936b); (BENGOLEA ZAPATA, 1942). Producción monográfica que coincide además con un profusa actividad investigativa y académica entre la cual puede citarse la creación del Centro de Investigación Permanente de Legislación de Aguas y la UBA (1935) bajo la dirección de Spota; la celebración de la IV Conferencia Nacional de Abogados (1936) de donde surgieron las "Bases para una Legislación de Aguas"; la creación de la Cátedra de Legislación de Regadío en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional

especialmente significativas por su profundidad (tesis doctorales), nivel de penetración y grado de difusión: *El Régimen de las aguas públicas y privadas* (1939) de Miguel Marienhoff, y el *Tratado de Derecho de aguas* (1941) de Alberto Spota. Teniendo en cuenta ello, puede afirmarse que la sistematización del derecho argentino de aguas fue efectuada en la década del cuarenta. Obras precedentes, como (LOBOS, 1902) y (CASTELLO, 1921) corresponden a la denominada etapa de los “precursores” antes referida.

El primer rasgo que merece destacarse es que el régimen jurídico fue enfocado por los códigos civiles y la doctrina sistematizadora de sus disposiciones desde las posibilidades de propiedad sobre las aguas, es decir, desde el enfoque o paradigma dominial que parte de la doctrina ha considerado vigente desde el derecho romano hasta mediados del siglo XX. Respondiendo a esta concepción, se prestó especial atención a la titularidad del dominio de las aguas (perspectiva subjetiva), a la delimitación entre aguas públicas y privadas según los tipos de agua⁸, a las servidumbres civiles y administrativas impuestas en el uso de las aguas en tanto limitaciones al dominio, a los usos comunes y especiales y a las clases de aguas, entre otros tópicos que pueden mencionarse⁹.

El estudio de la doctrina sistematizadora revela además la fuerte impronta de la dogmática iusprivatista en el derecho de aguas¹⁰ que, asociada al CC, al concepto de ley y la exégesis, resultó

de Cuyo (1936); la celebración del Primer Congreso Argentino del Agua (Mendoza, 1940), etc. Aunque con menor grado de profundidad y con posterioridad (PIGRETTI, 1965); (ALLENDE, 1971) y López cuya recopilación de trabajos de la época se encuentra en (LÓPEZ, 2005), entre otros.

⁸ En efecto, ha sido esta delimitación entre aguas públicas y privadas desde el punto de vista de la titularidad y según los tipos de aguas uno de los temas que ha ocupado más largamente a la doctrina especializada prácticamente hasta nuestros días. A más de las obras ya citadas, pueden recordarse entre otros, (MARIENHOFF, 1970); (BORDA, 1971); (MATHUS ESCORIHUELA y MOYANO, 1983); (LÓPEZ, 2005) y (MOYANO, 2005).

⁹ Incluso con rigor metodológico obras relativamente recientes del derecho comparado mantienen en líneas generales la misma sistemática. (VERGARA BLANCO, 1998); Con un sesgo civilista muy marcado en el derecho chileno, (PARADA BARRERA, 2000).

¹⁰ Parece posible ubicar, en general, los desarrollos de la doctrina sistematizadora del derecho de aguas dentro del campo de la denominada *dogmática jurídica*. La dogmática, en tanto tiene por objeto la interpretación de un conjunto de normas, constituye la actividad principal de los juristas doctrinarios, destacándose en cuanto a cantidad de producción en relación a otras ramas del derecho como la filosofía del derecho, la sociología del derecho o la historia del derecho. Las principales críticas a la dogmática provienen de su carácter poco “científico”, en tanto parte habitualmente de una serie de presupuestos no siempre explicitados y de dudosa validación. Así, se ha señalado que ella surge, justamente, de la aceptación dogmática de determinados presupuestos que no pueden ser calificados como verdaderos o falsos, sino tan sólo aceptados, racionalmente, cuando son confrontados con determinados criterios de justicia, conveniencia, oportunidad o, “dogmáticamente”, cuando son aceptados sin tal confrontación. Nino ha destacado que la adhesión que los iusnaturalistas racionalistas efectuaron a la codificación no fue dogmática sino racional, en tanto encarnaba el programa jurídico propio del racionalismo. Actitud que, aunque resistida, trascendió su tiempo y determinó la tendencia de los juristas posteriores de adherir al principio de preeminencia de la ley como fuente del derecho. Advirtiendo, en relación a ello, que el legado más importante del racionalismo y la exégesis no estuvo en sus criterios valorativos, sino y fundamentalmente en la actitud de adhesión al derecho legislado. En la mayoría de los casos advierte Nino, la aceptación del jurista es dogmática y basada en criterios puramente formales. Sin embargo, el debate principal se centra en que la pretendida naturaleza explicativa o meramente descriptiva llevada a cabo por la dogmática consiste muchas veces en una verdadera labor “creativa” o “legislativa”. Courtis glosando a Nino explica cómo esa función creadora es muchas veces ocultada por las técnicas interpretativas utilizadas, que presuponen una serie de construcciones teóricas generales caracterizadas por su alto nivel de abstracción, por la multiplicidad de categorías conceptuales y por su amplio grado de generalidad. Labor que se encuentra plagada de

característica de su sistematización¹¹. Pero ello, lógica y necesariamente, encuentra su explicación más allá de la marcada influencia iusprivatista existente en la formación de los juristas sistematizadores, como observaba críticamente el propio Bielsa respecto de Marienhoff en el prólogo a su obra (BIELSA, 1939).

Resulta llamativo y hasta, ciertamente, paradójico que la misma doctrina sistematizadora, a la vez que estructuraba la materia en torno a los principios contenidos en el CC, reconociera que las soluciones en materia de derecho de aguas debían buscarse normalmente en el derecho público. Spota tiene dicho al respecto que "...no es difícil advertir cómo el derecho público administrativo es la rama del derecho donde debe recurrirse para hallar los principios que solucionen la mayor parte de los problemas que se presentan en esta materia" (SPOTA, 1941a, 22). En este sentido, Vergara Blanco ha notado críticamente esta característica en el derecho chileno, observando lo inapropiado que resulta el enfoque civilista para una materia que constituye a su juicio un desgajamiento del

vicios e incoherencias hasta con el mismo derecho positivo que, se supone, ha constituido su punto de partida. Al respecto se ha observado, cómo ni siquiera la adhesión formal al derecho positivo resulta posible en cuanto tarea meramente descriptiva, puesto que la función creadora de la dogmática se manifiesta desde la hora en que se debe determinar el contenido real del derecho positivo. Momento éste, donde inmediatamente aparecen opciones por problemas de indeterminación lingüística, inconsistencias y contradicciones entre normas, la existencia de principios y directrices, la estructura jerárquica y escalonada en cuanto supone un examen de compatibilidad formal y sustancial, la importancia del contenido las decisiones jurisprudenciales, entre otras. Críticas a la concepción de la labor dogmática general que, en relación a la mayoría de la doctrina sistematizadora del derecho argentino de aguas, abren la posibilidad de dar cuenta de ellas y explorar caminos hasta ahora rara vez recorridos (NINO, 1974, 17); (COURTIS y BOVINO, 2001, 185/193).

¹¹ Ciñéndonos a Spota es posible observar cómo fue sin lugar a dudas el CC la fuente principal tomada para la construcción de los principios derecho de aguas. Y esto es así porque al tratar el derecho positivo de aguas en Argentina y la definición de derecho de aguas (SPOTA, 1941a, 23-52) hace un repaso por la normativa constitucional y la legislación nacional y provincial prestando escasa atención a esta última. Es crítico de la superficialidad, la falta de concordancia y hasta la contradicción que algunas normas provinciales, como la de Mendoza de 1884 o la de Santiago del Estero presentan en relación al CC (SPOTA, 1941a, 46). Advierte que es en el CC donde encontraremos las reglas fundamentales sobre el derecho de aguas procediendo a la identificación de los principios fundamentales establecidos por la ley civil que se convertirán luego en la columna vertebral de la materia sistematizada (SPOTA, 1941a, 26). Estos principios podían ser resumidos en: 1° Principio de dominicalidad pública de los mares territoriales, cursos de aguas y lagos; 2° Principio de concesión administrativa como presupuesto del aprovechamiento especial de las aguas públicas; 3° Dominio privado de ciertas aguas: carácter restrictivo de la enumeración que la ley hace de estas; 4° Restricciones del dominio privado sancionadas por causa de interés público derivada de la navegación o flotación; 5° Restricciones del dominio privado basadas en el interés privado y público de la mejor utilización económica de la propiedad en materia de aguas; 6° Servidumbre establecidas con carácter forzoso por la ley en virtud de razones de interés público; 7° Servidumbre de descarga (sobrantes de riego, de las industrias, avenamiento, etc.) impuesta por ley; 8° servidumbre de recibir aguas de los predios ajenos y sacar agua (SPOTA, 1941a, 26). Al definir el derecho de aguas, parte igualmente de los principios fundamentales del CC, de dominio público (art. 2340 CC), privado (arts. 2367, 2350, 2635 CC), uso (art. 2341 CC) y concesión (art. 2642 CC). Identificando como aspectos relevantes de la definición, el dominio de las aguas; el aprovechamiento y la defensa contra las mismas, con cita exclusiva de los artículos del CC, (SPOTA, 1941a, 22). Pero el sesgo también es posible advertirlo en juristas más recientes, cuando a más de continuar estructurando la exégesis a partir de la norma civil afirman, por ejemplo –a pesar de la claridad de la nota del codificador-, que es el art. 2611 del CC el que autoriza a la administración a restringir el derecho de dominio por razones de interés público. Cuando, en sentido estricto, tal facultad y sus límites surgen del propio texto constitucional (arts. 14/17 CN) y no de la norma civil, cuestión que si bien resulta ciertamente intrascendente en tanto reiteración innecesaria de un principio constitucional, parece sin embargo bien representativa del enfoque que buscamos aquí poner de relieve (LOPEZ, 1975, 4).

derecho administrativo (VERGARA BLANCO, 1998, 19)¹². Asimismo, la regulación de la propiedad de las aguas como un tipo de propiedad especial en el CC español de 1888-1889 denota la singular incidencia que el derecho civil ha tenido en la historia del derecho español de aguas (EMBID IRUJO, 2007, 18). En una tendencia que ha persistido hasta la actualidad, a pesar de la reiterada advertencia por parte de muchos autores y de la aceptación de la predominancia del carácter público que las normas del derecho de aguas tienen (CANO, 1941, 22).

En relación al derecho argentino, puede notarse al menos una disfuncionalidad en esta construcción: si el derecho de aguas es fundamentalmente derecho público; el derecho público o administrativo es local, es decir, provincial por imperio constitucional y no pasa a ser civil por el mero hecho de ser incluido en el Código; hay que dudar en la actualidad, al menos en cuanto al método o a las fuentes refiere, de la aptitud del CC -o las normas de derecho público en él contenidas, en cuanto resultan de aplicación sólo al ámbito federal, o supletoriamente a las provincias que no hayan legislado tal materia-, para constituir la norma base de la construcción y sistematización del derecho de aguas¹³.

En síntesis, la crítica se centra en la adopción del Código Civil como norma base y las consecuencias que de ello derivan, no en el pensamiento de los sistematizadores que resultaron en todo caso críticos del fuerte espíritu individualista del que estaban impregnados los principios del Código¹⁴. Muchas de estas críticas, tendientes a corregir aquellos excesos, propiciaron la denominada tendencia "socializadora" en el derecho de aguas, entre cuyas recomendaciones se encontraba la inclusión de todas las aguas en el dominio público, luego incorporada por la ley 17711 (1968), a

¹² Una crítica profunda del lastre del enfoque privatista en el derecho administrativo y, en particular, en el minero se efectúa en (VERGARA BLANCO, 1992, 29). Sobre ésta influencia *vid.* también (MARTIN-RETORTILLO, 1960); ALVAREZ CAPEROCHIPPI, 2003).

¹³ Además de ser inapropiada, la legislación del CC es deficiente como desde hace mucho lo ha sostenido la doctrina especializada que advierte la necesidad de sancionar un Código nacional de aguas (MARIENHOFF, 1936b, 138).

¹⁴ Resultan particularmente apropiadas para fundar la pertinencia de las consideraciones aquí efectuadas las palabras de Benjamín Villegas Basavilbaso dirigidas a Marienhoff en 1936, cuya reproducción textual aunque ciertamente extensa nos permitimos a continuación: "Las transformaciones del derecho público y del derecho administrativo en la presente centuria, han producido una penetración tan honda en el derecho privado, que limitan el campo de las relaciones privadas, circunscribiéndolo a un contenido cada vez más preciso y limitado. La confusión de lo público con lo privado, esa "zona nebulosa" característica de las codificaciones civiles del siglo XIX -acentuada en el código Vélez Sarsfield- va disipándose en forma visible en la legislación contemporánea. El interés público -contenido del derecho social- tiende a prevalecer sobre el privado y en esta lucha, los códigos civiles de estructura clásica, pierden esa superioridad dominante y excluyente (...) Es natural que en ese "finium regundorum" las aguas adquieran categoría independiente; su emancipación de la ley común civil está, como diría Montesquieu, en la naturaleza de las cosas. La influencia de las aguas en la economía, industria, comercio, navegación, es decisiva para la cultura; y el régimen jurídico de las mismas puede detener o acelerar esas actividades, según sean las normas y principios que lo regulen (...) El problema de las aguas entre nosotros presenta mayores consideraciones. Hasta ahora está casi abandonado; la legislación del código civil insuficiente, contradictoria necesita ser revisada con urgencia; las legislaciones provinciales no traducen orientaciones definitivas y orgánicas; la grave cuestión "jurisdiccional" reclama criterios constructivos; las lagunas jurídicas que abundan en el derecho de aguas no pueden cubrirse con analogías ni citas del derecho indiano. Es pues un derecho "in fieri", que en los Estados federalistas reviste mayores dificultades para su ordenamiento jurídico-constitucional" (VILLEGAS BASAVILBASO, 1936, 832).

través de la modificación del inc. 3 del art. 2340 CC¹⁵.

A pesar de las advertencias antes reseñadas, éste enfoque construido a partir de normas y un derecho civil y administrativo decimonónico, tomó como fuente principal el Código Civil de 1869, y junto con él, el concepto de “ley”, de “propiedad” y la “concesión” como ejes de la regulación¹⁶. Respondiendo a un paradigma que pone énfasis en la defensa de la propiedad privada y en la justificación del poder estatal para tal fin, prestó especial atención a las prerrogativas y potestades públicas de la administración identificando lo público con lo estatal. La concepción de la ley – representada en el CC- como fuente de todo el derecho y única forma genuina de manifestación de la voluntad general caracterizó lo que se ha denominado el Estado legislativo de derecho, por oposición al denominado Estado constitucional de derecho.

En este sentido, Salomoni ha precisado que el concepto de ley emanado de la revolución francesa no reconoce una inferioridad jerárquica respecto de la Constitución, característica que sí puede predicarse en cambio, respecto de la concepción norteamericana. Al contrario, la ley para el ideario francés revolucionario aparece como la expresión de la voluntad general en la concepción de Rousseau, donde a través del contrato social se delega en el legislador la suma de las soberanías que ostentaban los ciudadanos. Concepción que, reflejada en el CC Francés, encuentra su natural correlato en la escuela de la exégesis, donde el juez constituye un mero medio mediante el cual la letra de la ley se expresa (SALOMONI, 2000, 618)¹⁷.

Es quizás en parte en función de la influencia de esta concepción, que puede explicarse la preeminencia y ultra actividad que el CC ha tenido tanto sobre la legislación provincial como sobre el texto constitucional argentino.

3. Transformaciones

Una apretada síntesis de las transformaciones operadas en el derecho argentino de aguas en relación al contexto sistematizador puede efectuarse a partir de su descripción desagregada en los cuatro planos propuestos para el análisis (SALOMONI, 1999, 23):

a) La *concepción filosófica política* que fundamenta y explicita la concepción del Estado en cuanto a su origen, su relación con el poder, el fundamento de su legitimidad, sus elementos, las formas que pueden adoptar, etc.; así como también la teoría de la justicia y de los derechos de la sociedad y de los individuos objeto de estudio.

¹⁵ Publicidad que sin embargo no alcanza en la actualidad para garantizar el uso público del agua, su preservación, ni la satisfacción de los derechos humanos vinculados a ella.

¹⁶ Sobre el concepto de propiedad en Argentina entre 1870 y 1820 vid. (LEVAGGI, 2007).

¹⁷ Sobre transformaciones en el concepto de ley ampliar en (PAREJO ALFONSO, 2003, 112).

En este plano se evidencia la crisis y obsolescencia de todo el andamiaje teórico jurídico-político que sirvió de base a la sistematización del derecho de aguas en el sentido expresado que, aunque con matices, a grandes rasgos la doctrina reconoce en el pasaje del Estado legislativo de derecho -asociado al Estado liberal- al Estado constitucional más vinculado al Estado social de derecho. En este marco, la crisis del Estado Nación es concomitante con la crisis del sistema republicano, la división de poderes, el concepto de soberanía, el cambio de fundamento de su legitimidad y la transformación de la concepción de la democracia¹⁸.

La pérdida del monopolio de la legislación por parte del Estado y la multipertenencia a distintos ordenamientos jurídicos supranacionales, pasando de los ordenamientos cerrados inspirados en el individualismo a ordenamientos abiertos debitarios del pluralismo; la crisis del concepto de ley en relación a la nueva inteligencia de la jerarquía constitucional y los principios de igualdad y universalidad en el derecho; el reconocimiento de la falta de identidad entre el Estado y los intereses públicos y el quiebre del paradigma bipolar público-privado, Estado-ciudadano, son algunos de los fenómenos relevantes que caracterizan el momento actual (CASSESE, 2003); (GARCIA PELAYO, 1994)¹⁹.

Del enfoque predominante de las prerrogativas de la administración y los derechos individuales se pasó a los derechos humanos y la responsabilidad estatal por su efectiva satisfacción. En materia de derechos humanos, se pasó del énfasis en su fundamentación y conceptualización al énfasis en su efectividad, acompañado de un cambio en el enfoque del estructuralismo al funcionalismo, en el medio de la crisis de su significación actual (PECES BARBA, 1999), (PEREZ LUÑO, 2005) y (DOUZINAS, 2008).

b) la *teoría constitucional y las normas constitucionales*, juntamente con el ordenamiento supranacional, y dentro de él, fundamentalmente el de derechos humanos, que vertebran y plasman las mencionadas bases filosóficas y políticas.

Desde el punto de vista constitucional, la revisión del estudio del derecho de aguas debe enmarcarse en la actualidad al menos en: (i) la revisión general de la teoría del dominio público y sus fundamentos constitucionales, (ii) la consagración de los artículos 41, 42, 43, 75 inc. 30 y 124 de la CN, (iii) la incorporación de los tratados de derechos humanos (art. 75 inc. 22/23 CN) y la obligación de promoción del desarrollo humano (art. 22 incs. 17/19 CN), y (iv) la expansión considerable de la regulación de las aguas y el ambiente en el constitucionalismo provincial. Todas normas que se encontraban ausentes en el momento en que fueron construidos, por la doctrina

¹⁸ Entre otros, (BOBBIO, 1991); (HABERMAS, 1994, 113); (BIDART CAMPOS, 1999); (FERRAJOLI, 2001, 255); (HÄBERLE, 2002) y (ZAGREBELSKI, 2005, 33).

¹⁹ Transformaciones que no resultan sin embargo novedosas para una disciplina como el derecho administrativo que se ha caracterizado por su dinámica y mutabilidad (DUGUIT, 1975); (GARRIDO FALLA, 1962); (PAREJO ALFONSO, 2003).

sistematizadora, los fundamentos del derecho argentino de aguas y que tienen un impacto sensible en la configuración de sus principios²⁰.

Entre otros cambios significativos debe notarse la variación sustancial que la reforma supuso en el sistema y la jerarquía de las fuentes en el derecho argentino. Transformación que la jurisprudencia de la CSJN llevó al extremo al reconocer primacía a los tratados de derechos humanos, incluso sobre las normas de la misma Constitución, incidiendo de manera sustancial en su interpretación y modificando la legislación infraconstitucional²¹.

Las reformas permiten vislumbrar un nuevo esquema axiológico constitucional que, sin desconocer los anteriores derechos-valores, pues básicamente consistió en incorporar nuevos, ni contradecirlos –pues expresamente establece que, en el caso de la incorporación de los tratados de derechos humanos por ejemplo, “...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. En relación a ello Bidart Campos apuntaba: “...las añadiduras y las actualizaciones que innegablemente ha recibido se integran al (techo ideológico) históricamente primitivo, acentuándose

²⁰ Pienso, por ejemplo, en la transformación radical que implica el sólo reconocimiento constitucional del derecho humano al agua, tal como se lo hemos perfilado en otra oportunidad (MARTIN et al, en prensa), en un sistema construido desde una concepción predominantemente recursista que pone el énfasis en las prerrogativas estatales de administración enderezadas a su aprovechamiento económico, pero que no puede en la actualidad prescindir de los principios ambientales y sociales ya referidos, ni de la revalorización de la subjetividad del hombre que ha implicado la jerarquización constitucional de los derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN). La transformación aparece como sustancial en varios sentidos. En primer lugar, porque el uso común y el derecho humano al agua, aunque satisfagan en última instancia necesidades similares, conceptualmente no son lo mismo, siendo posible reconocer una especie de evolución en los niveles de protección del derecho que va desde el uso común decimonónico, incrementada luego en su consideración como servicio público, hasta su configuración actual como derecho humano. Evolución en el marco de la cual el Estado pasó de una actitud de mera tolerancia frente al uso común –o garantía negativa-, a un deber de garantía –positiva- de efectiva satisfacción del derecho humano al agua por el que ahora resulta responsable tanto en el plano interno como internacional. En segundo lugar, porque el reconocimiento de tal derecho subjetivo ha variado la jerarquía del derecho, considerado en un principio como un mero interés simple, luego un derecho subjetivo, para finalmente ser considerado un derecho humano. Lo que se traduce en la práctica, en la posibilidad de acceder en su defensa a la jurisdicción nacional e internacional, a través de los procedimientos comunes y de excepción. En tercer lugar, porque se presentan situaciones de incoherencia con la legislación de grado inferior donde es preciso armonizar el derecho al agua con antiguas instituciones como el uso común y especial, la prohibición de mecanización en materia de usos comunes, la aplicación del principio de continuidad en materia de servicios públicos y los órdenes de prioridades establecidos en las leyes decimonónicas de aguas, entre otros. Por último, en cuanto el derecho humano al agua puede considerarse también en la actualidad un principio de política hídrica, que compromete fuertemente la responsabilidad interna y externa del Estado, operando como condicionante de la planificación hidrológica en un contexto donde el otorgamiento de derechos, como acto discrecional del Estado –y por ello soberanamente denegable-, parece haber en la actualidad perdido, en parte, el carácter de tal en los supuestos en que se omite el principio de concesión rogada y en los que el interés público lo exige. Ese atemperamiento de la discrecionalidad por el nuevo contenido del interés público, implica que el Estado debe valerse de las concesiones de agua destinadas a las actividades que mejor contribuyan a la conformación de un paradigma social que consolide la calidad de vida y el desarrollo humano en los nuevos términos constitucionales (art. 75 incs. 17, 18, 19, 22 y 23 CN).

²¹ Esta es la doctrina de la CSJN que se desprende de los pronunciamientos “Arancibia Clavel” (2004, LL 2004-E, 827), “Espósito” (2004, LL 2005-B, 803) y “Simón” (2005, LL 2005-F, 24). Vid (SALOMONI, 2005, 1340); (SALOMONI, 2006). Un panorama bien delineado de las transformaciones en las líneas jurisprudenciales de la CSJN a partir de su nueva conformación puede verse en (BIANCHI, 2008, 717).

los rasgos del “constitucionalismo social” y conservando su eje de principios y valores” (BIDART CAMPOS, 1998, 303).

Esto exige al menos en relación a la anterior hermenéutica, una mayor ponderación en la función integradora de los valores ambientales, humanos y participativos²². En relación al uso del agua, esto significa que deben considerarse en forma paralela a la dimensión económica predominante hasta ahora, la dimensión ambiental (art. 41 CN)²³ y social (art. 75 inc. 22 CN).

La realización de esta tarea supone, además de su vinculación con los otros niveles, la adopción de métodos constitucionales de interpretación adecuados, distintos de los medios hermenéuticos utilizados en la sistematización original del derecho de aguas provenientes de la tradición iusprivatista decimonónica que se revelan como inapropiados e insuficientes en el contexto actual. En relación a esto último se ha sostenido que la teoría de la interpretación es hoy el núcleo central de la teoría de la Constitución y en la medida en que el Estado contemporáneo es un Estado constitucional, el problema de la interpretación es también en cierto modo, tema central de la teoría del Estado y la teoría del derecho (DIAZ REVORIO, 1997, 67). Todo esto en el marco de nuevas tendencias como el neoconstitucionalismo, a partir de las cuales se ha teorizado el Estado constitucional actual de derecho (CARBONELL, 2005/2007).

Aunque no de nivel constitucional como los tratados de derechos humanos, sí con jerarquía superior a las leyes, debe tenerse en cuenta en este esquema la incidencia de los tratados internacionales y los principios construidos por la creciente jurisprudencia de tribunales internacionales, que con escasa relevancia en el contexto sistematizador, han adquirido sin embargo

²² En este sentido, se ha sostenido que el Estado ecológico de derecho instaurado constitucionalmente “...es profundamente “ecocéntrico” y no “antropocéntrico”, como se esmera en predicarlo el economicismo que nos gobierna (...) El “ecocentrismo” constitucional que estamos afirmando como consagración constitucional encuentra, además, sustento normativo en la obligación del Congreso de “proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social”, lo cual es impensable al margen de la tutela ecológica integral en los términos formulados por la normativa constitucional...” (QUIROGA LAVIE, 1996, 2).

²³ En efecto, la inclusión del art. 41 CN supuso un quiebro en el paradigma productivista decimonónico, que trasladado a los institutos e instrumentos que estructuran el régimen de las aguas transforma en indisponible para el legislador el contenido ambiental de los derechos de aguas y el gobierno a través de sus principios. Los principios de utilización racional y sustentable, prevención y restauración (art. 41 CN) han dejado de ser una mera pauta directriz para pasar a integrar el régimen de todo uso, independientemente de su regulación clausular o infraconstitucional (nacional o provincial). Desde la óptica de garantía de la propiedad privada, el principio comporta una verdadera y grave restricción al contenido de los derechos, donde sus contornos se redefinen, no sólo a partir de la función social característica del Estado social de derecho, sino además, de una función ecológica. Ámbitos librados a la voluntad del titular aparecen en la actualidad alcanzados por la legislación y la reglamentación administrativa que reduce el espacio de libertad. La CSJN ha puesto de manifiesto esta valoración al señalar que “...La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales”. *Fallos* 329:2334, *in re* “Mendoza c. Estado Nacional y o/s.”, Res. Interlocutoria del 20 de Junio de 2006, *Fallos* 329:2316, LL, 2006-D, 88.

en la actualidad una trascendencia indudable en el marco de los procesos de integración e internacionalización del derecho. Entre ellos resultan de particular importancia los celebrados con estados para la administración de cuencas compartidas, la jurisprudencia en consecuencia dictada²⁴ así como los Tratados para la promoción y protección recíproca de las inversiones (TPI/BIT's), cuya incidencia en el derecho argentino de aguas es innegable (SOLANES y JOURAVLEV, 2007); .

c) el *ordenamiento administrativo particular* necesario y posible para lograr la efectiva vigencia del sistema de poder (derechos y potestades) al cual se aspira;

Sintéticamente las reformas más trascendentes en el *orden nacional* pueden considerarse signadas por: i) Reforma al Código Civil de 1968 (en particular, art. 2340/1198 CC); ii) Reforma del Estado (Ley N° 23696); y iii) La legislación de presupuestos mínimos de protección ambiental (PMPA) (Ley general del ambiente N° 25675; Ley de gestión ambiental de las aguas N° 25688, entre otras).

En el orden provincial, salvo Santa Fe y Tierra del fuego, todas las provincias cuentan con leyes o códigos de aguas de donde deben colegirse sus principios. Incluso después de la reforma de la Constitución de 1994 muchas de ellas modificaron sus constituciones y leyes de aguas incorporando parte de los principios allí contenidos. Así, se sancionaron las leyes de Aguas de Río Negro, (Ley 2952/95); San Luis (Ley 5122/97); el Código de Aguas de Formosa (Ley 1246/97); Salta (Ley N° 7.017/99); Chubut (Ley 4148/1998); Entre Ríos (Ley 9172/98); Buenos Aires (Ley 12257/99); Corrientes (Decreto Ley N° 191/01); Tucumán, (Ley 7139/01) y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley 3295 de 2010).

En Mendoza, la LAg. (1884) sufrió también numerosas reformas, aunque no sistematizadas, y la sanción de leyes complementarias tales como: ley N° 322, reglamentaria de la LAg.; ley N° 368 sobre transferencia de inmuebles con derecho; ley N° 1920 sobre cultivos clandestinos; leyes N° 4035 y 4036 sobre aguas subterráneas; ley N° 4290 sobre cuota de sostenimiento; ley N° 5302, sobre designación de autoridades de cauce; ley N° 6044, para el reordenamiento del sector de agua potable y saneamiento y creación del EPAS; ley N° 6105, sobre balance hídrico; ley N° 6405, sobre inspecciones de cauce, entre otras. Es preciso tener en cuenta además, dada la estructura institucional de la provincia, las disposiciones de carácter reglamentario que permiten la aplicación actual de buena parte de la legislación de aguas decimonónica²⁵.

²⁴ Así entre otros, Tratado de la Cuenca del Plata (Ley 18590/70); Tratado del Río de La Plata y su Frente Marítimo (20645/74), Acuerdo constitutivo de la Comisión Trinacional del Río Pilcomayo (Ley 24677/96). Entre la jurisprudencia reciente es de ineludible cita el caso de las papeleras instaladas sobre el Río Uruguay. Corte Internacional de Justicia, "Argentina v. Uruguay" (*case concerning pulp mills on the river Uruguay*) (20/4/2010).

²⁵ En el caso de Mendoza, fundamentalmente aquellas emanadas del Honorable Tribunal Administrativo (HTA) y el Superintendente del Departamento General de Irrigación de Mendoza (DGI), cuyo análisis será efectuado oportunamente al ocuparnos del régimen jurídico del uso especial o privativo.

d) el *plano fáctico*, del cual nace y a quién va dirigida la institución.

Las transformaciones en la situación fáctica que inciden en la formulación y aplicación del derecho de aguas son múltiples, de contenido variado y serán abordadas en concreto junto con el tratamiento de cada uno de los principios.

Desde el punto de vista del recurso las transformaciones en el plano fáctico pueden resumirse en lo que se ha denominado “la crisis del agua”. Esta obedece a múltiples factores vinculados a la escasez, demanda creciente (cantidad y calidad) y competitiva, cambio climático, superpoblación, contaminación, desigual distribución, multiplicidad de usos y nuevas tecnologías, entre otros que impactan directamente en la legislación y administración de las aguas.

En la realidad española se ha apuntado que a los problemas atendidos tradicionalmente por el derecho de aguas como las obras de defensa, protección contra avenidas, forestación de márgenes, producción de energía eléctrica, pesca, navegación, desecación de marismas y lagunas, el aluvión o la avulsión propios de cauces vivos y dinámicos, han sobrevenido nuevos problemas que constituyen un derecho de aguas asociado a la escasez y la sequía, donde la atención se centra en la planificación hidrológica, los trasvases, la desalación, la reutilización de aguas de vertidos, la reserva de caudales ecológicos, acuíferos sobreexplotados, declaraciones de sequía y contaminación de cauces, entre otros (LOPEZ MENDUO, 2007, 59). Realidad diversa a la argentina, con niveles de desarrollo y de infraestructura hidráulica muy superiores, pero que sin embargo y por eso mismo, puede servir de referencia para estructurar un régimen del uso especial del agua que, a la vez que posibilite y fomente el desarrollo, prevea sus consecuencias en un marco de sustentabilidad.

Transformaciones que desembocan en una cada vez mayor conflictividad entre los intereses del conjunto social que pugnan por su apropiación y utilización, conformando un escenario sustancialmente distinto y notablemente más complejo que aquel en que tuvo lugar la formulación de la legislación que sirvió de base a su sistematización en los términos descriptos²⁶.

²⁶ Entre muchos documentos que pueden reflejar la extraordinaria transformación de las circunstancias fácticas en relación a la utilización y administración de los recursos hídricos pueden destacarse varios estudios de la CEPAL a nivel regional, donde se ha puesto de relieve la imposibilidad de escindir la legislación de aguas vigente y efectiva del entorno concreto al cual son aplicadas, poniendo especial énfasis en la gobernabilidad, el contexto y las políticas macroeconómicas, y en los criterios para la toma de decisiones que afectan a los recursos hídricos. Críticamente observaba: “...El enfoque tradicional de la legislación de aguas y de la mayoría de los abogados especialistas en el tema, es centrar todos los análisis en los textos de leyes, y en función de premisas formales, hacer análisis descriptivo-filosóficos de la bondad de leyes e instituciones. Sin embargo, la vida del derecho es la experiencia, y un análisis dinámico de su impacto no puede prescindir de su interacción con políticas económicas generales. De hecho, es la calidad de estas políticas que determina el contexto en el que el derecho cumple su rol” (SOLANES y JOURAVLEV, 2005, 8).

Sólo la contaminación, por ejemplo, constituye un fenómeno que ha pasado a condicionar en forma determinante el régimen de utilización de las aguas. Régimen cuya virtualidad no se agota en los aspectos estrictamente cualitativos, como a primera vista pudiera pensarse, sino que ha servido para reabrir y habilitar un debate más amplio sobre la importancia social del agua en sus aspectos cuantitativos planteando la necesidad de una nueva disciplina que regule su disfrute público y privado bajo el principio de la tutela global del recurso (DELGADO PIQUERAS, 1992, 469).

Resultará también esencial en relación a las competencias sobre el agua la transformación operada en el régimen federal de gobierno, desde aquel contexto decimonónico del Estado naciente hasta la actualidad, en el derecho, y desde luego, en los hechos.

4. Estabilidad y determinantes de la configuración de sus principios

Las afirmaciones anteriores respecto de la trascendencia de las transformaciones acaecidas y la necesidad de dar cuenta de ellas en la conformación del nuevo marco teórico y constitucional del derecho de aguas aparece, en cierta medida, como opuesta a la idea generalizada según la cual sus principios y bases se han mantenido incólumes desde el momento de su sistematización²⁷.

Para explicar esta permanencia Marienhoff refiere que la transformación se habría operado en la "legalidad", pero no en la "legitimidad". Si bien la distinción entre legalidad y legitimidad es útil y

²⁷ Las palabras de Marienhoff, como representante indiscutible de la sistematización del derecho argentino de aguas, resultan suficientemente ilustrativas y útiles para reflejar la idea a la que hacemos referencia. Al dirigirse al lector con motivo de la 3ra. Edición (1996), del Tomo VI de su *Tratado de Derecho Administrativo (Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas)*, a casi sesenta años de la 1ra. edición (1939) de lo que constituyó su tesis doctoral, sostenía que los cambios de "legislación" no habían importado un cambio sustancial en los "principios" jurídicos básicos que informan el régimen de las aguas, apuntando que se habría operado un cambio en la "legalidad", pero que ello no importaba en modo alguno, una transformación en la "legitimidad", que involucraba un concepto permanente de razonabilidad y justicia. Textualmente Marienhoff sostenía: "Con posterioridad a la publicación de mi expresada tesis doctoral, el derecho relacionado con las aguas ha evolucionado "legalmente" a través de nuevos textos. Eso no sólo sucedió en nuestro país (Nación y provincias), sino también en el derecho comparado. Pero ese cambio se refiere a la "legislación", y no precisamente a los "principios" jurídicos básicos que, en lo fundamental, se mantienen. Hubo, pues, cambios en la "legalidad", no en la "legitimidad", por cuanto la vinculación y concordancia de las nuevas normas con el orden natural de las cosas (legitimidad) se mantiene. Los cambios se refieren al derecho positivo -a la legalidad- que es contingente. No se refieren a la "legitimidad" que involucra un concepto permanente de razonabilidad y justicia. Estos principios se mantienen. Por ello, todo lo dicho al respecto en mi tesis doctoral, conserva plena vigencia. Esto justifica esta tercera reimpresión de la misma". A mayor abundamiento reitera "...Los cambios que, tanto en nuestro país como en el extranjero, se produjeron en diversos aspectos de esta disciplina, son fundamentalmente de tipo "legal" -es decir, contingentes-, referidos a modificaciones del ordenamiento positivo. Tales modificaciones, en lo pertinente, implican y constituyen cambios compatibles con la evolución de todo sistema jurídico y que, en este caso, en modo alguno alteran o suprimen la vigencia de los "principios" clásicos del derecho de aguas. Es lo ocurrido en España, por ejemplo, cuya actual ley de aguas, en vigencia desde el 1º de enero de 1986, derogó la vieja ley del 31 de junio de 1879 estableciendo, entre otras cosas, que no podrá adquirirse por prescripción el derecho de uso privativo del agua pública, como lo autorizaba la legislación anterior. Se modificó el criterio legal respecto a determinado punto, pero los "principios" básicos del derecho de aguas conservan su vigencia teórica. Con relación a cuestiones concretas, un país puede adoptar un criterio legal u otro distinto, sin que ello afecte la vigencia de los respectivos "principios" básicos. En nuestro caso, es de estos principios de donde surgen los valores conceptuales necesarios para resolver, por ejemplo, todos los problemas relacionados con el agua considerada como objeto del derecho..." (MARIENHOFF, 1939a, 23). Contra tal pretensión de permanencia, caracterizando los "principios del pasado", su variabilidad y superación conforme el cambio de circunstancias y normas (GORDILLO, 2009, II-2).

relativamente moderna, desde nuestra concepción y en orden a determinar los principios que informan la disciplina, no parece del todo posible efectuar una escisión total entre la "legalidad" o el derecho positivo, y la legitimidad, que refiere en todo caso a un plano distinto del estrictamente positivo, ya sea teórico o fáctico, pero también integrante del fenómeno jurídico. Es decir, es preciso reconocer algún grado de relación entre legalidad y legitimidad, y por ende entre la legalidad y los principios básicos²⁸. En particular, diferimos de la concepción que ve en la legitimidad un orden natural de las cosas definible a partir de un concepto permanente de razonabilidad y justicia²⁹.

Los principios que informan una disciplina no existen *per se*, sino que resultan de una construcción en la que una determinada concepción del derecho, la selección de las fuentes y la metodología resultan determinantes de los resultados que pueden alcanzarse.

De allí la pertinencia de las preguntas formuladas por Martín-Retortillo que habilitan una nueva construcción: ¿hasta qué punto estas instituciones, estos principios contenidos en las leyes centenarias son válidos en el presente y de cara al futuro? ¿Cuándo y en qué medida conservan su validez? ¿Con qué alcance?³⁰.

Naturalmente algunos aspectos de aquel régimen han de haberse modificado mientras otros perduran, sea intactos, sea modulados en su forma o contenido³¹. Pero la determinación de si las transformaciones alcanzan o no para afirmar que nos encontramos ante nuevos principios, o ante una modulación o resignificación de los mismos, no resulta sencilla, puesto que se trata en última instancia de la ponderación que de tales transformaciones se efectúe.

²⁸ La definición de legitimidad dada por Marienhoff en la nota anterior como "...la vinculación y concordancia de las nuevas normas con el orden natural de las cosas (legitimidad) se mantiene (...) Los cambios se refieren al derecho positivo -a la legalidad- que es contingente. No se refieren a la "legitimidad" que involucra un concepto permanente de razonabilidad y justicia. Estos principios se mantienen. Por ello, todo lo dicho al respecto en mi tesis doctoral, conserva plena vigencia...", refleja una concepción claramente vinculada al iusnaturalismo, o en todo caso, indefinida por remitir a conceptos jurídicos indeterminados como los de justicia y razonabilidad. Pero a partir de la cual, en todo caso, resulta perfectamente coherente sostener la inmutabilidad de tales principios. Autores como Gordillo, que insisten en la necesidad de explicitar la metodología y filosofía para evitar contradicciones, han observado especialmente su ausencia en la obra de Marienhoff (GORDILLO, 2009, I-2).

²⁹ Para el iusnaturalismo, el derecho constituye un orden normativo sólo en la medida en que se adecue a un orden ideal de origen divino, racional o emanado de la naturaleza y/o esencia de las cosas. Por ello incapaz de desentrañar el funcionamiento y desarrollo del derecho en las formaciones socio-históricas actuales (ENTELMAN, 1987, 10).

³⁰ A lo que inmediatamente responde: "...Reglas y criterios que han sido sancionados, además, con una inequívoca vocación de permanencia. No es que cuestionemos el papel que siempre ha tenido el sistema normativo en la ordenación de la realidad social y económica. Lo que es obvio es que, en materia de aguas, aquél se ha venido estableciendo siempre, diríamos que desde una perspectiva quietista, y con un notorio grado de abstracción (...) Hoy día, sin embargo, hay una evidente funcionalización de todas estas cuestiones, que cobran un inequívoco dinamismo, aun a riesgo incluso del principio de seguridad jurídica. Son planteamientos que quieren ser fundamentalmente operativos los que se asumen. Las valoraciones sociales, económicas y técnicas son de obligada consideración, precisamente, en aras de la funcionalidad que requiere el aprovechamiento de los recursos. Adecuación, pues, del ordenamiento jurídico a exigencias metajurídicas que deben satisfacerse..." (MARTÍN RETORTILLO, 1997, 29).

³¹ Como apunta Embid Irujo respecto al ordenamiento español "...Transición entre un ordenamiento jurídico coherente, cerrado, bien construido pero algunas de cuyas instituciones se muestran claramente obsoletas, y el atisbo de la necesidad de caminar hacia nuevas normas, algunas de las cuales ya se hallan presentes entre nosotros (...) Y como en todo período de transición, es dudoso decidir qué es lo que ahora tiene más fuerza, si el peso de la tradición o el señuelo del cambio..." (EMBID IRUJO, 2002, 53).

Esta cuestión apunta justamente a reconocer la transformación de una de las características centrales del derecho de aguas hasta el momento, cual ha sido su emblemática estabilidad, bien representada por el derecho mendocino (LAg. 1884) y español (LAg. 1866-1879) decimonónico cuya vigencia se ha mantenido más o menos inalterada por más de un siglo, en un fenómeno cuyo único parangón puede quizás encontrarse en la codificación civil decimonónica. La “crisis del agua” antes referida sin embargo, entre otras cosas, ha determinado su transformación en un derecho que se presenta en la actualidad como esencialmente dinámico en su evolución (EMBED IRUJO, 2007, 20)³².

No se trata de obstinarse en la defensa y justificación de un ordenamiento que forjó el presente, tampoco de descartarlo por obsoleto y antiguo. Ambas constituyen actitudes igualmente reprochables, que rehuyen el debate limitándose a la defensa de posiciones preconcebidas que no siempre explicitadas. Se trata en todo caso, de la más difícil tarea de armonizar lo anterior con lo nuevo, lo que viene dado con lo que puede y debe ser modificado³³.

La ciencia y el derecho en particular avanzan lentamente, al tiempo que van estableciendo el difícil y sinuoso límite entre lo que debe permanecer de la tradición y lo que merece ser incorporado como nuevo en el ordenamiento jurídico³⁴. Este problema que puede parecer ocioso así enunciado, constituye sin embargo uno de los temas centrales del pensamiento jurídico³⁵.

5. Conclusión

Con base en lo expuesto puede concluirse que:

a) Los problemas y conflictos en torno al dominio y uso del agua no pueden ser explicados ni enfrentados en la actualidad a partir de la concepción estática de los principios elaborados por la doctrina

³² Aunque no predicando tal carácter, sí reconociendo la transformación (LÓPEZ y MOISSET DE ESPANÉS, 1978, 336).

³³ Y ello por cuanto una noción y régimen determinados están no sólo indisolublemente unido a la política económica del Estado en un momento dado, sino también a las concepciones sociales y económicas de cada época.

³⁴ Habermas señalaba: “El presente auténtico es, desde hoy, el lugar donde tropiezan la continuidad de la tradición y la innovación... El espíritu de la época recibe el impulso de dos movimientos intelectuales contrarios, interdependientes e interrelacionados: el espíritu de la época prende con la chispa del choque entre el pensamiento histórico y el utópico. A primera vista ambas formas de pensamiento se excluyen entre sí mutuamente. El pensamiento histórico, nutrido de la experiencia, parece estar llamado a criticar los proyectos utópicos; el exuberante pensamiento utópico parece tener la función de exponer alternativas de acción y posibilidades de juego que trascienden a las continuidades históricas” (HABERMAS, 1994, 113).

³⁵ “...el derecho debe tener estabilidad y, sin embargo, no puede permanecer inalterable. Por ello, toda meditación en torno al derecho ha tratado de reconciliar las necesidades contradictorias de estabilidad y transformación. El interés de la sociedad en la seguridad general ha inducido a los hombres a buscar alguna base cierta que permita dar a los actos humanos un valor absoluto, capaz de asegurar un orden social firme y estable. Pero la incesante transformación en las condiciones de la vida social siempre exige nuevas adaptaciones ante la presión de otros intereses sociales y de nuevas causas susceptibles de menoscabar la seguridad establecida. Es necesario, pues, que el orden jurídico sea flexible y, al mismo tiempo, estable. Es preciso someterlo continuamente a revisión y readaptarlo a las alteraciones que experimenta la vida efectiva que ha de regir. Los principios que buscamos han de serlo tanto de evolución como de seguridad. En consecuencia, el problema capital que los pensadores del derecho han debido afrontar consiste en hallar la manera de poder reconciliar la idea de un cuerpo de derecho fijo, que no deje margen al capricho individual, con las ideas de transformación, desarrollo y creación de un nuevo derecho...” (POUND, 1950, 5).

sistematizadora de mediados del siglo XX. Este sistema, fue construido a partir de normas y un derecho civil y administrativo decimonónico que, tomando como fuente principal el Código Civil argentino de 1869 y como ejes de la regulación los conceptos de “ley”, “propiedad” y “concesión”, respondió a un paradigma que puso el énfasis en la defensa de la propiedad privada y en la justificación del poder estatal para su uso económico.

b) La crítica y reconstrucción de sus principios debe dar plena cuenta de las transformaciones acaecidas en la segunda mitad del siglo XX y comienzos del XXI en todos los aspectos que involucra una concepción integral y crítica del derecho que, sin prescindir del plano teórico, trascienda el dato positivo asumiendo los resultados de su aplicación. Una concepción que incorpore el cambio de paradigma operado en el último medio siglo en la ciencia en general y en las ciencias sociales en particular –donde se incardina el derecho-, superando la dogmática jurídica y la oposición iusnaturalismo-positivismo que caracterizó la sistematización de la primera mitad del siglo XX.

c) La ponderación de la reforma constitucional de 1994 en los puntos indicados resulta sustancial a la hora de evaluar el mantenimiento o transformación de esos principios, y su significado. En efecto, los cambios constitucionales no constituyen meros datos positivos o cambios “legislativos” o “legales”. A diferencia de las concepciones imperantes en la época de la sistematización, éstos aparecen asociados a cambios de paradigma teóricos y hermenéuticos del derecho y el Estado, que impregnan y redefinen todo el sentido de la legislación infraconstitucional y naturalmente, también el de aquellos principios básicos, que no pueden permanecer incólumes.

d) Esto demuestra que el desafío de dar cuenta de esas transformaciones y generar explicaciones satisfactorias que orienten adecuadamente el estudio y la aplicación del derecho de aguas es constante, un ejercicio siempre necesario y, en cierta medida, urgente. A este problema, agravado por la falta de preguntas y respuestas adecuadas, se suman en la actualidad los propios de nuestro tiempo y los futuros, que incrementan vertiginosamente la complejidad del derecho y los ordenamientos jurídicos.

Bibliografía

ALLENDE, G. L. (1971), *Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas*, Bs. As., Ed. Universitaria de Buenos Aires.

ALVAREZ CAPEROCHIPPI, José A. (2003), *La propiedad en la formación del derecho administrativo (Ensayo sobre la concepción liberal de la propiedad privada como origen y fundamento del derecho público)*, Pamplona.

BENGOLEA ZAPATA, J. (1942), *Ríos Interprovinciales no navegables en la República Argentina* (Tesis doctoral), Buenos Aires, Compañía Impresora Argentina.

BIANCHI, Alberto (2008), “El derecho constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema entre 2003 y 2007”, *LL*, 2008-B, 717.

BIDART CAMPOS, Germán (1999), *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad*, Buenos Aires, EDIAR.

- (1998) *Manual de la Constitución Reformada*, Tº II, Ed. EDIAR, Buenos Aires.

- BIELSA, Rafael (1939), "Prólogo", en MARIENHOFF, M., *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, 3ra. Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.
- BOBBIO, Norberto (1991), *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís, Madrid, Ed. Debate.
- BORDA, Guillermo (1971), *La reforma de 1968 al Código Civil*, Editorial Perrot, Bs. As., pp. 365- 368.
- CANO, G., (1976), *Derecho, política y administración de aguas*, Mendoza, INCYTH, 3 Volúmenes.
- (1943), *Estudios de Derecho de Aguas*, Mendoza, Valerio Abeledo.
- (1941), *Régimen jurídico económico de las aguas en Mendoza durante el periodo intermedio (1810-1884)*, Mendoza, Librería de la Universidad.
- CARBONELL, M. (dir.) (2007), *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta.
- (2005), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2º Ed.
- CASSESE, Sabino (2003), *La crisis del Estado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- CASTELLO, Manuel (1921), *Legislación de Aguas* (Tesis doctoral), Ed. UBA, Buenos Aires.
- COURTIS, Christian y BOVINO, A. (2001), "Por una dogmática conscientemente política", en *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco (1992) "El régimen jurídico del agua y la protección de los humedales en Italia", *RAP*, N° 129, pags. 459-512.
- DIAZ REVORIO, Francisco Javier (1997), *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, CEPC.
- DOUZINAS, Costas (2008), *El fin de los derechos humanos*, Colombia, Legis.
- DUGUIT, León (1975), *Las transformaciones generales del derecho público y privado*, Buenos Aires, Heliasta.
- EMBED IRUJO, Antonio (2007) (dir.), *Diccionario de Derecho de Aguas*, Madrid, Iustel.
- "Evolución del Derecho y de la Política del Agua en España", en AAVV, *El derecho de aguas en Iberoamérica y España: Cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, Tomo I, Madrid, Civitas, 2002.
- ENTELMAN, Ricardo (1987), "Introducción", AAVV, *Derecho y psicoanálisis*, Buenos Aires, Hachette.
- FERRAJOLI, Luigi (2001), "La democracia constitucional", en COURTIS, Christian (Comp.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba.
- GARCIA PELAYO, Manuel (1994), *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 2º Ed.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1962), *Las transformaciones del Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 2º Ed.
- GENINI, Guillermo F. (2000), "Riego, Estado y legislación en San Juan (Argentina) 1850-1914", en *Scripta Nova* N° 66, Universidad de Barcelona.
- GORDILLO, Agustín (2009), *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº 1, 10ª edición, Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo.
- HÄBERLE, Peter (2002), *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid, Tecnos.
- HABERMAS, Jürgen (1994), "La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas", *Ensayos políticos*, Ediciones Península, Barcelona.
- KUHN, Thomas Samuel (1987), *La estructura de las revoluciones científicas*, Madrid, FCE.
- LEVAGGI, Abelardo (2007), "Ideas acerca del derecho de propiedad en la Argentina entre 1870 y 1920", en *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, año I, N° 1, 2007.
- LOBOS, Eleodoro (1902), "Legislación de Aguas", en *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Tº 2, Bs. As.

LOPEZ MENUDO, Francisco (2007), "Problemática jurídica del régimen de la concesión de aguas", en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Conflictos jurídicos en la gestión y uso del agua*, Madrid, CGPJ.

LÓPEZ, Joaquín (2005), *Estudios de Derecho Ambiental y de Aguas*, Ed. Homenaje, Mendoza, EDIUM.

- (1993), "Los Recursos Naturales, la Energía y el Ambiente en las Constituciones de las Provincias Argentinas", en Pérez Guilhou y otros, *Derecho Público Provincial III*, Buenos Aires, Ed. Depalma.

- (1975), "El Derecho y la administración de aguas en Iberoamérica", *Internacional Conference on Global Water Law Systems*, Valencia.

LÓPEZ, J. y MOISSET DE ESPANÉS, Luis (1978), "Régimen transitorio y normas de conflicto", *Boletín de la Facultad de Derecho de Córdoba*, años XLII-XLIII.

MARIENHOFF, Miguel - (1970), "La reciente reforma del Código Civil en materia de aguas", 1970 *JA* ps. 255 y ss.

- (1939a), *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, 3ra. Edición, 1996.

- (1939b), *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas* (Tesis doctoral), Bs. As., Valerio Abeledo.

- (1936), *Estudio crítico y de legislación comparada del anteproyecto del Doctor Bibiloni en materia de Derecho de Aguas*, UBA.

MARTÍN, Liber et al (en prensa), *El derecho humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, 2º Edición Actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

MARTIN-RETORTILLO, Sebastián (1997), *Derecho de aguas*, Madrid, Civitas.

- (1960), *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Universidad de Sevilla, Sevilla.

MATHUS ESCORIHUELA, Miguel (1976), "Reseña del aporte argentino a la ciencia del Derecho de Aguas", (1853-1975), en *Anales Iuris Aquarum*, V II, T 3, Caracas, AIDA, p. 1392 y ss.

MATHUS ESCORIHUELA, M., MOYANO, A. (1983), "La aptitud de las aguas para satisfacer usos de interés general como fundamento de su carácter de bienes públicos", Mendoza, *Idearium*, N° 8/9.

MOYANO, Amilcar (2005) "Preservación de las aguas privadas frente a la crisis del Estado", LLGC, 2005 (febrero).

NINO, Carlos Santiago (1974), *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Universidad Autónoma de México.

PARADA BARRERA, Guillermo Andrés (2000), *El derecho de aprovechamiento de aguas. Aspectos dogmáticos y legales. Su adquisición por prescripción*, Santiago, La Ley Pedro Benhur Sánchez Ed.

PAREJO ALFONSO, Luciano (2003), *Crisis y renovación en el derecho público*, Buenos Aires, Ciudad Argentina.

PECES BARBA, Gregorio (1999), *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, Madrid, BOE.

PEREZ LUÑO, A. Enrique (2005), *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 9º ed.

PIGRETTI, Eduardo A. (1965), *Teoría jurídica de los recursos naturales. Con especial referencia a la legislación de aguas*, Bs.As., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.

POUND, Roscoe (1950), *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*, versión española por PUIG BRUTAU, José, Barcelona, Ariel.

QUIROGA LAVIE, Humberto (1996), "El estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional" *LL* 1996-b.

SALOMONI, Jorge Luis (2006), *Ordenamientos Internacionales y Ordenamientos Administrativos Nacionales. Jerarquía, impacto y derechos humanos*, Buenos Aires, Ad Hoc.

- (2005), "Acerca del fallo "Simón" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *LL* 2005-D, 1340.

- (2000) "Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina (Alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual)", Buenos Aires, *ED*, Suplemento de Derecho Administrativo 29/03/00.
- (1999), *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc.
- SOLANES, Miguel y JOURAVLEV, Andrei (2007), "Revisiting privatization, foreign investment, internacional arbitration and water", *SRNI*, N° 129, CEPAL.
- (2005), "Integrando economía, legislación y administración en la gestión del agua y sus servicios en América Latina y el Caribe", en *SRNI*, 101, Santiago de Chile, CEPAL, DRNI.
- SPOTA, Alberto (1941,a), *Tratado de Derecho de Aguas* (Tesis doctoral), Tomo I, Jesús Menéndez, Buenos Aires.
- (1941,b) *Tratado de Derecho de Aguas* (Tesis doctoral), Tomo II, Jesús Menéndez, Buenos Aires.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1998), *Derecho de Aguas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- (1992), *Principios y sistema del derecho minero. Estudio histórico-dogmático*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín (1952), *Derecho Administrativo IV. Dominio Público*, Bs. As., TEA.
- (1936), "Carta dirigida al autor, con motivo de su libro *Estudio crítico y de legislación comparada...*, op. cit.", en MARIENHOFF, M., Tomo VI, *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, 3ra. Edición, 1996, p. 832/833.
- ZAGREBELSKI, Gustavo (2005), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 6° ed.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS: LA ATRIBUCIÓN DE UN COMPORTAMIENTO AL ESTADO Y EL ROL DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Por Angelina Guillermina Meza

RESUMEN

El comportamiento de *agentes de facto* o *entidades no estatales* no es atribuible al Estado en el DI. Sin embargo, la jurisprudencia interpretó las nociones de “control efectivo” y “control global” al resolver la imputación de crímenes cometidos por miembros de grupos armados organizados a un Estado que los apoya a los fines del establecimiento de la responsabilidad internacional de ese Estado y de la calificación del conflicto conforme al Derecho Internacional Humanitario.

PALABRAS CLAVES

Responsabilidad del Estado – Fragmentación del Derecho Internacional – Derecho Internacional Humanitario – Atribución de un comportamiento al Estado - control efectivo – control global

INTERNATIONAL STATE RESPONSIBILITY FOR WRONGFUL ACTS: ATTRIBUTION OF CONDUCT TO A STATE AND THE ROLE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

By Angelina Guillermina Meza

SUMMARY

In the International Law the behavior of *de facto* agents or *non-State entities* is not attributable to a State. However, the jurisprudence adopted the concept of “effective control” and “overall control” to attribute crimes committed by members of armed organized groups of a foreign State which supports them to establish the international responsibility of that State and to classify the armed conflict into the International Humanitarian Law.

KEYWORDS

State responsibility – International Law Fragmentation – International Humanitarian Law – Attribution of conduct to a State - effective control – overall control

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS: LA ATRIBUCIÓN DE UN COMPORTAMIENTO AL ESTADO Y EL ROL DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Por Angelina Guillermina Meza*

1. INTRODUCCIÓN

En el desarrollo contemporáneo del Derecho Internacional (DI) se plantea la existencia de agentes que actúan “de facto” por cuenta de un Estado, siguiendo instrucciones o bajo su dirección o control en la comisión de violaciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH).

Este fenómeno refiere a la atribución al Estado de comportamientos en aquellos supuestos en que un órgano de un Estado se sirve de ciertas personas (que no pertenecen su estructura oficial) para la comisión de hechos ilícitos durante conflictos armados.

El principio general en la materia es que el comportamiento de particulares no es atribuible al Estado. Sin embargo, existen situaciones en que un órgano del Estado complementa su propia acción contratando o instigando a personas privadas o a grupos a que actúen de hecho como “auxiliares”, no de derecho, por cuenta del Estado. Así, en relación a los comportamientos de un individuo o de un grupo no organizado militarmente que actúa como órgano estatal de facto o de fuerzas armadas, milicias o unidades paramilitares subordinadas (BARBOZA, 2006, 81), la jurisprudencia de tribunales internacionales se pronunció sobre violaciones por el Estado al DIH¹, en el contexto de conflictos armados internacionales e internos-internacionalizados.

* Abogada (UNC) - Docente Auxiliar en Derecho Internacional Público – Becaria de Doctorado (CONICET) – Miembro Adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” desde el año 2010 – Integrante del Proyecto “La subjetividad internacional de la Santa Sede en el Sistema de Naciones Unidas: un estudio a partir de la práctica recogida en fuentes documentales”, en el Departamento de Derecho Internacional, Derecho Comunitario y Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

¹ El DIH refiere al conjunto de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, especialmente destinadas a solucionar los problemas de índole humanitaria que se derivan directamente de los conflictos armados, internacionales o no, y limitan por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a utilizar los métodos y medios de hacer la guerra de su elección y protegen a las personas y los bienes afectados o que pueden verse afectados por el conflicto.

El tema refiere a las condiciones bajo las cuales un grupo armado que combate contra las fuerzas armadas gubernamentales puede ser considerado como agente *de facto* de un Estado extranjero.

La atribución de responsabilidad internacional (RI) por el comportamiento de agentes *de facto* está codificada en el artículo 8 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. La responsabilidad comprende el conjunto de reglas secundarias que regulan las consecuencias de conductas lesivas a lo prescripto en las normas primarias –que establecen derechos y obligaciones individuales-. Tradicionalmente el Estado ha sido considerado como el único sujeto del DI. En consecuencia, la relación originada por el hecho internacionalmente ilícito se configuraba como una relación interestatal de naturaleza bilateral en función de la lesión inferida por el sujeto al que era atribuible el acto, de un derecho subjetivo del que era titular el otro sujeto de la relación: el Estado perjudicado (DIEZ DE VELASCO, 2005, 793).

En el año 2002, la Asamblea General (AG) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a través de la Resolución 56/83, tomó nota del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (Proyecto sobre Responsabilidad del Estado), elaborado por la Comisión de Derecho Internacional² (CDI) y lo señaló a la atención de los gobiernos con la aclaración de que tal resolución se adoptaba sin perjuicio de su aprobación o la adopción de otro tipo de medidas en el futuro.

El artículo 8 del Proyecto sobre Responsabilidad del Estado, en lo relativo al comportamiento de personas o grupos de personas que actúan bajo el “control” de un Estado, codifica una norma de atribución de carácter consuetudinario. La interpretación del alcance de la noción de “control”, en el contexto de la fragmentación del DI y las dificultades derivadas de su diversificación y expansión, generó un tipo de conflicto normativo: el de la relación entre la ley general y una *interpretación particular* de la normativa general (CDI, 2006, 32).

El tema cuenta con una importante base de análisis a partir de los asuntos sometidos a la Corte Internacional de Justicia (CIJ, Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán, 1980; las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, 1986 y la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del crimen de Genocidio, 2007) y del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY, el asunto Prosecutor c. Tadic, de 1999). La jurisprudencia determinó como criterios de atribución de RI: orden concreta, encargo específico, control efectivo e instrucciones específicas (MORENO FERNANDEZ, 2006, 22).

El criterio del “control efectivo” implica la atribución al Estado de responsabilidad en los casos donde no hay una orden concreta y caben diferentes grados de sujeción al Estado. El alcance de la noción de control generó una controvertida “hermenéutica” que ha sido objeto de sucesivas interpretaciones.

La Resolución 2625 (XXV) de la AG, del 24 de octubre de 1970, “Declaración relativa a los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los

² La CDI es un órgano subsidiario de la Asamblea General de Naciones Unidas. Tiene encomendado la preparación de proyectos de artículos en orden a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho internacional.

Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, establece el: *“principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”*. La Resolución en los párrafos 8 y 9 añade *el deber de todo Estado de abstenerse de organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursiones en el territorio de otro Estado. Así como también la abstención de todo Estado de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado, o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, cuando dichos actos impliquen el recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza”*.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en un estudio sobre la práctica internacional de los Estados en materia de DIH, registró las normas consuetudinarias aplicables en este ámbito e identificó en la Norma No. 149 el carácter consuetudinario de la responsabilidad de un Estado por las violaciones al DI que le son imputables, cometidas tanto en conflictos armados internacionales como en conflictos armados sin carácter internacional. En consecuencia, un Estado puede ser responsable por los actos de personas o grupos que no sean sus órganos ni estén facultados, en virtud del derecho interno a ejercer prerrogativas del poder público, si esas personas o grupos actúan de hecho siguiendo sus instrucciones o bajo su dirección o control (HENCKAERTS, J., DOSWALD-BECK, L., 2007, 603).

El objetivo del presente trabajo es ponderar el rol desempeñado por la Corte Internacional de Justicia en lo que se refiere a la verificación de la noción de “control”, tal como esta noción forma parte del artículo 8 del Proyecto sobre Responsabilidad del Estado. El objetivo perseguido se realizará a partir de la revisión de una parte de la jurisprudencia internacional. En primer lugar, se examinará el DI vigente en materia de RI del Estado y las normas fundamentales de atribución de un comportamiento. En segundo término, se analizará el grado de control requerido para considerar a determinadas unidades como *órganos de facto* de un Estado.

Ahora bien, los comentarios al artículo 8, concluyen con la siguiente consideración:

“Sea como fuere, hay que apreciar en cada caso si el comportamiento ha sido controlado por el Estado en tal medida que deba atribuirse a éste”.

2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional (CDI, 2001, 43). En el DI la responsabilidad es objetiva y se configura por la violación de una obligación internacional³ atribuida al Estado sin que sea relevante la falta (dolo o culpa) del sujeto infractor o la comisión de un daño material al sujeto lesionado (que interesa al modo y cuantía de la reparación, REMIRO BROTONS, 2007, 745).

El comportamiento calificado como internacionalmente ilícito, primero, resulta atribuible al Estado. Para el DI, el Estado es una persona jurídica con plena capacidad (CDI, 2001, 49). La calificación

de un hecho ilícito internacional se hace con independencia de su calificación como lícito según el derecho interno del Estado⁴.

El principio general en materia de RI es que el comportamiento de particulares⁵ o entidades no es atribuible al Estado. El único comportamiento atribuido al Estado en el plano internacional es el de sus órganos de gobierno o de otros que hayan actuado bajo su dirección o control o por instigación de esos órganos, es decir, como agentes (CDI, 2009)⁶ del Estado (CDI, 2001, 64). Sin embargo, existen circunstancias bajo las cuales ese comportamiento resulta atribuible al Estado sobre la base de una relación de hecho específica entre la persona o la entidad que observa el comportamiento y el Estado.

3. LOS AGENTES DE UN ESTADO

La imputabilidad al Estado por la violación de normas imperativas⁷, esto es, la comisión por el Estado de crímenes internacionales⁸ compromete su RI. Todo Estado es responsable por las violaciones

³ Trátese de una obligación según el derecho internacional, sea cual fuere el origen de esa obligación. Las obligaciones internacionales pueden ser establecidas por una norma consuetudinaria de derecho internacional, por un tratado o por un principio general aplicable en el marco del ordenamiento jurídico internacional.

⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Art. 27 El derecho interno y la observancia de los tratados: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46".

⁵ Al respecto véase las consideraciones sobre el tema en BARBOZA, J. (2007), *Temas recientes de la Comisión de Derecho Internacional*, CARI, Buenos Aires, 2007. También, puede consultarse el Anuario de Derecho Internacional, publicado por la Comisión de Derecho Internacional, ILC, 1971 V.2, A/CN.4/246, Informe del Relator Especial Roberto Ago. El Relator Especial en lo relativo a la atribución de responsabilidad al Estado, señala en la propuesta de artículo 8, la atribución al Estado, sujeto de DI, de los hechos de particulares que (...) "actúen efectivamente por cuenta del Estado". El Informe describe el asunto *Eichmann*, que involucró a Israel y la Argentina:

Después de la segunda guerra mundial, en 1960, Adolf Eichmann, súbdito alemán activamente buscado por crímenes de guerra, fue encontrado en la noche del 11 al 12 de mayo por un grupo de nacionales israelíes en un suburbio de Buenos Aires en donde Eichmann se había refugiado después de haber vivido sucesivamente en diversos países. Secuestrado por estas personas, fue transportado el 25 de mayo a Israel para ser juzgado. El Gobierno israelí, tanto en su correspondencia diplomática con el Gobierno argentino como más tarde ante el Consejo de Seguridad, ante el que había recurrido la Argentina, afirmó que el secuestro era obra de un "grupo de voluntarios" que habían actuado espontáneamente sin que el Gobierno israelí estuviese informado de ello. No obstante, expresó su pesar "en el caso de que el grupo de voluntarios hubiese infringido las leyes argentinas o atentado contra la soberanía argentina". En cambio, el Gobierno argentino veía en esta misma expresión de pesar el reconocimiento, por parte del Gobierno israelí, de su responsabilidad. Según su tesis, la operación la habían llevado en realidad emisarios secretos del Gobierno israelí y, aun admitiendo la idea de que los voluntarios hubiesen actuado sin saberlo el Gobierno israelí, de todas formas era patente que este último había aprobado seguidamente el hecho consumado en menoscabo de la soberanía argentina y se había solidarizado con sus autores".

⁶ El Proyecto sobre Responsabilidad del Estado, no define la categoría de personas contempladas en el artículo 8. Al respecto, véase la definición del término "agentes" en el Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales y sus comentarios, en el inciso c) del artículo 2 c) *El término "agente" comprende a los funcionarios y a otras personas o entidades por medio de las cuales la organización actúa*. Disponible en <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2009/2009report.htm>, el 17/06/2010.

⁷ El concepto de norma imperativa se encuentra en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), art. 53: *Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*. También véase el artículo 26 del Proyecto sobre Responsabilidad del Estado: *Cumplimiento de normas imperativas: "Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general"*. Asimismo resultan de particular interés los artículos 40, 41, 48 y 50 del Proyecto sobre Responsabilidad del Estado.

cometidas por sus órganos, incluidas las fuerzas armadas. El Estado también es responsable por las violaciones que llevan a cabo personas o grupos que actúan de hecho obedeciendo sus instrucciones o bajo su dirección o *control efectivo*, según la interpretación de la CIJ en la materia⁹. Se trata del comportamiento de grupos que actúan *de hecho* en virtud de instrucciones o directivas o que en algún modo *controla* un Estado (GUTIERREZ POSSE, 2002, 588), poniendo a su servicio instituciones, poderes, medios económicos o de cualquier otro modo.

La imputación de crímenes cometidos por miembros de grupos armados organizados, que asumen el carácter de órganos *de facto*, a un Estado que los apoya a los fines del establecimiento de la RI de ese Estado y de la calificación del conflicto¹⁰ (VERRI, 2008, 46) conforme al DIH, se planteó en la jurisprudencia de tribunales internacionales (SASSOLI y BOUVIER, 2006, 59).

El artículo 8¹¹ del Proyecto sobre Responsabilidad del Estado refiere al comportamiento de *agentes de facto*¹², es decir, las personas o grupos de personas que actúan de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de un Estado. Esta norma ha sido verificada por la práctica de los Estados y ha sido recogida por la CDI de la jurisprudencia de la CIJ¹³. La jurisprudencia estableció que tales comportamientos resultan atribuibles al Estado, si éste dirigió o controló de modo específico la operación en la que se cometió el acto contrario al DI.

⁸ Los crímenes internacionales están tipificados en normas de carácter imperativo que, al amparar valores esenciales, generan obligaciones oponibles *erga omnes*, siendo trascendente para la comunidad internacional en su conjunto prevenir, juzgar y sancionar su comisión (GUTIERREZ POSSE, 2006, 103).

⁹ Al respecto véase, la jurisprudencia de la CIJ en la materia, en los asuntos de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, (Nicaragua c. Estados Unidos), CIJ, Recueil 1986, y en la Aplicación de la Convención sobre la prevención y la represión del Crimen de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia), Recueil 2007 y los comentarios al artículo 8 del Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

¹⁰ La expresión conflicto armado se aplica a diferentes tipos de enfrentamientos, es decir, a los que pueden producirse: a) entre dos o más entidades estatales (guerra); b) entre una entidad estatal y una entidad no estatal (guerra de liberación nacional); c) entre una entidad estatal y una facción disidente (conflicto armado no internacional); d) entre dos etnias diversas al interior de una entidad estatal (conflicto armado no internacional). Tradicionalmente, el DIH ha establecido la distinción entre conflictos armados internacionales y sin carácter internacional. Sin embargo, actualmente se habla de conflictos armados internacionales e internos-internacionalizados, describiendo como tal las hostilidades internas que se convierten en internacionales, bajo determinadas circunstancias, tales como: la guerra entre dos facciones internas respaldadas por Estados diferentes; las hostilidades directas entre dos Estados extranjeros que intervienen militarmente en un conflicto armado interno respaldando a grupos enemigos y las guerras en que se produce una intervención extranjera para apoyar a un grupo rebelde que lucha contra un gobierno establecido.

¹¹ Artículo 8 "Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento".

¹² En relación a la noción de "agente", véase los Comentarios al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales al artículo 4 que señala: "La Corte entiende el término "agente" en el sentido más amplio, es decir, cualquier persona, sea o no funcionario remunerado y tenga o no un contrato permanente, a la que un órgano de la Organización ha encomendado que ejerza, o que ayude a ejercer, una de sus funciones, en resumen, toda persona por medio de la cual la Organización actúa.", p. 52.

¹³ La CIJ al decidir conforme a derecho aplica las fuentes del DI. Véase el Estatuto de la CIJ, art. 38.1 "La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que les sean sometidas, deberá aplicar ...b) la costumbre internacional". La costumbre internacional es la prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.

La CDI, tradicionalmente, sostuvo el “test del control efectivo”¹⁴ en cuanto éste debe resultar “efectivamente probado” en todas y cada una de las violaciones alegadas en que personas o grupos de personas han sido instruidas por órganos del Estado para la comisión de tales actos.

En lo relativo al concepto de “control”, los comentarios al artículo 17 (CDI, 2001, 164)¹⁵ del Proyecto sobre Responsabilidad del Estado, señalan que el término “control” se refiere a los casos de dominación sobre la comisión de un hecho ilícito y no simplemente al ejercicio de supervisión o la simple influencia o interés. De modo similar, en relación al término “dirigir”, subraya que no abarca la simple instigación o sugerencia sino que connota una dirección real de tipo efectivo.

En consecuencia, determinar si el comportamiento ha tenido lugar “bajo la dirección o control” del Estado plantea problemas de interpretación de la atribución: dicho comportamiento sólo resulta atribuible al Estado si éste dirigió o controló la operación y si el comportamiento denunciado era una parte integrante de esa operación. Por tanto, este principio no es extensivo al comportamiento vinculado sólo incidental o periféricamente a la operación o que haya escapado a la dirección o al control del Estado. Todo Estado que haya proporcionado instrucciones concretas o haya ejercido el control sobre un grupo puede asumir, de hecho, la responsabilidad por el comportamiento de dichas personas o grupos de personas. En cada caso deben evaluarse los hechos, en particular, los concernientes a la relación entre las instrucciones que se han dado o la dirección y el control ejercido y el comportamiento específico denunciado (CDI, 2001, 97). El artículo 8 subraya que los conceptos de “instrucción, dirección y control” son disyuntivos; basta con que se pruebe cualquiera de ellos¹⁶. Al mismo tiempo, señala que debe existir una relación entre las instrucciones, la dirección o el control y el comportamiento que presuntamente constituye un hecho internacionalmente ilícito (CDI, 2001, 97).

¹⁴ Véanse los comentarios al artículo 8 en ILC, 1998 V.2 p. 1, *Document A/CN.4/490*. First report on State Responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur. En el informe, el Relator Especial señaló que el artículo 8 debía abarcar los casos de control directo y efectivo, siempre que existiera un nexo con el acto de que se tratara; en otras palabras:

“the Special Rapporteur is provisionally of the view that article 8 (a) should be clarified, that it is desirable to attribute to the State specific conduct carried out under its direction and control, and that appropriate language to that effect should be added. The text and commentary should make it clear that it is only if the State directed and controlled the specific operation and the conduct complained of was a necessary, integral or intended part of that operation, that the conduct should be attributable to the State”.

El Informe indicó que el artículo 8 debía contemplar los supuestos de comportamientos de personas, grupos o entidades que actúan bajo la dirección o control de un Estado en la comisión de hechos ilícitos. Véase MALZAHN, S. (2002), “State Responsibility and support of international terrorism: Customary norms of State responsibility”, 26 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 83, 2002, p. 98; y los comentarios al artículo 6 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales, en relación al concepto de “control efectivo”.

¹⁵ Artículo 17: *Dirección y control ejercidos en la comisión del hecho internacionalmente ilícito. El Estado que dirige y controla a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es internacionalmente responsable por este hecho si: a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que dirige y controla.* Véase Resolución A/56/83 Proyecto sobre Responsabilidad del Estado con comentarios, p. 164.

¹⁶ Cfr. la jurisprudencia de la CIJ en la materia, sobre la atribución de responsabilidad al Estado por actos ilícitos de particulares, en base a la noción de “instrucciones” y “control efectivo” exigiéndose la prueba concluyente de ambos factores de atribución.

El criterio de atribución de un comportamiento al Estado se basa en el control que efectivamente¹⁷ ejerce sobre el comportamiento concreto del órgano o del agente puesto a su disposición.

4. LA JURISPRUDENCIA Y LA RESPONSABILIDAD POR EL COMPORTAMIENTO DE LOS “ÓRGANOS DE HECHO”

El comportamiento de personas o grupos de personas que actúan de hecho bajo el control del Estado plantea la cuestión de interpretar las circunstancias bajo las cuales puede considerarse que tal control existe de modo de comprometer su RI.

La jurisprudencia en la materia determinó el grado y naturaleza de la participación necesaria para que el Estado incurra en responsabilidad por un acto específico cometido en el transcurso de conflictos armados¹⁸ internacionales e internos-internacionalizados¹⁹.

En lo relativo a la RI por el comportamiento de los “órganos de hecho”, la CIJ y el TPIY interpretaron la noción de “control” de un Estado al determinar la atribución de responsabilidad. En efecto, aquéllas interpretaciones, en el contexto de la fragmentación del DI y las dificultades derivadas de su diversificación y expansión²⁰, constituyen un tipo de conflicto normativo entre la ley general y una interpretación *poco ortodoxa* de la normativa general (CDI, 2006, 32).

¹⁷ El principio de efectividad en el derecho internacional es un principio cognoscitivo por el que se constata la existencia de ciertos hechos o situaciones que originan derechos u obligaciones en los sujetos internacionales. En relación al “control efectivo”, los Comentarios al proyecto sobre Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales subrayan el control efectivo de una organización internacional a los efectos de la atribución del comportamiento, p. 57. Disponible en <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2009/2009report.htm>, el 17/06/2010.

¹⁸ La definición de conflicto armado, también puede consultarse en el Proyecto sobre el Efecto de los conflictos armados en los Tratados, Proyecto con comentarios a cargo de la CDI (disponible en <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2008/2008report.htm>, el 17/06/2010). El art. 2 inciso b), señala: *Se entiende por "conflicto armado" un estado de guerra o un conflicto que da lugar a operaciones armadas que, por su naturaleza o alcance, pueden afectar a la aplicación de los tratados entre los Estados partes en el conflicto armado o entre un Estado parte en el conflicto armado y un tercer Estado, con independencia de toda declaración formal de guerra o de cualquier otra declaración hecha por todas las partes en el conflicto armado o por cualquiera de ellas.*

¹⁹ En el asunto *Prosecutor c. Tadic*, T-94-1-A, Judgement, 15 de julio de 1999, párr. 84, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, sostuvo:

Es indiscutible que un conflicto armado es internacional si se produce entre dos o más Estados. Además, si un conflicto armado interno se extiende al territorio de otro Estado, puede convertirse en internacional (o según las circunstancias, tener carácter internacional al mismo tiempo que interno), siempre y cuando: (i) otro Estado intervenga en el conflicto con tropas, o bien si (ii) alguno de los participantes en el conflicto armado interno actúa por cuenta de otro Estado.

²⁰ Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*, U.N. Doc. A/CN.4/L.682 completado por Martti Koskenniemi, (disponible en <http://www.un.org/law/ilc/index.html>, el 14/02/2008). El informe destaca el fenómeno de la “fragmentación del DI” y las dificultades derivadas de su diversificación y expansión. La fragmentación crea el peligro de normas, principios, sistemas de normas y prácticas institucionales contradictorias e incompatibles entre sí. Por otra parte, refleja la rápida expansión de la actividad jurídica internacional en nuevos ámbitos y la diversificación de esos objetos y técnicas. La CDI, en relación al objeto de estudio, señala:

“No se trata de tomar partido en favor de Tadic o de Nicaragua sino solamente de ilustrar el tipo de conflicto normativo que surge cuando dos instituciones enfrentadas con hechos análogos interpretan la ley de manera diferente”.

La CIJ, en el caso Nicaragua²¹, debía determinar cuándo y bajo qué circunstancias un individuo comprometido en un conflicto armado en contra de su gobierno podía considerarse agente de un Estado extranjero. La CIJ se preguntó si existía una relación efectiva entre los *Contras* y el Gobierno de Estados Unidos a los efectos jurídicos de considerar a los *Contras* como un órgano del Gobierno de Estados Unidos o que actuaban en nombre de ese Gobierno²². La CIJ examinó la génesis, el desarrollo y las actividades de las *fuerzas contrarrevolucionarias* y el papel de Estados Unidos. La CIJ analizó la atribución de responsabilidad sobre la base de la noción de "control" y al respecto sostuvo que Estados Unidos era responsable de la selección de los jefes; de la organización, el adiestramiento y el equipamiento de la fuerza; el planeamiento de operaciones, la elección de objetivos y el apoyo operacional que había proporcionado a los operativos nicaragüenses²³. Sin embargo, rechazó la acusación de Nicaragua de que todo el comportamiento de los *Contra* era atribuible a Estados Unidos en razón de su control. La CIJ, consideró que las pruebas de que disponía no bastaban para demostrar la dependencia total de los *Contras* de la ayuda estadounidense. De la misma manera, sostuvo que no había prueba evidente de que Estados Unidos hubiera ejercido un grado de control tal que justificara la consideración de que los *Contras* actuaban en su nombre, y estimó que los *Contras* seguían siendo responsables de sus actos, en particular, de sus presuntas violaciones del DIH²⁴. Finalmente, señaló que para considerar a Estados Unidos

²¹ Corte Internacional de Justicia, Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, (Nicaragua c. Estados Unidos), CIJ, Recueil 1986. Versión en inglés disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>, el 29/06/2010), párr. 75 a 115. Resumen en español, disponible en http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf, el 29/06/2010. Nicaragua demandó a Estados Unidos ante la CIJ respecto a una controversia relativa a la responsabilidad por actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua. Al respecto véase los párrafos 4 y 5 del resumen en español.

²² Véase la primera parte del párrafo 108 del fallo:

What the Court has to determine at this point is whether or not the relationship of the contras to the United States Government was so much one of dependence on the one side and control on the other that it would be right to equate the contras, for legal purposes, with an organ of the United States Government, or as acting on behalf of that Government.

²³ Véase la última parte del párrafo 108:

(...) Nor does the evidence warrant a finding that the United States gave "direct and critical combat support", at least if that form of words is taken to mean that this support was tantamount to direct intervention by the United States combat forces, or that all contra operations reflected strategy and tactics wholly devised by the United States. On the other hand, the Court holds it established that the United States authorities largely financed, trained, equipped, armed and organized the FDN.

También véase la última parte del párrafo 109:

Paradoxically this assessment serves to underline, a contrario, the potential for control inherent in the degree of the contras' dependence on aid. Yet despite the heavy subsidies and other support provided to them by the United States, there is no clear evidence of the United States having actually exercised such a degree of control in all fields as to justify treating the contras as acting on its behalf.

²⁴ Véase el párrafo 115 de la sentencia:

*The Court has taken the view (paragraph 110 above) that United States participation, even if preponderant or decisive, in the financing, organizing, training, supplying and equipping of the **contras**, the selection of its military or paramilitary targets, and the planning of the whole of its operation, is still insufficient in itself, on the basis of the evidence in the possession of the Court, for the purpose of attributing to the United States the acts committed by the **contras** in the course of their military or paramilitary operations in Nicaragua. All the forms of United States participation mentioned above, and even the general control by the respondent State over a force with a high degree of dependency on it, would not in themselves mean, without further evidence, that the United States directed or enforced the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian law alleged by the applicant State. Such acts could well be committed by members of the **contras** without the control of the United States. For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed.*

responsable tendría que haberse probado que tenía un “control efectivo” de las operaciones durante las cuales se cometieron las presuntas violaciones.

Por el contrario, el TPIY²⁵, analizó el criterio necesario para determinar cuándo un conflicto armado interno adquiriría carácter internacional en función de si los participantes en el conflicto actuaban por cuenta de otro Estado. El 15 de julio de 1999, la Cámara de Apelaciones del TPIY²⁶ –creado por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de la ONU- declaró que una intervención extranjera podía transformar un conflicto armado interno en uno de carácter internacional. La Cámara entendió que para que ello ocurra debían concurrir dos elementos. El primer elemento refiere a una supervisión general por parte de un gobierno extranjero sobre otro Estado a través de la participación activa de sus tropas en una guerra civil. A continuación, señaló que el gobierno extranjero o de otro Estado debía apoyar a los insurgentes a través de la provisión de fondos o equipamiento. De la misma manera, la Cámara consideró que el DIH no brinda un criterio para establecer cuando un grupo de individuos podría considerarse que actúan bajo el control de un Estado, esto es, como agentes *de facto*. La Cámara analizó la noción de “control” expuesta en el asunto *Nicaragua* en el que la CIJ señaló: i) que las Partes debían encontrarse bajo el control efectivo de un grupo militar o paramilitar y ii) que el “control” debía ser “específico” en relación con las operaciones en las que se produjeron las presuntas violaciones²⁷. Sin embargo, en oposición al criterio sentado en aquél asunto concluyó que la medida del control que se exige del Estado puede variar²⁸. En relación a la conducta de fuerzas armadas, milicias o unidades paramilitares subordinadas, la responsabilidad se imputa a un Estado si éste tiene un control “de carácter

²⁵ El TPIY tiene competencia para conocer en las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y verifica que las acciones u omisiones hayan tenido lugar en un conflicto armado internacional y que las víctimas sean “*personas protegidas*” en el sentido de los Convenios. Los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales son la piedra angular del DIH, es decir el conjunto de normas jurídicas que regulan las formas en que se pueden librar los conflictos armados y que intentan limitar los efectos de éstos. Protegen especialmente a las personas que no participan en las hostilidades (civiles, personal sanitario, miembros de organizaciones humanitarias) y a los que ya no pueden seguir participando en las hostilidades (heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra). Los Convenios y sus Protocolos establecen que el deber de adoptar medidas para prevenir o poner fin a cualquier infracción de dichos instrumentos. Contienen normas estrictas en relación con las llamadas “infracciones graves”. Se debe buscar, enjuiciar o extraditar a los autores de infracciones graves, sea cual sea su nacionalidad. En relación a la clasificación de conflicto armado véase MERON, T. (1998), “Classification of armed conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua’s fallout”, 92, *American Journal of International Law*, 1998, 236-242.

²⁶ Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia. *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-A, Judgment, 15/07/1999, párrafos 98-162.

²⁷ Al respecto el párrafo 100 señala:

The issue brought before the International Court of Justice was whether a foreign State, the United States, because of its financing, organizing, training, equipping and planning of the operations of organized military and paramilitary groups of Nicaraguan rebels (the so called Contras) in Nicaragua, was responsible for violations of international humanitarian law committed by those rebels. The Court held that a high degree of control was necessary for this to be the case. It required that (i) a Party not only be in effective control of a military or paramilitary group, but that (ii) the control be exercised with respect to the specific operation in the course of which breaches may have been committed. The Court went to far as to state that in order to establish that the United States was responsible for “acts contrary to human rights and humanitarian law” allegedly perpetrated by the Nicaraguan Contras, it was necessary to prove that the United States had specifically “directed” o “enforced” the perpetration of those acts.

²⁸ Véase la última parte del párrafo 117:

(...) States are not allowed on the one hand to act de facto through individuals and on the other to dissociate themselves from such conduct when these individuals breach international law. The requirement of international law for the

general”²⁹. El “control general” se concreta cuando el Estado interviene en la organización, coordinación o planificación de las actividades militares del grupo militar, además de la financiación, la formación y el equipamiento o el apoyo operacional a ese grupo (STEWART, 2003). También, declaró que la obligación de un “control general” no incluye la emisión de órdenes específicas por el Estado ni su dirección en cada operación concreta³⁰.

attribution to States of acts performed by private individuals is that the State exercises control over the individuals. The degree of control may, however, vary according to the factual circumstances of each case.

²⁹ Al respecto, véase el párrafo 120:

*“One should distinguish the situation of individuals acting on behalf of a State without specific instructions, from that of individuals making up **an organized and hierarchically structured group**, such as military unit or, in case of war or civil strife, armed bands of irregular or rebels. Plainly, an organized group differs from an individual in that the former normally has a structure, a chain of command and a set of rules as well as the outward symbols of authority. Normally a member of the group does not act on his own but conforms to the standards prevailing in the group and is subject to the authority of the head of the group. Consequently, for the attribution to a State of acts of these groups it is sufficient to require that the group as a whole be under the overall control of the State.*

De la misma manera el párrafo 131 señaló:

“In order to attribute the acts of a military or paramilitary group to a State, it must be proved that the State wields overall control over the group, not only by equipping and financing the group, but also by coordinating or helping in the general planning of its military activity. Only then can the State be held internationally accountable for any misconduct of the group. However, it is not necessary that, in addition, the State should also issue, either to the head or to members of the group, instructions for the commission of specific acts contrary to international law.

³⁰ La Cámara de Apelaciones, en conclusión, destacó que el DI no siempre requiere el mismo “grado de control” en relación al comportamiento de individuos o grupos armados, para determinar cuándo un individuo que no tiene la condición jurídica de “órgano” para el derecho interno de un Estado pueda ser considerado como *de facto* órgano de ese Estado. Al respecto véase el párrafo 137:

*“In sum, the Appeals Chamber holds the view that international rules do not always require the same degree of control over armed groups or private individuals for the purpose of determining whether an individual not having the status of a State official under internal legislation can be regarded as a **de facto** organ of the State. The extent of the requisite State control varies. Where the question at issue is whether a **single private individual** or a **group that is not military organized** has acted as a **de facto** State organ when performing a specific act, it is necessary to ascertain whether specific instructions concerning the commission of that particular act had been issued by that State to the individual or group in question; alternatively, it must be established whether the unlawful act had been publicly endorsed or approved *ex post facto* by the State at issue. By contrast, control by a State over subordinate **armed forces** or **militias** or **paramilitary units** may be an overall character (and must comprise more than the mere provision of financial assistance or military equipment or training). This requirement, however, does not go so far as to include the issuing of specific orders by the State, or its direction of each individual operation. Under international law it is by no means necessary that the controlling authorities should plan all the operations of the units dependent on them, choose their targets, or give specific instructions concerning the conduct of military operation and any alleged violations of international humanitarian law. The control required by international law may be deemed to exist when a State (or, in the context of an armed conflict, the Party to the conflict) **has a role in organizing, coordinating or planning the military actions** of the military group, in addition to financing, training and equipping or providing operational support to that group. Acts performed by the group or members thereof may be regarded as acts of **de facto** State organs regardless of any specific instruction by the controlling State concerning the commission of each of those acts.*

Finalmente, la Cámara de Apelaciones destacó en el párrafo 145:

*“... In that case at issue, given that the Bosnian Serb armed forces constituted a “military organization”, the control of the FRY authorities over these armed forces required by international law for considering the armed conflict to be international was **overall control** going beyond the mere financing and equipping of such forces and involving also participation in the planning and supervision of military operations. By contrast, international rules do not require that such control should extend to the issuance of specific orders or instructions relating to single military actions, whether or not such actions were contrary to international humanitarian law.*

En conclusión, en el párrafo 162 señaló:

“... for the period material to this case (1992), the armed forces of the Republica Srpska were to be regarded as acting under the overall control of and on behalf of the FRY. Hence, even after 19 May 1992 the armed conflict in Bosnia and Herzegovina between the Bosnian Serbs and the central authorities of Bosnia and Herzegovina must be classified as an international armed conflict.

En el caso relativo a la Aplicación de la Convención sobre la prevención y la represión del Crimen de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia, caso *Genocidio*)³¹ la CIJ, al examinar la cuestión de si las masacres cometidas en Srebrenica -de las que ya había determinado que constituían un crimen de genocidio con arreglo al art. II y al apartado a) del art. III de la Convención sobre la prevención y la represión del crimen de Genocidio- eran imputables, total o parcialmente, a Serbia³² concluyó que tales actos no habían sido cometidos por órganos de Serbia³³. Por otra parte, examinó si tales actos se habían cometido bajo la dirección o el control de Serbia e interpretó la noción de “control efectivo”. A tal efecto, destacó que no era necesario demostrar que las personas (VRS, Ejército de la República de Srpska) que cometieron los actos denunciados como violaciones del DI se encontraban, en general, en una relación de “total dependencia” respecto del Estado de Serbia³⁴. En otras palabras, consideró que debía probarse que actuaron siguiendo instrucciones del Estado de Serbia o bajo su “control efectivo”³⁵. De la misma manera, sostuvo que los actos de genocidio en Srebrenica no eran atribuibles al Estado demandado por cuanto las personas que los ejecutaron (fuerzas armadas serbio bosnias, miembros del VRS y la República de Srpska) no podían considerarse, al menos en julio de 1995, meros instrumentos de la República Federativa de

³¹ Aplicación de la Convención sobre la prevención y la represión del Crimen de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia), Recueil 2007, (disponible en www.icj-cij.org), párrafos 379-407. Véase también, GOLDSTONE, Richard J. and HAMILTON, Rebecca J., “Bosnia v. Serbia: Lessons from the encounter of the International Court of Justice with the International Tribunal Criminal for the Former Yugoslavia”, 21, *Leiden Journal of International Law*, 2008.

³² La CIJ debía pronunciarse sobre la responsabilidad de Serbia por la ayuda o asistencia proporcionada a la República de Srpska en la comisión del genocidio en la localidad de Srebrenica en Bosnia y Herzegovina.

³³ Op. Cit. 29. Véase el párrafo 386 de la sentencia:

*“... whether the acts of genocide committed in Srebrenica were perpetrated by “persons or entities” having the status of organs of the Federal Republic of Yugoslavia (as the Respondent was known at the time) under its internal law, as then in force. It must be said that there is nothing which could justify an affirmative response to this question. It has not been shown that the FRY army took part in the massacres, nor that the political leaders of the FRY, along with the Bosnian Serb armed forces, in military operations in Bosnia and Herzegovina in the years prior to the events at Srebrenica. That participation was repeatedly condemned by the political organs of the United Nations, which demanded that the FRY put an end to it (...). It has however not been shown that there was any such participation in relation to the massacres committed at Srebrenica. Further, neither the Republica Srpska, nor the VRS were **de jure** organs of the FRY, since none of them had the status of organ of that State under its internal law.*

³⁴ La sentencia señala en el párrafo 400:

“First, in this context it is not necessary to show that the persons who performed the acts alleged to have violated international law were in general in a relationship of “complete dependence” on the respondent State; it has to be proved that they acted in accordance with that State’s instructions or under its “effective control”. It must however be shown that this “effective control” was exercised, or that the State’s instructions were given, in respect of each operation in which the alleged violations occurred, not generally in respect of the overall actions taken by the persons or groups of persons having committed the violations”.

³⁵ Las críticas relativas a la interpretación de la CIJ sobre la noción de “control” pueden consultarse en MILANOVIC, M. (2006), “Narratives of Justice for the Balkans: Establishing Responsibility for Genocide in the Bosnian War”, 2, *Serbian Yearbook of International Law*, 2006. MILANOVIC, M. (2007), “State Responsibility for Genocide: A Follow up”, 18, *The European Journal of International Law*, 2007. MILANOVIC, M. (2009), “State Responsibility for Acts of Non-State Actors: A Comment on Griebel and Pluecken” (November, 25 2008), 22, *Leiden Journal of International Law*, 2009. También en CASSESE, A. (2007), “The Nicaragua and Tadic Tests revisited in light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia”, 18, *EJIL*, p. 1-17, señala:

In sum, the ILC, in its Article 8, neither reflected state practice in its entirety nor took a clear-cut position. It substantially required that for the conduct of a person to be attributed to a state that person should be act under that state’s authority in taking that specific conduct. This is rather vague (and the ILC was therefore right in emphasizing that “each case will depend on its facts”) and it moreover, strikingly neglects the state practice and case law where no control over each specific action or conduct was required for attribution of responsibility”.

Yugoslavia³⁶ (RFY) carentes de toda autonomía real. Finalmente, señaló que debía demostrarse que se ejerció ese “control efectivo” o que se impartieron esas instrucciones respecto de cada operación en la que se produjeron las presuntas violaciones y no de manera general en relación al conjunto de las acciones realizadas por las personas o grupos de personas que cometieron las violaciones (VRS).

A continuación, la CIJ examinó la doctrina establecida en el fallo Tadić, y observó que el criterio del “control global” amplía el ámbito de la responsabilidad del Estado más allá de lo que establece el principio por el que se rige el derecho de la RI: un Estado es responsable únicamente de su propio comportamiento, es decir, del comportamiento de las personas que por cualquier concepto actúan en su nombre. Por lo tanto, consideró que éstos son los supuestos de los actos realizados por órganos oficiales y también por las personas o entidades que no tienen la consideración formal de órganos oficiales con arreglo al derecho interno pero que se equiparan a los órganos del Estado porque se encuentran en una relación de “total dependencia” respecto del Estado. En consecuencia, agregó que aparte de esos casos, el Estado únicamente puede incurrir en responsabilidad por los actos cometidos por personas o grupos de personas -que no sean órganos del Estado ni puedan equipararse a ellos- si tales actos, en el supuesto de que sean internacionalmente ilícitos, le son imputables con arreglo a la norma de DI consuetudinario enunciada en el art. 8 del Proyecto sobre Responsabilidad del Estado. Así ocurre cuando un órgano del Estado imparte las instrucciones o directrices que guían la actuación de los autores del hecho ilícito o cuando ejerce un control efectivo sobre la acción en cuyo transcurso se comete el hecho ilícito³⁷.

5. CONCLUSIONES

La CDI, en los comentarios al artículo 8 del Proyecto sobre Responsabilidad del Estado analiza la noción de “control”, como factor de atribución, a la luz de la causa *Nicaragua* (1986) y del asunto *Tadić* (1999). Finalmente, en la redacción del artículo propuesto se inclina por la interpretación que realiza la CIJ en el asunto *Nicaragua*.

Ahora bien, en el año 2007, la CIJ se pronunció en el caso *Genocidio* puesto a su consideración y confirmó el principio por el que se rige el derecho de la RI, esto es, un Estado es responsable únicamente del propio comportamiento, es decir, del comportamiento de las personas que por cualquier concepto

³⁶ Al momento de entablarse la demanda, Bosnia y Herzegovina dirigió su acusación contra la República Federativa de Yugoslavia. En el año 2007 -fecha del pronunciamiento de la CIJ- el Estado sucesor sería la República de Serbia.

³⁷ Véase el párrafo 406:

“It must be next noted that the “overall control” test has the major drawback of broadening the scope of State responsibility well beyond the fundamental principle governing the law of international responsibility: a State is responsible only for its own conduct, that is to say the conduct of persons acting, on whatever basis, on its behalf. That is true of acts carried out by its official organs, and also by persons which are not formally recognized as official organs under internal law but which must nevertheless be equated with State organs because they are in a relationship of complete dependence on the State. Apart from these cases, a State’s responsibility can be incurred for acts committed by persons or groups of persons – neither State organs nor to be equated with such organs- only if, assuming those acts to be internationally wrongful, they are attributable to it under the rule of customary international law reflected in Article 8 cited above (paragraph 398). This is so where an organ of the State gave the instructions or provided the direction pursuant to which the perpetrators of the wrongful acts acted or where it exercised effective control over the action during which the wrong was committed. In this regard the “overall control” test is unsuitable, for it stretches too far, almost to breaking point, the connection which must exist between the conduct of a State’s organs and its international responsibility”.

actúan en su nombre. La CIJ en aplicación del Proyecto sobre Responsabilidad del Estado, entiende que el comportamiento de particulares sólo será atribuible al Estado cuando se verifique el test del *control efectivo* del Estado sobre dicho comportamiento.

En este punto, establecer las circunstancias que permiten determinar que una persona o un grupo de personas actúan como órganos *de facto* del Estado, siéndole imputable sus conductas, remite a la interpretación de la noción de *control efectivo* en la jurisprudencia de la CIJ.

Por otra parte, en este contexto en el que se verifica la existencia de normas consuetudinarias en materia de RI a partir del Proyecto de artículos elaborado por la CDI, debe señalarse que el artículo 56 entiende que las cuestiones en materia de responsabilidad no reguladas en el presente régimen se regirán por las normas de DI que resulten del caso. En consecuencia, el régimen sobre RI no trata todas las cuestiones que determinan la responsabilidad de un Estado. Los comentarios al Proyecto de artículos subrayan que los artículos puestos a consideración de los Estados reúnen a través de la codificación y el desarrollo progresivo, las normas secundarias generales de la responsabilidad del Estado. De igual manera, los artículos enunciados no tienen por objeto excluir la ulterior evolución del derecho de la responsabilidad del Estado. En efecto, el artículo 58 establece que el régimen se entenderá sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del DI, respecto de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado.

Luego de transcurridos más de 8 años desde la adopción de la Resolución A/56/83, la práctica estatal y las decisiones de las cortes y tribunales internacionales señalan la conveniencia de una hermenéutica uniforme de la noción de “control” en relación a la norma secundaria de atribución de un comportamiento al Estado. El Informe de la CDI sobre la “Fragmentación del DI y las dificultades derivadas de su diversificación y expansión” señala:

“(…) la interpretación jurídica consiste en muchas ocasiones en vincular una norma poca clara con una finalidad y, de esta manera, al mostrar su posición dentro de algún sistema, en justificar su aplicación de una forma y no de otra. (...) Solamente se puede decidir a través de la interpretación”.

(…) Los conflictos de interpretación de la normativa general por diferentes instituciones no pueden someterse a un sistema constitucional de revisión que culmine en una autoridad suprema. Cuando esos conflictos aparecen y se consideran un problema (lo que no siempre sucede), sólo se pueden resolver con medios legislativos o administrativos. O bien los Estados adoptan una nueva ley que resuelva el conflicto o bien las instituciones tendrán que coordinar su jurisprudencia en el futuro”. (CDI, 2006, 35).

6. BIBLIOGRAFÍA

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1998 V.2 Segunda parte, Responsabilidad de los Estados, Primer Informe del Relator Especial.

Asamblea General de Naciones Unidas, A/62/62, “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, Informe del Secretario General, 2007, (disponible en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/203/99/PDF/N0720399.pdf?OpenElement>, el 29/09/2007).

Asamblea General de Naciones Unidas, A/62/62/Add. 1, "Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos", Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales, Informe del Secretario General, 2007, (disponible en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/309/59/PDF/N0730959.pdf?OpenElement>, el 29/09/2007).

BARBOZA, J. (2006), *Uso de la fuerza. Responsabilidad Internacional*, Zavallía, Buenos Aires, 2006.

BARBOZA, J. (2007), *Temas recientes de la Comisión de Derecho Internacional*, CARI, Buenos Aires, 2007.

BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford, 2003.

CASSESE, A. (2007), "The Nicaragua and Tadic Tests revisited in light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia", 18, *EJIL*, 1-17.

Comisión de Derecho Internacional, "Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos", señalados a la atención de los gobiernos por la Asamblea General en la Resolución A/56/83 (disponible en www.untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, el 12/08/2007).

Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*, U.N. Doc. A/CN.4/L.682 completado por Martti Koskeniemi, (disponible en <http://www.un.org/law/ilc/index.html>, el 14/02/2008).

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Derecho Internacional Humanitario, Respuestas a sus Preguntas*, Suiza, 2003.

Corte Internacional de Justicia, *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, (Nicaragua c. Estados Unidos), Recueil 1986, (disponible www.icj-cij.org).

Corte Internacional de Justicia, *Aplicación de la Convención sobre la prevención y la represión del Crimen de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia)*, Recueil 2007 (disponible en www.icj-cij.org).

DIEZ DE VELASCO, M. (2005), *Instituciones del Derecho Internacional*, Tecnos, Madrid, 2005.

GOLDSTONE, Richard J. and HAMILTON, Rebecca J., "Bosnia v. Serbia: Lessons from the encounter of the International Court of Justice with the International Tribunal Criminal for the Former Yugoslavia", 21, *Leiden Journal of International Law*, 2008.

GUTIERREZ POSSE, H. (2002), « El Estado y sus agentes en la Comisión de Crímenes Internacionales », en *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Córdoba, Drnas-Lerner, 2002.

GUTIERREZ POSSE, H. (2006), *Elementos de Derecho Internacional Penal*, De los Cuatro Vientos, Buenos Aires, 2006.

HENCKAERTS, J., DOSWALD-BECK, L. (2007), *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, Volumen I: Normas, Comité Internacional de la Cruz Roja, Buenos Aires, 2007.

MILANOVIC, M. (2006), "State Responsibility for Genocide", 17, *The European Journal of International Law*, 2006.

MORENO FERNANDEZ, A. (2006), "La atribución al Estado de Responsabilidad Internacional por los hechos ilícitos de los particulares e intentos de flexibilización", *REEI*, 2006 (disponible en <http://www.reei.org/reei%2012/articulos12.htm>, el 29/09/2007).

REMIRO BROTONS, A. (2007), *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

SASSOLI, M. y BOUVIER, A. (2006), *How does law Protect in war?*, V. I y II, ICRC, Geneva, 2006.

STEWART, J. (2003), "Hacia una definición única de conflicto armado en el derecho internacional humanitario. Una crítica de los conflictos armados internacionalizados", 850, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2003.

Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia. The Prosecutor v. Dusko Tadic, Case N° IT-94-1-A, Judgment, 15/07/1999, (disponible en <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/tad-aj990715e.pdf>, el 29/09/2007).

Yearbook of the International Law Commission, 1998, V.II Part one, Document A/CN.4/490, First Report on State Responsibility by Mr. James Crawford, Special Rapporteur.

VERRI, P. (2008), *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, Buenos Aires, 2008.

LA FACULTAD DE DERECHO Y LA *INTELLIGENTSIA*

Por Tulio Ortiz, Eduardo Barbarosch y Verónica Lescano Galardi

RESUMEN

Este estudio tiene por eje analizar a determinados exponentes de la “*intelligentsia*” vinculados a la Facultad de Derecho (UBA).

Sus ideas, obras y proyectos: alcances y vigencias a la luz de nuestros días.

PALABRAS CLAVES

Facultad de Derecho, *intelligentsia*, Estado, Nación.

THE *INTELLIGENTSIA* AND THE FACULTY OF LAW

By Tulio Ortiz, Eduardo Barbarosch y Verónica Lescano Galardi

SUMMARY

This paper deals the analysis of certain exponents of the “intelligentsia” connected with the Faculty of Law (UBA). His ideas, works and projects: reach and validity today.

KEYS WORDS

Faculty of Law, *intelligentsia*, State, Nation.

LA FACULTAD DE DERECHO Y LA *INTELLIGENTSIA*

Por Tulio Ortiz*, Eduardo Barbarosch** y Verónica Lescano Galardi***

Prólogo

En continuidad con el anterior artículo publicado en la Revista electrónica los autores presentan el avance de sus investigaciones llevadas a cabo dentro del Proyecto UBACYT D008, titulado: Consolidación del Estado Nación Argentino. Rol de la *intelligentsia* de la época, en particular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

El artículo, en su conjunto, tiene como eje el estudio de la *intelligentsia*, desde el punto de vista, de algunos de sus exponentes, teniendo, estos pensadores estudiados, como común denominador, a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

En el primer apartado, que lleva por título: *La Facultad de Derecho, ámbito de grandes escritores argentinos.*, hemos realizado una lista de grandes figuras del quehacer intelectual y literario de la Argentina de fines del Ochocientos y principios del siglo pasado que pasaron por nuestra Facultad de Derecho. Muchos de ellos como estudiantes, como egresados, como Profesores, como alguno de estos aspectos, o concurriendo en sus personas todas esas calidades.

En este capítulo –que es parte de un libro que se publicará próximamente– se intenta demostrar que se plasmó, en gran parte, la idea alberdiana de dotar a la Argentina, no sólo, de brillantes juristas, abogados y jueces, sino, también, de referentes de la política, de la sociedad y de la cultura, como parte de la *intelligentsia* que habría de influir sobre la conducción del Estado Moderno, en vías de consolidación.

Ya abocados a figuras determinadas de esa *intelligentsia*, encontramos el estudio que realizó Verónica Lescano Galardi en su capítulo: *Estudio sobre el aspecto subjetivo de la intelligentsia: la figura de Joaquín V. González*, donde sostiene que: “La *intelligentsia* en su faz subjetiva referiría a los hombres y mujeres que

* Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Director del Proyecto UBACYT D008. Doctor en Ciencias Políticas. Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja. Facultad de Derecho. UBA.

** Profesor Consulto de Teoría y Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. UBA. Doctor de la Universidad de Buenos Aires. Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja. Facultad de Derecho. UBA. Miembro Ubacyt D008.

*** Auxiliar docente en Teoría del Estado, Cátedra: Dr. Tulio Ortiz. En Sociología, Cátedra: Dres. Enrique Zuleta Puceiro-Enrique Del Percio. En historia del derecho: Cátedra: Dres. María Rosa Pugliese-Alberto D. Leiva. Doctoranda. Miembro adscripta al Instituto de investigaciones Jurídicas y Sociales Dr. Ambrosio L. Gioja (FD.UBA). Miembro Ubacyt D008.

han tenido, más allá de las propias ideologías elegidas, una actuación en la escena político-social transformadora.”.

Sobre la elección de González expresó: “Joaquín V. González fue un hombre que se exteriorizó como un actor social con un copioso quehacer tanto como político de la escena local, y con proyección internacional como así también -y es el rasgo que más nos interesa- educador, profesor y escritor.”. Para concluir: “De tal modo es fácilmente observable que el tipo de hombre, especialmente de la clase dirigente de esa época, poseía como rasgo saliente ser multifacético, versátil y versado.

El hombre del Centenario habría sido un hombre con una peculiar clase de solidez que busca hacerla primar institucionalmente. Así nuevas construcciones, nuevos programas educativos, nuevas leyes, nuevas descripciones que generasen nuevas respuestas en contexto. Hombres como Joaquín V. González encarnaron estos criterios y generaron una modificación en la realidad desde el enfoque de un crecimiento continuo, permanente y sostenido.”

Para cerrar este artículo Eduardo Barbarosch en su capítulo intitolado: *La Intelligentsia política de fines del Siglo XIX y las primeras décadas del Siglo XX*, analiza, de un modo innovador y original, las figuras y obras de Nicasio Oroño y Lisandro de La Torre partiendo de la siguiente idea: “El período que va de la década del 60’ del siglo XIX que conduce al Centenario y las primeras décadas del Siglo XX contó con numerosos hombres políticos que sin pertenecer al ámbito académico conformaron una parte relevante de la *intelligentsia* de esa época. Se destacaron por su formación erudita, pero, además, por sus concepciones y proyecciones a largo plazo de una nación que apuntaba no sólo a su organización política dentro de un ámbito republicano y democrático, sino, también, al desarrollo económico y bienestar general de sus habitantes ya sean nacionales o extranjeros.

Santa Fe fue la cuna de uno de esos hombres públicos como es el caso de Lisandro de la Torre¹ y un antecesor de él, en cuanto a ideas de libre pensador², puede encontrarse en un personaje político como es el caso de Nicasio Oroño, escasamente tratado en la historiografía de la política argentina, hasta la publicación de un libro que fue producto de una seria investigación como la de la malograda historiadora Patricia Pasquali”.

A lo largo de sus páginas un exhaustivo análisis toma forma en donde, en confronte, estudia los aciertos y errores de las ideas y proyectos de ambos artífices para arribar a la siguiente conclusión: “Quizás algunas nuevas hipótesis podrían formularse para analizar la actuación de los hombres públicos en la historia de las naciones, y en particular en el país de los argentinos. Quiénes con sus proyectos proponían asegurar libertades, igualdad y progreso sobre propuestas fundadas en la conciliación de lo racional y lo razonable. Quizás este análisis pueda caber, sin excluir a otros, en dos personajes de nuestra historia, hoy al parecer un poco olvidados, como son Nicasio Oroño y Lisandro de la Torre.”

¹ Lisandro de la Torre nació en 1868 y falleció en 1939.

² Entendemos por libre pensador aquel personaje político que no está sujeto a la presión de las tradiciones, que no trepida en independizarse de ellas y que tiene la osadía suficiente como para poner en crisis aquellas ideas o proyectos de nación que considera retrógrados o que constituyen un obstáculo para el progreso de un país. Tanto Nicasio Oroño y Lisandro de la Torre, equivocados en algunos aspectos o no, fueron un ejemplo de ello.

Así nuestra presentación que, manteniendo el mismo espíritu de nuestros anteriores artículos, ponemos a consideración de la comunidad académica para su debate, reflexión, comentarios y observaciones que, por cierto, beneficiarán nuestra labor.

Tulio Ortiz, junio de 2010.
Director Ubacyt D008.
Instituto de investigaciones Jurídicas y Sociales Dr. Ambrosio L. Gioja.
Facultad de Derecho.
Universidad de Buenos Aires.

La Facultad de Derecho, ámbito de grandes escritores argentinos.

La Facultad de Derecho no sólo conformó pensadores y estadistas, sino también grandes escritores³.

Algunos ejercieron su profesión en forma privada o bien el seno de la Justicia, si no entraban en la Diplomacia. Otros prefirieron dedicar sus desvelos a las musas y a las letras.

Varios, transitaron aquellas aulas durante un tiempo como Eduardo Mallea⁴, Homero Manzi⁵, Manuel Mujica Láinez⁶ y Héctor Blomberg⁷, pero hubo quienes culminaron sus estudios en forma, más o menos, aventajada.

³ Un artículo muy interesante sobre abogados que se han destacado en ramas diversas puede leerse en *Para mejor proveer, Estudie... DERECHO por* Enrique Quintero Valencia [en línea] <www.maximogris.net/DERECHO/Art_01_035.doc> [consulta: febrero de 2010].

⁴ Solo rindió algunas materias de primer año, (Leg.262,1921. Archivo Facultad de Derecho .UBA).

⁵ En junio de 2004 Homero Manzione (h), pronunció una conferencia en la Facultad de Derecho que puede verse en: [en línea] <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/inc_notas_historia.php?ed=49&idnota=431&fecha=2004-06-10&sec=Nota> [consulta: febrero 2010]. titulada: *La Facultad de Derecho, literatura y política. Homenaje a Homero Manzi*, quien escribiera siendo estudiante, aquellos:

43 Versos a la Facultad de Derecho

La Facultad de Derecho es una casa vieja,
 la trajeron sin duda de Lovaina o de Lieja
 una tarde fría y otoñal
 y en la ciudad ruidosa
 fue un asombro ojival.

En su torre doliente como un sueño inconcluso
dialogaron las noches porteñas y los vientos,
con silbido de jarcias
y con lamentos de gatos lunáticos y difusos.

Y una luna bohemia que se alzó en una esquina,

esquinita perdida del arrabal,

caloteó dos palomas en Puente Alsina

y las tiró en su ventanal.

Palomas proletarias hicieron nido
con los ladrillos,
igual que en las iglesias de las aldeas,
igual que en los techados del conventillo.

Y la extranjera consistorial
ensayó un paso en la cuerda floja de la ilusión,
cuando la plateada gayeta merinera con corazón de pan
le tiró las monedas de su amor.

Y en la resurrección sensiblera
le brotó un corazón
que en diástoles de huelga
y en sístoles de gritas
efectúa la cardíaca revolución.

Corazón que práctica la leyenda hipocrática de dormir a la izquierda,
hecho con las estrías de cien muchachos locos que sueñan con la paz
y que hacen la simbiosis pampeanamente rara
de Yrigoyen y Marx.

Corazón que con Rosas hubiera sido prófugo,
con Monteagudo declamador,
con Moreno levantado como un picacho andino
y acólito de Jean Jacques Rousseau.

Pero está cerca el día de los tejidos grasos,
el día de la buena ración,
cuando se vuelen las palomas y se detenga el corazón.

Entonces esa luna del arrabal
quedará en el cielo del almacén
y la extranjera fría, ojival
volverá a ser un asombro municipal.

Que así no sea.

Amén.

[En línea] <<http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/old/nota.php?ided=28&idsec=7¬a=444>> [consulta:
febrero 2010].

⁶ Legajo 225 del año de su ingreso, 1930.

⁷ Legajo 20, de 1906, año de su ingreso.

En una enumeración no completa recordemos a Manuel Gálvez quien egresó en 1906⁸ después de los sucesos que mantuvieron cerrada la Facultad durante casi un año⁹. El autor de *Amigos y Maestros de mi juventud*¹⁰, (donde desfilan muchos de los protagonistas de la Facultad), mantuvo siempre un perfil acorde con el universalismo y profundidad de la cultura que caracterizaba a la *intelligentsia* de otros tiempos. Su figura se acrecienta con el transcurrir del tiempo y ha sido recordado por nuestra Facultad en el año del Bicentenario¹¹.

Enrique (Rodríguez) Larreta, egresó de nuestra Facultad en 1892 su vasta obra literaria y cultural perdura hasta nuestros días.

Menos sabido es que Macedonio Fernández fue egresado de la Facultad de Derecho (1897). Su relación e influencia sobre Borges fue reconocida por éste en varias oportunidades¹²

La vida de Macedonio Fernández ha merecido una obra reciente de Álvaro Abós¹³ quien le dedica varias páginas a la Facultad de Derecho, en los tiempos de Moreno 350 pintando su ambiente, profesores, ceremonias, etc.¹⁴.

La vida y la obra de cada uno de los nombrados llevarían páginas enteras. Sin duda de ellas podría concluirse que el sello que define buena parte de la cultura argentina se modeló, en buena parte también, en las sedes de la Facultad de Derecho.

⁸ Su tesis doctoral se refirió a la *Trata de Blancas (1906)*.

⁹ Ver Las reformas antes de la reforma, en www.uba.ar/reforma/download/reformas.pdf

¹⁰ *Amigos y Maestros mi Juventud. Recuerdos de la vida literaria (1900 - 1910)*. Kraft - 1944 -

¹¹ El día 28 de abril de este año, Lucia Gálvez disertó sobre su ilustre abuelo en el *Seminario Permanente sobre historia de la Facultad de Derecho*: (<http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/nota.php?ided=167&idsec=10¬a=3471>)

¹² Borges dijo en su sepelio (1952) “Los historiadores de la mística judía hablan de un tipo de maestro, el *Zaddik*, cuya doctrina de la Ley es menos importante que el hecho de que él mismo es la Ley. Algo de *Zaddik* hubo en Macedonio. Yo por aquellos años lo imité, hasta la transcripción, hasta el apasionado y devoto plagio (las negritas son mías, teo). Yo sentía: Macedonio es la metafísica, es la literatura. Quienes lo precedieron pueden resplandecer en la historia, pero eran borradores de Macedonio, versiones imperfectas y previas. No imitar ese canon hubiera sido una negligencia increíble.”

¹³ ABOS, Álvaro. *Macedonio Fernández, la biografía imposible*, Plaza-Janes. Bs.As., 2002. El autor es egresado de la Facultad de Derecho (1966).

¹⁴ Afirma Abós: “La universidad era entonces la institución cultural básica de la república conservadora y sobre todo lo era la Facultad de Derecho, proveedora de sangre joven para renovar las instituciones y espacios del poder. De sus aulas salían los dueños de los bufetes que asesoraban en los negocios de una Argentina que “tiraba manteca al techo”, y quienes ocupaban los cargos públicos, desde los más humildes, donde se fogueaban los pichones, hasta los ministerios, embajadas, bancas legislativas y la presidencia de la Nación: salvo los militares Roca, Uriburu y Justo, todos los presidentes que gobernaron la Argentina entre 1874 Y 1943 fueron abogados. En aquella fábrica de inquilinos de la Casa Rosada, la trayectoria de Macedonio, quien sería un cuestionador del poder empedernido, aunque humorístico, fue irreprochable.” (Ob. cit.)

Estudio sobre el aspecto subjetivo de la *intelligentisia*: la figura de Joaquín V. González.

La *intelligentisia* en su faz subjetiva referiría a los hombres y mujeres que han tenido, más allá de las propias ideologías elegidas, una actuación en la escena político-social transformadora. Y esto último en base a los resultados generados que, incluso -y esto lo destacamos sobremanera- mantienen sus efectos y consecuencias en nuestros días. O sea, hemos buscado la posibilidad de verificación empírica de esas vidas pero, a su vez, hemos procurado analizar exponentes cuyo aliento operativo nos alcanza.

De tal suerte traemos a análisis la figura de Joaquín Víctor González quien en su persona reunió un sinfín de funciones, todas ellas conectadas en, y por, una misma idea, una de las principales improntas de fines del siglo XIX y primera cincuentena del siglo XX, el progreso.

Joaquín V. González fue un hombre que se exteriorizó como un actor social con un copioso quehacer tanto como político de la escena local, y con proyección internacional como así también -y es el rasgo que más nos interesa- educador, profesor y escritor.

Se caracterizó por un pensamiento inclusivo, por ello participativo e integracionista. No obstante ser considerado como uno de los grandes articuladores del sistema de pensamiento liberal de corte tradicional (como sinónimo de conservador) su gestión de vida, que encierra las múltiples gestiones en los cargos de diputado, senador, ministro, escritor, académico, profesor, rector, etc., tuvo como impronta un particular tipo de reformismo, entendiéndose por tal la transformación de la realidad en pro de las referidas participación e integración del ciudadano.

Esto se manifestó, particularmente, en el ámbito jurídico. De allí la elaboración y presentación en el año 1904 de una profunda reforma normativa laboral bajo el nombre de *Proyecto de Ley Nacional del Trabajo*.

Asimismo, su labor en el ámbito electoral ha llevado a que se exprese:

“En materia electoral regía vetusta legislación, a cuya sombra germinaban los vicios económicos que amparaban el fraude y alejaban al ciudadano de los comicios. Una oportuna reforma iniciada por el Ministro cambió el sistema electoral, implantando el de circunscripciones, que provocó la descentralización comicial, despertando en todos los ámbitos del país el interés popular por la emisión del voto. Se completó el sistema con un sereno régimen de penalidades para los delitos electorales. La nueva ley no dejó de despertar ciertos debates doctrinarios como toda nueva orientación legislativa”¹⁵.

Ambas actuaciones presentaron como elemento más saliente un tipo de criterio agregacionista por parte de González, rasgo que lo acompañó en todo su desempeño político-social.

En el mundo educativo su trabajo se tradujo en una doble gestión, en la que dos años merecen ser destacados: 1904 y 1905.

Durante el primero, y al frente del Ministerio de Justicia e Instrucción (a más de estar al frente de otro Ministerio), titularizó la creación del Instituto Nacional del Profesorado Secundario de Buenos Aires.

Y, 1905 se convertirá en año de un gran aporte a la educación superior con la creación de la Universidad de La Plata que, luego de un breve periodo, adquirió el carácter de nacional.

En este último caso la operativización del avance y del progreso tuvo una doble manifestación: por un lado la concepción que reside en el edificio mismo de la Universidad Nacional de La Plata. Su arquitectura se convirtió en bastión de la modernidad. En neta concordancia con el espíritu extraño y emblemático de la Ciudad, se produjo la materialización misma de la transformación de la realidad urbana y ésta vino de la mano de la educación.

El mensaje, resultaría ser entonces: la educación transforma, la educación dialoga y vive con la sociedad.

Desde otro ángulo ¿cómo decidió accionar la educación desde La Plata?, ¿Cuál era su idea?, ¿cuál era su práctica? En la reunión del pasado, del presente y del futuro, sin que esto fuera a comportar competencia alguna con las Antiguas Casas de Altos estudios ya existentes en nuestro país. Procuró que se generaran respuestas contextualizadas y precisas para los tiempos que se vivían, en esto, sin más, debía traducirse, en expresión de J. V. González: *la nueva corriente universitaria*.

Esta visión reformadora de Joaquín V. González tuvo como corazón al positivismo.

En cuanto a terminología refiere, el positivismo en nuestros días presenta una significación que posiblemente no haya sido la tenida en cuenta por los hombres del comienzo del 1900. Particularmente, el positivismo referiría a un modo de hacer primar las ciencias en el mundo. Y por otro lado, suele ser asimilado al biologismo.

No obstante creemos, y esto es lo que analizamos, que cual fuera el criterio con el que haya sido entendido el positivismo, a su interior se encontraba la fuerza de proyección que tenían esos actores socio-políticos para modificar la realidad. Y llegado el caso, es en este último aspecto en dónde nos situamos a los fines de este trabajo.

La re-forma conlleva re-diseñar para re-operativizar lo existente. Algo que ya está en forma, se lo vuelve a pensar y trabajar para que genere nuevas realidades. Con esto entonces, al interior de la re-forma se encuentra el objetivo propio de lo político: modificar la realidad. Y muchas veces esta transformación de la realidad comporta manifestaciones diversas de creación.

Joaquín V. González fue un hombre del Centenario.

A 100 años de la Revolución patria se seguían creando instituciones pero más importante para nosotros es que se continuaba la labor de inclusión político-social emprendida en 1810, a través de la continuidad y consiguiente consolidación de las instituciones ya creadas y vigentes.

Ante las ideas de la Ilustración o del tradicionalismo de corriente española, cien años después el positivismo adquiriría su protagonismo en la escena internacional y Argentina no quedaba ajena a esta situación.

En este contexto se pensó la educación y la formación de los diversos agregados sociales que componían la Argentina centenaria.

¹⁵En "*Intelectuales Argentinos*", págs.252-256, citado en: <http://www.houssay.org.ar/hh/index.htm>

De tal modo, más fuerte que la escuela de pensamiento adoptada fue el mantenimiento de la característica de nuestro origen: el cambio, el ascenso y el logro. En esto se traduciría, según creemos, sin más, la idea de progreso.

Ahora bien, centrándonos en el positivismo, reflexionamos como en tanto corriente del pensamiento buscó en el más acá aquello que entendió que el más allá no lograba abarcar y conocer, por ende, no podía describir.

De tal manera el positivismo maximizó, incluso con, quizá, algún tinte de idealismo, el mundo de las ciencias naturales y de los métodos de investigación sustentados en lo empírico. Así se habría pretendido dar por resuelto uno de los principales problemas que el científico y el pensante encontraban en su camino de conocimiento: el de la proyección y de sus regularidades.

Un mundo dominado por el hombre y nadie más comprendería e importaría la capacidad humana de manejar, dominar, no solamente el pasado y el presente sino el futuro. Para manejar esto había que fijar un objetivo, que sería el de ser cada vez ser y estar mejor.

Esta progresión de bienes de toda naturaleza debía poseer firmes pilares desde el punto de vista del conocimiento. Había que generar un conocimiento firme, continuo y seguro.

Así entonces, de un lado las leyes, como reguladores conductuales de la sociedad.

Del otro, el rol y función de cada Estado dentro del concierto de naciones pero, por sobre todas las cosas, había que trabajar en poner la atención en las fuentes productoras de conocimiento y ciencia, así las casas de estudio, especialmente las universidades.

Desde este punto de vista es atendible y explicable que los hombres y mujeres que vivían en ese contexto histórico se dedicaran a inventar, crear, consolidar, re-elaborar, entre tantas otras instituciones, las universidades, facultades, casas de estudios, institutos, y todo espacio en el que el saber fuera el centro de atracción.

En este marco encontramos a Joaquín V. González, quien junto a otros hombres de su época, articularon una suerte de programa de formación del actor social y, más que nada, del ciudadano en consonancia con el programa de Estado nacional y también, provincial, cuyo centro de fondo estuvo basado en la educación en su doble función de formadora y de generadora de saber. Así las Universidades nacionales, tanto de La Plata como de Buenos Aires¹⁶, en donde durante años fue profesor, particularmente actuaron como su espacio de patentización.

Conclusiones

En retrospectiva, analizando el periodo 1860-1930, podríamos sostener que el hombre de ese momento fue de un tipo peculiar, caracterizado por ser el protagonista de la transición entre la modernidad y la era contemporánea. Si bien existen desfases cosmovisionales entre la historia, la política,

la filosofía y las letras, hallamos, en estos dos siglos de mención, la característica común de un hombre ante un cambio. Se venía de uno paradigmático cual el fin del Medioevo, la transición del Absolutismo y la elaboración de un nuevo centro de atracción: la modernidad y su titular. En poco tiempo estaríamos ante una nueva denominación cual la de tiempos contemporáneos. Así ante todo el siglo XX.

En lo que a nuestro país refiere este contexto se tradujo particularmente en la hazaña de hacer un Estado moderno. Empresa de tamaño, requirió hombres y mujeres que estuvieran a la altura de este desafío. Con este marco, la creación y la consolidación institucional jugaron como estimulación y objetivo final de toda idea y práctica socio-políticas.

En anterior trabajo¹⁷ habíamos sostenido la hipótesis de analizar a la educación del periodo 1890-1920 como un tópico funcional a un Programa de Estado.

Desde el actual análisis de este artículo abordamos a quienes implementaron un programa educativo del periodo de referencia en tanto formador del ciudadano y generador de conocimiento.

Así, brevemente, hemos procurado mostrar a la *intelligentsia* en su faz subjetiva.

Desde nuestro enfoque creemos netamente imbricado en aquella al intelectual, pero entendiendo por éste, a cualquier persona que, en tanto operador, articula sus capacidades para modificar la realidad que lo circunda, en primer plano, y tiende, mediatamente, a su expansión.

De tal modo es fácilmente observable que el tipo de hombre, especialmente de la clase dirigente de esa época, poseía como rasgo saliente ser multifacético, versátil y versado.

El hombre del Centenario habría sido un hombre con una peculiar clase de solidez que busca hacerla primar institucionalmente. Así nuevas construcciones, nuevos programas educativos, nuevas leyes, nuevas descripciones que generasen nuevas respuestas en contexto. Hombres como Joaquín V. González encarnaron estos criterios y generaron una modificación en la realidad desde el enfoque de un crecimiento continuo, permanente y sostenido.

La Intelligentsia política de fines del Siglo XIX y las primeras décadas del Siglo XX.

Introducción

El período que va de la década del 60' del siglo XIX que conduce al Centenario y las primeras décadas del Siglo XX contó con numerosos hombres políticos que sin pertenecer al ámbito académico conformaron una parte relevante de la intelligentsia de esa época. Se destacaron por su formación erudita,

¹⁶ Específicamente en la Facultad de Derecho.

¹⁷ Ortiz, Tulio- Eduardo Barbarosch- Verónica Lescano Galardi, *Consolidación del Estado argentino y la educación universitaria.(1880-1916)*, en www.derecho.uba.ar

pero, además, por sus concepciones y proyecciones a largo plazo de una nación que apuntaba no sólo a su organización política dentro de un ámbito republicano y democrático, sino, también, al desarrollo económico y bienestar general de sus habitantes ya sean nacionales o extranjeros.

Santa Fé fue la cuna de uno de esos hombres públicos como es el caso de Lisandro de la Torre¹⁸ y un antecesor de él, en cuanto a ideas de libre pensador¹⁹, puede encontrarse en un personaje político como es el caso de Nicasio Oroño, escasamente tratado en la historiografía de la política argentina, hasta la publicación del un libro que fue producto de una seria investigación como la de la malograda historiadora Patricia Pasquali.²⁰ El minucioso trabajo de la historiadora mencionada, llevado a cabo sobre la base de fuentes éditas e inéditas me permite formular la hipótesis de que – a pesar de las distancias en el tiempo entre ambos personajes políticos – existió un ideario común, al menos en el periodo en que las ideas primigenias de Lisandro de la Torre, se extienden hasta las primeras décadas del Siglo XX. De la Torre proponía como su ideario una *democracia evolutiva*, lo que nos permite dividir sus ideas liberales y luego igualitarias en dos períodos en el tiempo de su larga y trágica historia como político de fuste en el concierto nacional.

Hipótesis preliminares de la investigación.

En la investigación que me propongo encarar y que describo en este resumen, trataré de corroborar la hipótesis que un proyecto de país respetuoso de una concepción política liberal ya apuntaba en estos dos políticos en los que encuentro un lazo de unión en su ideario. Considero además que el proyecto liberal de estos políticos, a través de su evolución, se encaminaba en sus ideas subyacentes a un ideal *igualitario* que lo distinguía de las tendencias conservadoras, también consideradas como “oligárquicas” en una vasta historiografía argentina. Estas ideas liberales que pretendían una conciliación entre libertad e igualdad eran incompatibles con la doctrina de Spencer que preponderó en la denominada por Oscar Terán “La cultura científica de fin siglo” en nuestro país. Profesores y académicos²¹ con una vasta versación en diversas ramas de la ciencia que tenían su tribuna en los medios universitarios por lo que fueron considerados la elite dirigente desde 1880 hasta el Centenario, recibieron con alborozo las doctrinas evolucionistas supuestamente aplicables al ámbito social. Por un lado eran afectos a un individualismo supuestamente liberal y como contrapartida proyectaron una concepción anti-igualitaria que implicaba una profunda aversión a la democracia representativa. Aversión al sufragio universal y secreto. Aversión a la inmigración extranjera y una proclividad a defender ciertas formas de racismo

¹⁸ Lisandro de la Torre nació en 1868 y falleció en 1939.

¹⁹ Entendemos por libre pensador aquél personaje político que no está sujeto a la presión de las tradiciones, que no trepida en independizarse de ellas y que tiene la osadía suficiente como para poner en crisis aquellas ideas o proyectos de nación que considera retrógrados o que constituyen un obstáculo para el progreso de un país. Tanto Nicasio Oroño y Lisandro de la Torre, equivocados en algunos aspectos o no, fueron un ejemplo de ello.

²⁰ Patricia Pasquali. “La instauración liberal. Urquiza, Mitre y un estadista olvidado: Nicasio Oroño. Planeta Historia y Sociedad. 2003. Buenos Aires.

propias de cierto espíritu de la época que predominaba en círculos europeos y que en mi hipótesis fueron la simiente principal en Europa de las dos guerras mundiales que se desataron a principios y mediados del siglo pasado, casi sin solución de continuidad.

Las cosmovisiones de Nicasio Oroño y de Lisandro de la Torre, no podían dejar de estar influenciadas por las concepciones imperantes en sus diferentes épocas, pero a pesar de ello en sus discursos y acciones se evidenció un distanciamiento de las doctrinas señaladas, lo que supone en ellos la existencia de espíritus abiertos que no interiorizaban sin crítica el pensamiento imperante en la época. Un destello más amplio de esto, se advierte en la figura de Lisandro de la Torre.

Semejanzas entre las ideas de Nicasio Oroño y Lisandro de la Torre

Patricia Pasquali, considera a Nicasio Oroño como un verdadero estadista, un verdadero liberal progresista para su época. Un adelantado que “clamó por la tolerancia y la conciliación ante el desprecio especulativo de quienes preferían el empleo de la fuerza armada, no sólo para restablecer el orden, sino para controlar a los poderes locales y como medio coercitivo con fines electoralistas.”²² Nicasio Oroño, gobernador de Santa Fé, destituido por la fuerza, había cometido el pecado de un estadista comprometido con el progreso de su provincia y con un ejemplo para la Nación que se gestaba: “promovió la articulación de una reforma agraria, la expansión de la educación común y la adopción de una legislación civil laicista”

Nicasio Oroño, para la autora, representó en el período de la Organización Nacional un hombre de genio pues tomó un rumbo excepcional, finalmente frustrado, que hubiera permitido desde la Provincia de Santa Fe sentar no solamente para la provincia sino para el país entero la posibilidad que surgiera una sociedad abierta e igualitaria. Nicasio Oroño fue un liberal autonomista que se mantuvo políticamente equidistante de las dos vertientes más influyentes de aquella época, por un lado la federal personalista de Urquiza y la liberal centralizante de Mitre. Su intento de una alianza política con el alsinismo se frustró.²³ A pesar de ello, no puede dejar de considerarse como de gran relevancia su política y gestión como gobernador de Santa Fe, donde se propuso llevar a cabo grandes reformas, que luego fueron algunas de ellas parte de la legislación nacional. Es cierto, que Nicasio Oroño no logró concretarlas pues despertó en Santa Fe y en cierta medida en el gobierno central una reacción que terminó con su destitución como gobernador de la Provincia.

La soledad de la lucha de Nicasio Oroño, prenunció su caída y en ello existe una semejanza con Lisandro de la Torre, quien en algún momento de su vida política se sintió también en absoluta soledad. En verdad, Lisandro de la Torre, fue un tribuno, conferencista de fuste, un referente político en las cuatro primeras décadas del siglo XX, pero nunca llegó seriamente a la gestión gubernativa. Sin embargo,

²¹ Entre ellos no puede dejar de mencionarse, entre otros, a José María Ramos Mejía, Carlos Octavio Bunge, Ernesto Quesada y José Ingenieros.

²² *Ibíd.*, p.12.

²³ Isidoro J. Ruiz Moreno entiende sobre la base de abundante documentación que el fracaso de Oroño se debió al enfrentamiento político entre Mitre y Urquiza, por el predominio político en la víspera de elecciones presidenciales, para lo cual debían ganarse el apoyo de la provincia de Santa Fe y no necesariamente las políticas de corte liberal y anticlericales de Oroño. (Véase su obra *Elecciones y Revolución. Oroño, Urquiza y Mitre*. Editorial Claridad. 2006)

debemos recordar las palabras de un estadista europeo de visita a nuestro país que veía en él, impresionado por su personalidad, la persona indicada para dirigir los destinos del país.²⁴

Lisandro de la Torre tuvo una relevante participación política en el país, y como legislador tanto en el carácter de diputado como de senador mostró unas dotes pocos comunes en sus múltiples y diversas intervenciones en los debates del Congreso. Tenía una formación filosófica que alegaba era el resultado de su vocación por esa clase de estudios despertadas en su juventud.

Nunca ejerció como profesor, así lo señala en su famoso "Intermedio Filosófico", una de las dos conferencias que pronunciara en el Colegio Libre de Estudios Superiores el 15 de julio de 1937. Registramos en los archivos de la Facultad de Derecho de la UBA un legajo que se vincula a esa decisión de no acceder a un cargo académico que se le ofreciera. El legajo que instruye sobre cargos desempeñados en la Facultad a su nombre indica que el día 10 de mayo de 1924 se formula una Terna de Finanzas (por fallecimiento del Dr. Francisco J. Oliver, y el primer ternado es del Dr. Lisandro de la Torre, el 2º Dr. Alejandro Ruzo y el 3º Dr. Tristán M. Avellaneda. El 21 de mayo consta que a su pedido el Consejo Directivo, deja sin efecto la terna anterior. En el legajo consta una nota dirigida el día 14 de mayo de 1924, por el Dr. Lisandro de la Torre, al entonces Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales cuya relación me permito transcribir: "Ha llegado a mi conocimiento que el Consejo Directivo de la Facultad en su sesión del viernes pasado me ha hecho el grandísimo honor de colocar mi nombre como primero en la terna para la provisión de la cátedra de Finanzas. Impedimentos insalvables de orden puramente personal me obligan, a pesar mío, a solicitar que se deje sin efecto esa propuesta antes de elevarla al Consejo Superior de la Universidad. Había tomado esta resolución con anterioridad a las renunciaciones presentadas por los señores profesores suplentes y la noticia de ellas no ha influido para que la ratifique. Nunca habría autorizado, ni menos promovido trabajos en mi favor, contrarios al interés de los señores profesores suplentes, pero designado espontáneamente por el consejo directivo, sin consulta previa en rigor por unanimidad consideraba perfectamente mi aceptación. Y habría aceptado si no mediaran los impedimentos a que antes hago referencia. Ruego al Señor Decano quiera transmitir al Consejo Directivo las expresiones de mi sincera gratitud. Lo saludo muy atentamente. Lisandro de la Torre. Dicha nota fue elevada al Consejo Directivo con la firma del Decano el Dr. Castillo y el 21 de mayo de 1924. El propio Decano, deja constancia que el Consejo Directivo accedió al pedido del Dr. Lisandro de la Torre en que se deje sin efecto de incluir su nombre como primero en la terna de Finanzas.

En este sentido debemos recordar que desde su primera gestión en la Cámara de Diputados en el año 1913 el Dr. Lisandro de la Torre había demostrado una vasta versación en problemas monetarios en las exposiciones que desarrollara con singular agudeza y claridad. Temas que aún hoy son actuales, pues han sido y siguen siendo una constante en la problemática económica de la República Argentina por lo que serán abordados en el desarrollo de la investigación.

El propio Lisandro de la Torre suscribe un pensamiento liberal muy similar al de Oroño, y se incluye él mismo en lo que considera la tradición del liberalismo de los más preclaros gobiernos y de sus

²⁴ El político europeo era Georges Clemenceau quien visitó el país en 1910.

grandes estadistas. Así nos dice: “Una luminosa enumeración de nombres basta para demostrar ese rasgo que considera saliente en la historia argentina y entre ellos señala a Moreno, Rivadavia, Echeverría, Mitre, Alberdi, López, Sarmiento, Gutiérrez, Alsina, Roca, del Valle, Pellegrini, Alem, Saénz Peña y afirma: “ todos fueron liberales en sentido político y religioso” Y luego, con su pluma polémica, afirma: “Se necesitó caer bajo la bota de Rosas para que volvieran al país los jesuitas y se les entregara la enseñanza. La insignia de Loyola se dio la mano con la “mazorca”. En otra época oscura se ordenó desde la casa de gobierno el veto de una constitución de provincia porque establecía la neutralidad religiosa del Estado”²⁵ A pesar de esta enumeración vale acotar que su actuación política se diferencia sustancialmente de la actuación de algunas de las personalidades históricas citadas. Así como su actuación política y su pensamiento se diferencia de igual manera de algunas de sus amistades. Su lealtad a los amigos no le impedía discrepar severamente con las ideas que algunos de ellos sustentaban y en algunos casos ello estaba explícito en sus posiciones públicas.

El cauce de mi investigación futura se propone, como señalé, contrastar la hipótesis de que existe una línea similar de pensamiento entre Nicasio Oroño y Lisandro de la Torre, que responde a un liberalismo progresista que intenta conciliar las libertades negativas con las positivas, o en otros términos libertad e igualdad. Pienso que Lisandro de la Torre, por sus dotes personales y por su extensión como figura política durante casi cuatro decenios del Siglo XX es una figura que trasciende a Oroño en la evolución política y en la expresión de sus ideas. Si bien en sus orígenes en la militancia política - básicamente una vez egresado como abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1888 - se muestra cautivado por las figuras excepcionales de Leandro Alem y Aristóbulo del Valle, y en cierta medida en sus primeros pasos en la política se impregna, por influencia del primero, en una línea romántica, con rasgos populistas, que puede explicarse como consecuencia del fraude de la elite que gobernaba, su trayectoria posterior es singularmente distinta. Su obra como político y parlamentario, fundador de un partido con raíces en la provincia de Santa Fe, contenía un proyecto de nación en el cual primaba su idea sugerente de una *democracia evolutiva*, lo que hoy a la distancia podría llamarse una democracia deliberativa con contenido progresista. Explicar la frustración de su proyecto y de su pensamiento que culmina con su suicidio, supone también explicar las razones de la frustración continua de un país que carece de consenso político. El contrato social ausente entre seres racionales y razonables es lo que erosiona la Constitución y las instituciones al dar paso a que prosperen la corrupción política, los intereses sectoriales y los grupos de presión que anteponen sus intereses al bienestar general. De ahí la consecuencia que se sigue: la fatal erosión del funcionamiento del proceso de la razón pública que se manifiesta cuando el tono adversarial implícito en la política democrática, se transforma en una confrontación que sólo distingue entre amigos y enemigos y que sólo puede culminar con la destrucción o la eliminación del otro. El resultado está a la vista: la erosión misma del sistema democrático y republicano de gobierno y la disolución de una sociedad bien ordenada o decente.

²⁵ Cf. La Tradición del Liberalismo. Intermedio Filosófico. Ediciones Porteñas. Edic. 1992

La democracia evolutiva pensada por Lisandro de la Torre suponía un proceso hacia una sociedad abierta e igualitaria, proceso que debería superar errores que en muchas ocasiones el llamado “fiscal de la patria” también pudo haber cometido. Pero la naturaleza de su proyecto congeniaba con las ideas que de concretarse podrían haber proporcionado un curso distinto al desarrollo histórico de la nación, evitando así los procesos que confunden el pacto social constitucional con un sistema de dominación que revestido de cierta legitimidad institucional generan, sin embargo, graves injusticias de naturaleza social y económica. Quizás algunas nuevas hipótesis podrían formularse para analizar la actuación de los hombres públicos en la historia de las naciones, y en particular en el país de los argentinos. Quiénes con sus proyectos proponían asegurar libertades, igualdad y progreso sobre propuestas fundadas en la conciliación de lo racional y lo razonable. Quizás este análisis pueda caber, sin excluir a otros, en dos personajes de nuestra historia, hoy al parecer un poco olvidados, como son Nicasio Oroño y Lisandro de la Torre.

LA EXCEPCIONALIDAD DEL PENSAMIENTO DE KARL MARX ACERCA DEL DELITO Y LA POLÍTICA PENAL

Por Juan S. Pegoraro

RESUMEN

El autor pretende recoger algunas ideas de Marx con respecto al delito común y a la política penal: en diversas partes de su obra estas ideas si bien no fueron desarrolladas de manera sistemática, señalan una excepcional percepción de la relación entre el delito y el orden social en la sociedad capitalista; tales enfoques de Marx influyeron fuertemente en gran parte del pensamiento criminológico crítico florecido en los países desarrollados en la década de los 60s del siglo XX y extendido hacia autores de todos los continentes.

PALABRAS CLAVE

Marx – delito - criminología

THE EXCEPTIONAL THOUGHT OF KARL MARX ON CRIMINALITY AND CRIMINAL POLICY

By Juan S. Pegoraro

ABSTRACT

Although Marx didn't develop a methodical line of work on criminality and criminal policies, the author points out his exceptional understanding of the links between crime and social order. Many of his intuitions set the path for further developments in criminology, such as the Critical Criminology movement, born during the 60's in central countries, and later expanded to the rest of the world.

KEY WORDS

Marx - crime - criminology

LA EXCEPCIONALIDAD DEL PENSAMIENTO DE KARL MARX ACERCA DEL DELITO Y LA POLÍTICA PENAL

Por Juan S. Pegoraro[□]

El aparato restrictivo y las leyes del Estado –se pensaban útiles para mantener en paz la inquietud de las masas. Para nosotros, los guerreros y gobernantes somos los que garantizamos el orden en el Estado, somos los que dominamos el Estado. Vivimos según nuestras propias reglas, según las que nosotros mismos nos hemos dado, luego estas leyes estatales no se aplican en nuestro caso. *Norbert Elias*

El salvaje no puede percibir la Biblia del misionero; el pasajero no ve el mismo cordaje que los hombres de a bordo. Si viéramos realmente el universo, tal vez lo entenderíamos. *J.L. Borges, "There Are More Things"*

La preocupación de Marx centrada en analizar y develar el funcionamiento de la economía política en el capitalismo hizo que no desarrollara de manera expresa o circunstanciada el tema de las conductas delictivas y de la política punitiva hacia ellas no obstante que en toda su obra hay abundantes referencias a ellas; adelantamos que esta distinción conceptual entre conductas delictivas y política punitiva es un eje medular para un análisis que se separe de los enfoques simplistas y positivistas acerca del orden social supuestamente consensual. De tal manera es necesario considerar la compleja relación entre el orden social con ciertos delitos (y no con “el delito”) y con la política penal que protege el orden y lo reproduce; en esta línea sostenemos que Derecho Penal y Política Penal no están necesariamente ligadas o secuenciadas porque esta última es actuada como una tecnología política de gobierno que responde a la construcción, defensa y reproducción del orden social y por lo tanto no depende necesariamente del Derecho Penal. El Orden Social es un observable resultado de la acción de fuerzas sociales, intereses, necesidades, relaciones, ideas, climas culturales, imaginarios sociales, acuerdos, conflictos que expresan diversas conductas humanas conforme o no a la ley; ley y orden y más aún “Ley y Orden” es una consigna que debe considerarse en su funcionamiento y no en su enunciado retórico.

El orden social es sostenido y defendido aún por acciones que la ley puede considerar delictivas, violatorias del orden legal, pero que no las sanciona. Esta aparente paradoja de que ciertas conductas ilegales cuando son ejercidas por fuerzas sociales poderosas o simplemente por “los poderosos” sostienen el orden social es una obviedad con solo salir de la ilusión metafísica acerca de la “sociedad” o simplemente de las anteojeras que supone la existencia de un orden social basado en el respeto a la ley, justo y consensual.

□ FCS-IIGG-UBA

Dicho esto es pertinente recoger algunas ideas de Marx con respecto al delito común y a la política penal: en diversas partes de su obra estas ideas si bien no fueron desarrolladas de manera sistemática, señalan una excepcional percepción de la relación entre el delito y el orden social en la sociedad capitalista; tales enfoques de Marx influyeron fuertemente en gran parte del pensamiento criminológico crítico florecido en los países desarrollados en la década de los 60s del siglo XX y extendido hacia autores de todos los continentes.

En particular Karl Marx y Friedrich Engels distinguen el “derecho” de la “ley”; en *La Ideología Alemana* por ejemplo se burlan de aquellos que sostienen “el derecho es el espíritu de la sociedad” y develan que para los justificadores del orden social la confusión entre derecho y ley se les “escapa” al decir que “la voluntad del señor es ley” citando las palabras de Bruno Bauer: “*Los estados perduran mientras hay una voluntad soberana y esta voluntad soberana se considera equivalente a la propia voluntad. La voluntad del señor es ley*” (MARX y ENGELS, 1970: 385). Prefigurando muchas de las reflexiones de Nietzsche sobre el poder, Marx y Engels señalan la relación entre voluntad de dominio (de poder) y el derecho que se expresa como diría Hegel en la ley cuando dice: *Lo que en sí es derecho cuando es puesto en su existencia objetiva, esto es determinado por la conciencia mediante el pensamiento y conocido como lo que es derecho y tiene valor es la ley; y el derecho por medio de esta determinación es derecho positivo” o sea ley* (HEGEL, 1975: 213).

Así por ejemplo en *La Ideología Alemana*, Marx y Engels sostienen que la concepción del delito (común) -que predominaba en la época- está inextricablemente relacionada con la idea burguesa de que el derecho se basa en un consenso general de voluntades que se objetiva en la ley: *...El delito, es decir la lucha del individuo aislado contra las condiciones predominantes tampoco brota del libre arbitrio. Responde por el contrario a idénticas condiciones que aquella dominación. Los mismos visionarios que ven en el derecho y en la ley el imperio de una voluntad general dotada de propia existencia y sustantividad, pueden ver en el delito simplemente la infracción del derecho y de la ley* (MARX y ENGELS, 1970: 387/8). Por lo tanto para estos autores no se puede reducir un fenómeno social como el delito a una simple infracción de la normativa legal ya que ello deriva explicativamente en atribuir alguna irracionalidad o patología personal al autor; en estas explicaciones han participado las dos escuelas más importantes en el campo del sistema penal (BARATTA, 1984), como la Escuela Clásica y la Escuela Positiva. Como diría Foucault, la “sin razón del delito” requiere de ambas escuelas una explicación razonable ya que si el “contrato social” o el “orden social” es producto de la voluntad libre y razonada de los seres humanos, solo una irracionalidad o una patología puede atacarlo. De esto deriva la concepción del delincuente como un enemigo social¹, categoría en la que son también colocados, sugestivamente, aquellos que militan políticamente contra el orden social.

¹ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, 1762: “Todo malhechor que ataca el derecho social se convierte por sus fechorías en rebelde y traidor a la patria, deja de ser miembro de ésta al violar sus leyes e incluso le hace la guerra. Como la conservación de Estado es entonces incompatible con la suya, es preciso que uno de los dos perezca y cuando se hace morir al culpable se le da muerte menos como ciudadano que como enemigo. Los procesos y el juicio son las pruebas y la declaración de que él ha roto el tratado social y por consecuencia ya no es miembro del Estado. Ahora bien, puesto que se reconocía como tal, al menos por su residencia, debe apartárselo mediante el exilio en cuenta infractor del pacto o por la muerte como enemigo público pues un enemigo semejante no es una

La distinción (o confusión) entre derecho y ley es presentada por Marx y Engels en su polémica con Max Stirner (a quién llama peyorativamente Sancho): *Debemos revelar aquí al lector un gran misterio de nuestro santo hombre a saber: que comienza todo su estudio sobre el derecho con una explicación general del derecho que se le 'escapa' al hablar del derecho y a la que solo vuelve cuando se pone a hablar de algo completamente distinto: de la ley* (MARX y ENGELS, 1970: 385).

Entonces, Marx y Engels citan que Max Stirner presenta este esquema: la voluntad de dominio de la sociedad=derecho; la voluntad de dominio= ley; derecho=ley. Por ello para Stirner, *"Lo ajustado a la ley es la fuente de conocimiento de lo que es justo o, mas exactamente de lo que es legítimo"* (MARX y ENGELS, 1970: 385).

Seguidamente en la misma obra Marx y Engels sostienen: *En la historia real, los teóricos que consideraban el poder como el fundamento del derecho se hallaban en oposición directa frente a los que veían la base del derecho en la voluntad... Si se ve en el poder el fundamento del derecho, como hacen Hobbes, etc., tendremos que el derecho, la ley, etc., son solamente el signo, la manifestación de otras relaciones sobre las que descansa el poder del Estado* (MARX y ENGELS, 1970: 386). Reparemos en la radicalidad de esta idea que cuestiona las concepciones más universales sobre el derecho, como así también la ley y el delito. Y siguen diciendo: *...La vida material de los individuos que en modo alguno depende de su simple <voluntad>, su modo de producción y la forma del intercambio, que se condicionan mutuamente, constituyen la base real del Estado... Y estas relaciones reales, lejos de ser creadas por el poder del Estado, Uson, por el contrario, el poder creador de él²* (MARX y ENGELS, 1970: 386). La contundente obviedad de esta argumentación, de que el poder crea el derecho, mejor dicho la ley, ha sido desconocido o negado por gran parte de la filosofía jurídica que sigue apostando a la metafísica idealista. Y sigue Marx: Los individuos que dominan bajo estas relaciones, tienen independientemente de que su poder deba constituirse como Estado, que dar necesariamente a su voluntad, condicionada por dichas determinadas relaciones, una expresión general como voluntad del Estado, como ley, expresión cuyo contenido está dado siempre por las relaciones de esta clase, como con la mayor claridad demuestran el derecho privado y el derecho penal (MARX y ENGELS, 1970: 386/7).

Años después, en 1859, Marx retoma en un artículo publicado en el New York Daily Tribune una idea que ya esbozara acerca de que la Política penal es un instrumento del poder con capacidad tanto de castigar como de crear delitos: *... Las violaciones de la ley son, en general, consecuencia de causas económicas que escapan al control del legislador pero, como lo demuestra la aplicación de la ley sobre delincuentes juveniles, en cierto grado depende de la sociedad oficial que determinadas violaciones de sus normas sean calificadas de delitos o simplemente transgresiones. Esta diferencia de nomenclatura lejos de ser indiferente, decide el destino de miles de hombres y determina el clima moral de la sociedad. La ley puede no solo castigar delitos sino también inventarlos* (TAYLOR, et. al., 1977). Como veremos más adelante Marx anticipó esta idea unos años antes al analizar el debate en la Dieta Renana sobre el "robo" de leña.

persona mora, es u un hombre y el derecho de la guerra impone a la sazón mar al vencido" (citado en FOUCAULT, 2006: 65).

² Subrayado propio.

Es de señalar que recién a principios de los años 60 del siglo XX esta idea de Marx fue recogida por sociólogos enrolados en la corriente del Interaccionismo Simbólico como Edward Lemert, Irving Goffman o Howard Becker entre otros para analizar la “desviación social”, distinguiendo el “transgresor” del “desviado”; como vimos, Marx alerta sobre los efectos diferentes sobre “el destino de miles de hombres” de considerarlos delincuentes o simples transgresores y que precisamente el Interaccionismo ciento cincuenta años después colocó bajo análisis. Howard Becker, por ejemplo, sostuvo en sus trabajos que “el desviado” era aquel a quién “la reacción de la sociedad” había “aplicado con éxito” la etiqueta de “desviado” (BECKER, 1973) y abriendo así un ancho campo de reflexión criminológica acerca de la *selectividad* de la política penal como *reacción social* y en especial sus dos caras: la tolerancia y la represión.

Asimismo esta corriente “interaccionista” abrió el camino para analizar el funcionamiento y los efectos que producían estas instituciones de control social, que se habían desarrollado en especial en EE.UU en las décadas posteriores a la Gran Depresión con fuertes inversiones del gobierno del Welfare State. El contexto social y cultural, en especial luego de la 2da. Guerra Mundial, era de esperanza en crear una sociedad menos desigual y para ello los niveles de producción y satisfacción de las demandas parecían estar al alcance de los necesitados sociales. Por ello surgieron propuestas de que la educación, los servicios de salud, las políticas sociales y asistenciales debían compatibilizarse también con las instituciones que trataban con excluidos sociales y en particular dos instituciones paradigmáticas, el manicomio y la cárcel. En este clima cultural aparece el libro de Irving Goffman, *Internados* (GOFFMAN, 1970) que pone el foco de su análisis sobre las “*Instituciones totales*” realizando un crítica demoledora de la realidad de tales instituciones que fueron la bandera del Welfare State.

Se trata así en gran medida de un cambio de paradigma en el análisis del “problema del delito” ya que más que tratar las “causas” de ellos o de la delincuencia, de “el paso al acto”, tratará de los efectos o estigmas que producen las instituciones de secuestro -como la cárcel o los manicomios o los internados- y por lo tanto sienta las bases de una impugnación a la supuesta capacidad rehabilitadora de tales instituciones y la función preventiva que cumpliría el sistema de exclusión y de castigos. Todas estas instituciones se caracterizan dice Goffman *por la tendencia absorbente o totalizadora que está simbolizada por los obstáculos que se oponen a la interacción social con el exterior y al éxodo de los miembros y que suelen adquirir formas materiales: puertas cerradas, altos muros, alambres de púas, acantilados, ríos, bosques o pantanos* (GOFFMAN, 1970: 12).

Pero su contribución mayor fue develar que tales instituciones tienen una lógica de funcionamiento contradictorio con sus postulados; por ejemplo cuando sostiene que *las interacciones en un régimen de libertad se identifican con la individualidad, con la autonomía, con la diversidad, mientras que en un régimen de represión y cautiverio adquieren formas de homogeneidad, de heteronomía, de pérdida de la identidad* (GOFFMAN, 1970). El trabajo de Goffman “Internados” desplaza el análisis sobre el interno y lo dirige hacia la institución que lo “secuestra”, institución total que tiene como objetivo modificar la personalidad de los internos utilizando para ello diversos medios entre los que se cuenta la jerarquización, el autoritarismo, la dependencia del exterior o de la institución. Tal institución crea en los internos una cotidiana sensación de

inseguridad (dependencia y no autonomía) que es propia de la naturaleza del funcionamiento de la institución, dice Goffman, y que se ejemplifica en la obligatoriedad del abandono de las pertenencias individuales, y como contrapartida la uniformidad de la ropa, las inspecciones, requisas, vejaciones, arbitrariedades, la pérdida de la privacidad y con ello el deterioro de la identidad personal.

La influencia del pensamiento de Marx sobre la corriente sociológica del Interaccionismo logró que se rompiera con la naturalización del delito o la desviación para sostener que son las formas de dominación las que se expresan en tales definiciones, que la “desviación” no es una propiedad del acto sino un rótulo o etiqueta que se aplica(ba) bajo la hegemonía —en esa época— de las políticas del Welfare State a ciertos individuos considerados desviados en las que se incluyeron diversas formas de la vagancia, el alcoholismo, músicos de la noche, la prostitución, los adictos a diversos juegos de suerte, las apuestas clandestinas, las topless, el consumo de marihuana, la homosexualidad, los homeless y al fin pero no al final, el activismo político, en particular el protagonizado por sindicalistas; claro que en la actualidad, luego de casi tres décadas de políticas neoliberales los “desviados” son otros (PEGORARO, 2006).

Es cierto que el enfoque interaccionista en esta materia omite señalar como determinantes para definir las “conductas desviadas” incluida el delito, las relaciones existentes entre las agencias de control social y la estructura social. En la estructura social está la clave de las relaciones de poder y autoridad con capacidad de “etiquetar” ya que de lo contrario supondría que la persecución de determinadas conductas o determinadas personificaciones sociales queda sujeta al azar o a la contingencia y no el producto de una política, de una cierta “tecnología de poder” como diría Michel Foucault.

Pero también el “clima intelectual” que producía el orden que imponía la ideología burguesa con su utilitarismo productivista de mediados del siglo XIX no fue ajeno al pensamiento de Marx que consideró que el delito (el delito común) estaba concentrado en “lumpen-proletariado” (TAYLOR, et. al., 1977) formado por individuos no integrados al proceso productivo y que además victimizaban a los asalariados. Como dice Paul Q. Hirst, *El ladrón en la sociedad capitalista se apropia de productos materiales y de medios de cambio; en el acto del hurto no produce mercancías, ni servicios, ni ejerce el comercio ni la especulación financiera. En consecuencia no es un trabajador productivo ni improductivo, ni es tampoco un capitalista; por el contrario es estrictamente un parásito del trabajo y de la riqueza de la sociedad* (HIRST, 1981: 280). Si bien podemos acordar en líneas generales con este planteo señalamos que Hirst se refiere solo al delito común porque otro tipo de delitos como el “delito económico organizado” participa del proceso productivo ya que dentro de la actividad empresarial las fronteras entre los actos legales y los ilegales, entre la economía legal y la ilegal es imprecisa y hasta se prueba empíricamente con la información acumulada en los “Foyer” que existe una “necesaria” complementariedad.

En suma la hipótesis que siempre está presente en estas reflexiones es que la política penal no está guiada por el derecho o la moral sino por la preservación del orden social, ajeno a todo orden moral; en la realidad lo observable es la subordinación de la política penal a los problemas que supone el ejercicio del poder, la gobernabilidad y por lo tanto la preservación y reproducción del orden social

Al referirse a la “gubernamentalidad” como el faro que ilumina (y teleologiza) la gestión del gobierno del Estado, Michel Foucault sostiene que el problema del gobierno como problema general se presenta recién en el siglo XVI como el gobierno del Estado por el Príncipe y con desafíos nuevos: *...cómo gobernarse a uno mismo, cómo ser gobernado, cómo gobernar a otros, por quién el pueblo aceptará ser gobernado, cómo convertirse en el mejor gobernante posible*” (FOUCAULT, 2006: 110) preguntas éstas que requieren una contraparte: *¿cómo ser gobernado, por quién, hasta qué punto, con qué fines, mediante qué métodos?* (FOUCAULT, 2006: 111). Estas son preguntas que trascienden la división tradicional entre lo público y lo privado y Foucault cuando se refiere al arte de gobernar lo extiende mas allá del Estado, hacia las múltiples relaciones de poder y dominación que contraen los individuos y a su comportamiento “privado” y en este sentido debe interpretarse su énfasis en la “microfísica del poder”.

Como decíamos, Marx en la *Historia Crítica de la Plusvalía* se refiere a la “productividad” de un sin número de profesiones consideradas como “esencialmente productivas” e incluye irónicamente también a las actividades delictivas; es necesario tener en cuenta en este caso que Marx tiene en mente solo al delincuente predador y no a otras actividades delictivas que como veremos no sólo son “productivas” en el sentido marxista del concepto, sino funcionales al orden social³. Dice Marx : *un filósofo produce ideas, un poeta poemas, un sacerdote sermones, un profesor compendios, etc. Un criminal produce delitos. Si miramos más de cerca la vinculación entre esta última rama de la producción y la sociedad en su conjunto, nos liberaremos de muchos prejuicios. El criminal no solo produce delitos, sino también la legislación en lo criminal, y con ello al mismo tiempo, al profesor que diserta acerca de la legislación, y además de esto el inevitable compendio en el cual el mismo profesor lanza sus disertaciones al mercado general como “mercancías”. Esto trae aparejado el aumento de la riqueza nacional, muy aparte del disfrute personal que —como nos lo dice un testigo competente, Herr Profesor Roscher- el manuscrito del compendio otorga a quién le dio origen. Es mas, el criminal produce todo el conjunto de la policía y la justicia criminal, los alguaciles, jueces, verdugos, jurados, etc. Y todos estos distintos ramos de negocios que constituyen a la vez muchas categorías de la división social del trabajo, desarrollan distintas capacidades del espíritu humano, crean nuevas necesidades y nuevas maneras de satisfacerlas. La tortura, por si sola engendró los más ingeniosos inventos mecánicos y empleó a muchos honrados artesanos en la producción de sus instrumentos. El criminal produce una impresión en parte moral y en parte trágica, según sea el caso y de esta manera presta “servicios” al despertar los sentimientos morales y estéticos del público. No solo produce compendios sobre Legislación en lo Criminal, no solo códigos penales y junto con ellos legisladores en ese terreno, sino también bellas artes, bellas letras, novelas e inclusive tragedias, y no solo *Schuld* de Müllner y *el Ráuber* de Schiller, sino también *Edipo* de Sófocles y *Ricardo III* de Shakespeare. El delincuente rompe la monotonía y la seguridad cotidiana de la vida burguesa. De esta manera le impide estancarse y engendra esa inquieta tensión y agilidad sin las cuales hasta el acicate de la competencia se embotaría. De tal manera estimula las fuerzas productivas. En tanto que el crimen aparta a una porción de la población superflua del mercado de trabajo, y de tal manera reduce la competencia entre los trabajadores —con lo cual hasta cierto punto impide que los salarios descendan por debajo del mínimo- la lucha contra el delito absorbe a otra parte de la población. De tal manera el criminal*

³ Me refiero al Delito Económico Organizado (DEO); ver por ej. PEGORARO, 2002.

aparece como uno de esos contrapesos naturales que provocan un correcto equilibrio y abren toda una perspectiva de ocupaciones "útiles" (MARX, 1974: 327/8).

Y sigue diciendo Marx con su manera irónica y burlona: *Se pueden mostrar en detalle los efectos del criminal sobre el desarrollo de la capacidad productiva. ¿Las cerraduras hubiesen llegado alguna vez a su actual grado de excelencia, sino no hubiesen existido ladrones? ¿La fabricación de billetes de banco habría llegado a su perfección actual sino hubiese habido falsificadores? ¿El microscopio se había abierto paso en la esfera del comercio común (véase Babbage) a no ser por los fraudes comerciales? ¿Acaso la química práctica no debe tanto a la adulteración de las mercancías y a los esfuerzos por descubrirla, como el honesto celo por la producción? El crimen, gracias a sus métodos constantemente renovados de ataque contra la propiedad, procrea constantemente nuevos métodos de defensa con lo cual es tan productivo como las buegas contra la invención de las máquinas. Si se abandona la esfera del delito privado: ¿habría nacido alguna vez el mercado mundial a no ser por el crimen nacional? En verdad, ¿habrían surgido siquiera las naciones? ¿Y acaso el Árbol del Pecado, no fue al mismo tiempo el Árbol del saber desde la época de Adán?.* (MARX, 1974: 329).

Estos pasajes de Marx, uno de los pocos referidos al delito en toda su obra debe considerarse no sólo como irónica y satírica cuando describe la "funcionalidad" del delito que "estimula las fuerzas productivas" sino también en el marco de la discusión acerca del trabajo productivo y el trabajo improductivo presente en la "ciencia económica"; en efecto para Marx "trabajo productivo" debe ser contextualizado dentro de un particular modo de producción, y en el capitalismo este concepto está necesariamente referido a aquel trabajo que crea plusvalor y que por lo tanto es apropiado de manera diferencial. El sistema de producción capitalista le impone su sello, una particular naturaleza al trabajo productivo (recordemos cuando en el Prólogo de 1857 Marx dice acerca de *una pátina que tiñe con su color particular todas las relaciones sociales*) y por lo tanto el trabajo productivo nada tiene que ver con el contenido determinado del trabajo, con su utilidad especial, con su valor de uso y aún con su valor de cambio sino con la producción de plusvalor: *Una cantante que vende su canción por su propia cuenta es una trabajadora improductiva. Pero la misma cantante a quién un empresario contrata para que cante con el fin de ganar dinero para él es una trabajadora productiva pues produce capital* (MARX, 1977a).

Si bien toda la obra de Marx está dedicada a su crítica al capitalismo, las referencias a la política penal se centran en sus formas más extremadamente represivas como la "sanguinaria" que se desató en el siglo XVI y XVII sobre los vagabundos producidos por la expropiación de los productores libres por medio de la "acumulación originaria" (MARX, 1976).

Pero por otra parte y de manera temprana había advertido un par de cuestiones fundamentales: una de ellas es la idea que es la ley la que instituye el delito, y no como se entiende vulgarmente que ella es la respuesta a una conducta reprobable. Por ejemplo en sus escritos de juventud, en el año 1842 aborda y comenta la sesión del Parlamento Renano en "*Debates sobre la ley castigando los robos de leñas*" (MARX, 1982) que decide calificar como robo y sujeto a penalización de cárcel el hecho de recoger ramas de árbol o leña seca sometiendo así a esa calificación un derecho de los pobres, si bien de carácter tradicional o consuetudinario, de recoger esas ramas; un derecho basado en las antiguas costumbres comunales y también en el carácter de ciertas relaciones sociales tradicionales, patriarcales o paternales como las

denomina Edward P. Thompson (1995) que permitían sobrevivir a esos sectores sociales populares. Thompson sostiene que esas prácticas eran la contraparte de la sumisión de los campesinos e invocaban las relaciones paternas que reclamaban a los señores. Ese derecho consuetudinario de los pobres era así el producto de relaciones paternas que suponían obligaciones también para los señores.

Volviendo a esos “derechos” campesinos y a sus reclamos analizados por Thompson en “El delito de Anonimato” (THOMPSON, 1984), esos derechos cuando eran denegados asumían formas de violencia delictual, delictual en cuanto así eran considerados por los poderosos ya cada vez más involucrados en relaciones sociales que viraban hacia el mercado y menos hacia el mantenimiento de las tradicionales o feudales. Y así Foucault (1976) se refiere a la “crisis de los ilegalismos populares”, un proceso que se consolida a finales del siglo XVIII en cuanto esos “ilegalismos” (formas de sobrevivencia popular) ya no serían tolerados y que se manifiesta en una nueva política penal; crisis de tales ilegalismos que se produce con el advenimiento de la sociedad burguesa que extiende el carácter mercantil y la naturalización del individuo posesivo (MACPHERSON, 2005) y del mercado autorregulador (POLANYI, 1992) a diversas actividades y bienes destruyendo relaciones y costumbres tradicionales basadas en la necesidad y en la sobrevivencia⁴. El “gran cambio” como lo denomina Karl Polanyi es precisamente el paso de un mercado regulado por la sociedad tradicional, por relaciones paternas a un mercado autorregulado por las fuerzas sociales dominante en él, y por lo tanto regulador de la sociedad en el marco de un nuevo orden social. Para esto se necesitaba también de nuevas formas de política económica y su transformación de manera amplia tanto horizontal como vertical con la inclusión en los mecanismos de mercado de bienes tales como el trabajo, la tierra y el dinero y del “vigilar y castigar”. Pero ya no se trata de una vigilancia moral y religiosa y de castigos públicos, se trata de la disciplina, en especial en el proceso de trabajo y de las penas para corregir las “desviaciones” de ella.

Marx al considerar la discusión del Parlamento Renano ejemplifica esa crisis de los ilegalismos populares al poner de manifiesto que también la recolección de frutos salvajes eran tolerados por los propietarios y formaban parte del derecho consuetudinario hasta que los diputados de tal Parlamento que representaban a la nobleza terrateniente sostienen que (MARX, 1982: 258) *los frutos silvestres de los bosques son ya un artículo comercial y se envían en barricas a Holanda*. Ante ésta nueva situación y en defensa del derecho de propiedad las conductas de los recolectores debía ser castigada como un robo. Sigue Marx: *Lo que quiere decir que hay ya un sitio en que las cosas han ido tan lejos como para convertir un derecho consuetudinario de los pobres en un monopolio de los ricos. Se aporta con ello una prueba concluyente de cómo es posible monopolizar un bien colectivo; de donde se desprende por sí misma la necesidad de la monopolización; la necesidad del objeto reclama el monopolio desde el momento en que el interés de la propiedad privada ha descubierto esta posibilidad*. Vemos aquí la distinción entre derecho y ley a la que hicieramos referencia en párrafos anteriores.

⁴ “Nada podría haber sido mas claro para generaciones posteriores que la mutua incompatibilidad de instituciones tales como el sistema de salarios y el “derecho de vivir” o en otras palabras, que la imposibilidad de un orden capitalista en funciones mientras los jornales contaran con subsidios de los fondos públicos” (POLANYI, 1992: 122) “La reforma a la ley de pobres de 1834 eliminó esta obstrucción del mercado de trabajo: el derecho a vivir fue abolido” (POLANYI, 1992: 123).

El análisis de Marx se centra en la tensión entre los intereses de los ciudadanos-propietarios y los ciudadanos-no propietarios y la política de la institución-Estado en la defensa de los primeros. Se confunde así, dice, a dos “personas”: el propietario de bosques (el hombre real) se transforma por momentos en legislador (el Estado). Dice Marx: *¿y que necia y absurda ilusión es esa de pretender que un juez sea imparcial, cuando no lo es el legislador?, ¿De qué sirve un fallo altruista donde la ley es egoísta? El juez tiene que limitarse a formular de un modo puritano el egoísmo de la ley aplicándolo sin miramiento alguno. La imparcialidad es sólo la forma, nunca el contenido del fallo. El contenido lo anticipa la ley*” (MARX, 1982: 281). Esta aguda mirada de Marx que invoca como justo el derecho consuetudinario, el derecho de los pobres, marca un punto de ruptura que considera a la necesidad de subsistencia como *el derecho*, con la idea de que la ley debería ser la expresión del derecho justo y éste debería fundamentar el accionar estatal; pero desde Hobbes hasta ahora, el poder reivindica que solo la ley es el derecho porque esta emana del poder y no de la justicia.

Por otra parte no parece que Marx le atribuya a las conductas ilegales un carácter de resistencia o de alternativa a la decisión de los propietarios de bosques; no ve en la recolección de ramas o frutos silvestres un rasgo de oposición que evidenciaría una posición moral de los recolectores y por lo tanto “un significado” de tales actos como expresión de una conciencia alternativa. Es interesante al respecto la visión de Foucault sobre estos “ilegalismos” (FOUCAULT, 1976: 85) al considerar las causas y efectos de la reforma en la política penal a finales del siglo XVIII. Considera, este autor, que el nuevo orden social del mercado estaba produciendo una crisis general de los ilegalismos populares, tolerados, de aquellos ilegalismos que atacaban el derecho de propiedad de los señores aunque fueran expresiones de “bagatella” como recoger frutos o ramas de leña o el barbecho de la cosecha: eran una violación al derecho de propiedad de los señores aunque éstos hubieran sido consentidos en función de ese paternalismo que señalaba E. P. Thompson. Pero el nuevo orden social produjo otro tipo de ilegalismos porque esos bienes se habían transformado en *mercancías* para sus propietarios en función del mercado y como decían los representantes de la nobleza en el Parlamento Renano *los frutos silvestres eran exportados a Holanda !!!* y, por lo tanto ya no se podía permitir que lo recogieran otras personas que no fueran los propietarios. En suma aquellos “ilegalismos de derechos” estaban ligados a las condiciones de existencia de las clases bajas pero al cambiar la naturaleza de tales bienes la burguesía necesitaba preservarle la naturaleza mercantil que habían adquirido e invocaban el derecho penal para castigar conductas que por la voluntad del legislador (y esto es el señalamiento que hace Marx) se habían convertido en delitos; es obvio que Marx no compartía la idea de la existencia de “delitos naturales” que estaba en boga en pleno auge del pensamiento criminológico positivista.

Entonces, puede decirse que su artículo, “Debates sobre la ley castigando los robos de leña” colocó el tema del dictado de leyes y sus beneficiarios como uno de los aspectos en los que se expresa la desigualdad real de los ciudadanos en cuanto sus condiciones sociales (propietario o no propietario) son más importantes que la de ser un ciudadano supuestamente igual a otro ante la ley. La apropiación de leña ajena por parte de los pobres fue considerado un delito, por encima de derechos consuetudinarios y viejas tradiciones fundadas en cuestiones de sobrevivencia no mercantil de los ciudadanos socialmente desamparados y beneficiando a los ciudadanos-propietarios de bosques. Con el advenimiento de la

sociedad burguesa se produce *la emancipación de la propiedad privada con respecto a la comunidad, el Estado cobra una existencia especial junto a la sociedad civil y al margen de ella...la independencia del Estado solo se da hoy día en aquellos países en que los estamentos aún no se han desarrollado totalmente hasta convertirse en clases...el Estado solo existe en función de la propiedad privada, lo que a fuerza de repetirse, se ha incorporado ya a la conciencia habitual*. Marx sigue diciendo : *Como el Estado es la forma bajo la que los individuos de una clase dominante hacen valer sus intereses comunes y en la que se condensa toda la sociedad civil de una época, se sigue de aquí que todas las instituciones comunes tienen como intermediario al Estado y adquieren a través de él una forma política. De ahí la ilusión de que la ley se basa en la voluntad y, además, en la voluntad desgajada de su base real, en la voluntad libre. Y del mismo modo, se reduce el derecho a su vez a la ley* (MARX, 1970: 72).

Otra cuestión fundamental que advirtiera Marx es que el Estado en la sociedad burguesa padece el asedio de los intereses privados porque los vínculos que establecen los hombres en la vida burguesa, son sus vínculos reales; por eso el Estado *se halla mantenido en cohesión por la vida burguesa* (MARX, 1967: 187). Y al analizar la declaración de los Derechos del hombre y el ciudadano y la retórica defensa de Robespierre y Saint Just que apelaban al modelo de la justicia y la virtud, del “pueblo libre” en la Roma republicana (por otra parte sin considerar la existencia en ella de la esclavitud) Marx decía: *La colosal idea de Robespierre y Saint Just de formar un “pueblo libre” que sólo viva atenido a las reglas de la justicia y la virtud... sólo pudo sostenerse durante algún tiempo por medio del terror y era una contradicción con la cual reaccionaron ... los elementos de la entidad pueblo* (MARX, 1967: 187/8). Así también señalaba que lo que mantiene en cohesión a los miembros de la sociedad burguesa es el interés individual (el egoísmo) y sus relaciones económicas e industriales y no el vínculo político, aquel que invoca la justicia y la virtud⁵. *La esencia del estado moderno tiene como base el desarrollo sin trabas de la sociedad burguesa, el libre juego de los intereses privados* (MARX, 1967: 190) y por lo tanto la justicia y la virtud eran conceptos abstractos en el comportamiento del hombre real en la sociedad moderna. Al referirse al progresivo reemplazo de la propiedad común por la privada moderna, Marx advierte que el Estado moderno es *paulatinamente comprado, en rigor, por los propietarios privados y entregado completamente a éstos por el sistema de la deuda pública y cuya existencia, como revela el alza y la baja de los valores del Estado en la Bolsa, depende enteramente del crédito comercial que le conceden los propietarios privados, los burgueses* (MARX, 1968: 71). Como vemos, la relación entre los intereses privados y el Estado está en la base de las reflexiones de Marx sobre la real naturaleza del orden social y que el derecho lejos de iluminar tal orden social lo opaca por medio de la “majestad de la ley”.

En el famoso cap. XXIV del *El Capital* destinado al análisis de la “acumulación originaria”⁶ Marx no ahorra críticas y calificativos: *Hemos visto cómo el dinero se transforma en capital; cómo mediante el capital se produce plusvalor y del plusvalor se obtiene más capital. Con todo, la acumulación del capital presupone el plusvalor, el plusvalor la producción capitalista, y ésta la preexistencia de masas de capital relativamente grandes en manos de los productores de mercancías. Todo el proceso, pues, parece suponer una acumulación “originaria” previa a la acumulación*

⁵ Emile Durkheim sostendrá tiempo después que lo que cohesionaba a la sociedad moderna es “la conciencia moral colectiva”, concepto que ha impregnado a casi todo el pensamiento sociológico.

capitalista ("previous accumulation" como la llama Adam Smith), una acumulación que no es el resultado del modo de producción capitalista, sino su punto de partida. ... En la historia real el gran papel lo desempeñan, como es sabido la conquista, el saqueo, el homicidio motivado por el robo: en una palabra, la violencia (MARX, 1975: 891-2).

En este capítulo Marx no sólo devela la forma real en que se produce la acumulación originaria y el papel que en ella ejercen la violencia y el delito, sino que recorre diversos aspectos de la realidad como el despojo de la tierra a sus pobladores y la consiguiente legislación sanguinaria, así como la política colonial de países como España, Portugal, Holanda, Francia e Inglaterra por medio del robo y secuestro de hombres para ser vendidos como esclavos. Este proceso "delictivo" es el punto de partida, el presupuesto y génesis del capitalismo manufacturero-industrial y de la llamada sociedad moderna a punto tal que la "acumulación originaria" ha sido el presupuesto de la Revolución Industrial (HOBBSBAWN, 1976) y no su resultado. Esta masiva y generalizada política de violencia, robo, incendios, secuestro de personas realizado por las potencias europeas en los territorios africanos, asiáticos y americanos no fue producto de desviaciones psicológicas o patológica de algunos aventureros sino producto de una organizada y compleja actividad que requería de manera relacional de políticos, comerciantes, empresarios, funcionarios, militares, aventureros, profesionales diversos, sacerdotes, diplomáticos, capitanes de barcos y marineros, hombres y mujeres comunes que en un gradiente de participación directa o indirecta respondieron a una estrategia de enriquecimiento privado y vinculándose secretamente⁷ con funcionarios públicos y con impunidad e inmunidad social. En suma lo más parecido a las características de lo que definimos y analizamos en otra parte como Delito Económico Organizado (DEO).

La importancia de estos tipos de delitos en el proceso constitutivo de la sociedad real, en su permanente y continuo desarrollo hasta la actualidad ha sido escasamente considerada de esta manera por la teoría sociológica: se considera el delito y las conductas "desviadas" desde el orden social y el control social y esto es ya toda una definición ideológica. Así el tema del delito y de las desviaciones sociales aparecen solo con referencia a la ley o a la "normalidad" y en especial desde finales del siglo XIX y XX la cuestión delictiva se fue individualizando, psicologizando y patologizando (COHEN, 1985), restándole todo significado que no sea una violación a la majestad de la ley y siempre referido al delito común o en su caso al "crimen organizado".

Por lo tanto esos "ilegalismos populares" que respondían a los efectos del nuevo orden y las relaciones de mercado fueron paulatinamente reducidos a su definición de delitos, por el orden jurídico-legal y de tal manera se fue ignorando o perdiendo el sentido político que tenía en el Siglo XIX

Recordemos que F. Engels en "*La situación de la clase obrera en Inglaterra*", decía que la primera forma de revuelta del proletariado moderno contra la gran industria era la criminalidad. Y en esta pérdida del sentido político que aparece en determinadas épocas o en determinados actos delictivos la intelectualidad ha jugado un importante papel al adscribirse a la idea del progreso evolutivo y el optimismo en una

⁶ Recordemos que Marx se burla de considerar la transformación del dinero en capital con la imagen del pecado original: *El Capital*, cap. XXIV.

sociedad ordenada apegada a la Ley más que al derecho. Sorprende un tanto que Engels en la misma obra sostuviera la idea que el delito expresaría una forma de desmoralización de los trabajadores, desmoralización a la que culpa al capitalismo que hace surgir el espectro del desorden y la violencia. La distinción o significación subjetiva para el actor de conductas consideradas ilegales sigue siendo de difícil acceso para la “ciencia criminológica”⁸ que solo las reduce a un encuadre jurídico legal y por lo tanto a la violación de la ley.

Como vimos el pensamiento de Marx sobre la función y el lazo social que genera el delito está muy presente en el capítulo XXIV de *El Capital* referido a la “acumulación originaria” cuando considera el funcionamiento del sistema colonial; en referencia a Holanda, (la nación capitalista modelo del siglo XVII) dice, que “*expone ante nuestros ojos un cuadro insuperable de traiciones, sobornos, asesinatos e infamias*”; luego, citando a Thomas Stanford Raffles que escribió “The history of Java” transcribe “*nada mas característico que su sistema de robo de hombres aplicado en Célebes para explotarlos como esclavos en Java. Se adiestraba con ese objetivo a los ladrones de hombres. El ladrón, el intérprete y el vendedor eran los principales agentes de este negocio; príncipes nativos, los principales vendedores. Se mantenía escondidos en prisiones secretas de Célebes a los jóvenes secuestrados, hasta, suficientemente maduros, se los pudiera despachar en barcos de esclavos*” (MARX, 1975: 940). En un párrafo anterior Marx señalaba que “*La violencia es la partera de toda sociedad vieja preñada de una nueva: ella misma es una potencia económica*”. El acontecer histórico no deja dudas que la violencia social es una potencia económica, ya sea el esclavismo, el colonialismo o el mismo capitalismo.

Paralelamente hay tanto en Marx como en Engels un rechazo moral y político al delincuente; por ejemplo en el Manifiesto Comunista, dicen: *El lumpenproletariado, ese producto pasivo de la putrefacción de las capas mas bajas de la vieja sociedad, puede a veces ser arrastrado al movimiento por una revolución proletaria; sin embargo en virtud de todas sus condiciones de vida está mas bien dispuesto a venderse a la reacción para servir a sus maniobras* (MARX y ENGELS, 1848). No se trata solo de una cuestión moral sino que el concepto de lumpen- proletariado está enmarcado en Marx y Engels en una concepción de lo que debe ser un ser humano por una parte productivista (ese “producto pasivo”, le llaman a tal sector) y por otro en la amenazante masa de maniobra (como lo fuera la “Sociedad 10 de diciembre” de Luis Bonaparte) al servicio de los sectores reaccionarios y antiobreros. No se trata por lo tanto de una expresión de Marx y Engels anclada en un moralismo burgués sino de una concepción política sobre ese sector social, concepción cuya teleología estaba impregnada por lo que debía ser la lucha revolucionaria del proletariado por el socialismo.

Asimismo, Engels en el prefacio de 1874 a *Las Guerras Campesinas en Alemania* vuelve a referirse al tema: *El lumpen proletariado, esa escoria integrada por los elementos desmoralizados de todas las capas sociales y concentrado principalmente en las grandes ciudades, es el peor de los aliados posibles (del proletariado, nota del autor). Ese desecho es absolutamente venal y de lo más molesto... Todo líder obrero que utiliza a elementos del lumpen-proletariado para*

⁷ La cuestión del “secreto” en el delito económico organizado (DEO), y en especial en la corrupción de funcionarios públicos caracteriza este delito. Ver al respecto Della Porta, 1992.

⁸ Ver al respecto los trabajos la corriente “culturalista del delito” y autores como Jack Katz,(1988) *Seducción of Crime*, Hayward, K. y Young, J. (2005). Cultural criminology: Some notes on the scripts. *Theoretical Criminology*, 8 (3),

su guardia personal y que se apoya en ellos demuestra por ese solo hecho que es un traidor al movimiento (ENGELS, 1963: 12) Ni que decir si Engels o el mismo Marx hubieran asistido a la presencia de muchos líderes sindicales del siglo XX tanto en los países desarrollados como en los del llamado “tercer mundo” que han participado y participan de lazos sociales con las elites empresariales-gubernamentales por sus relaciones económicas y prebendarias. En este sentido Paul Q. Hirst sostiene que *estos elementos no merecen confianza alguna ya que son ante todo una clase parasitaria pendiente del trabajo productivo a través del robo, la extorsión o violencia suministrando servicios como la prostitución y el juego, sus intereses de clase son diametralmente opuestos a los trabajadores... están abiertos al soborno y a los halagos de los elementos reaccionarios de las clases dominantes y del Estado; pueden ser reclutados como informantes policiales y para los elementos armados de las bandas reaccionarias y “fuerzas especiales” del Estado... Las clases criminales, arguyen Marx y Engels, son enemigas naturales de todo movimiento obrero disciplinado y principista* (HIRST, 1981: 271-2).

La ausencia de considerar la cotidianeidad del delito

En esta línea que estoy desarrollando acerca de la importancia del delito en la vida social, resulta insuficiente aquella propuesta metodológica de Karl Marx en la Introducción General a la Crítica de la Economía Política de 1857, decía Marx: *Cuando consideramos un país dado, desde el punto de vista económico-político, comenzamos por su población, la división de ésta en clases, la ciudad, el campo, el mar, las diferentes ramas de la producción, la exportación y la importación, la producción y el consumo anuales, los precios de las mercancías, etcétera. ¿Cómo no incluir en esta propuesta metodológica las específicas formas delictivas de acumulación y concentración de riquezas y poder que caracterizan a un país dado? Cómo no incluir en tal dimensión los delitos económicos que se ejercen con o sin violencia en la consideración sociológica de un país?; ¿cómo alcanzar el “concreto representado” o la “rica totalidad con múltiples determinaciones” sin incluir el delito económico organizado (DEO) en especial por su función en “la esfera de la producción, pero también en la distribución, cambio y consumo”?. Es ahí, en la esfera de la economía y en sus cuatro dimensiones que señala Marx donde el DEO disloca la metafísica especulativa de los filósofos y juristas acerca de la armonía y el organicismo social. ¿Cómo no incluir en tal propuesta las específicas formas ilegales de acumulación de capital o simplemente de apropiación ilegal de bienes ya sean públicos o privados en la consideración sociológica de un país?. Tales “hechos” condicionan y van condicionando el desarrollo de la vida de los individuos en el país⁹. En esta línea de razonamiento creo que Michel Foucault es quien “agrega” o completa las ideas de Marx acerca de la sociedad burguesa al integrar el delito como imprescindible elemento en el proceso constitutivo de la sociedad. Y más aún el principal aporte de Foucault (1976) en este tema es su caracterización de la política penal como “la administración diferencial de los ilegalismos” que lejos de perseguir todos los delitos reprime algunos y tolera otros; esta importante idea de Foucault se*

259-273. Presdee, M. (2004). Cultural criminology: The long and winding road. *Theoretical criminology*, 8 (3), 275-285
Jeff Ferrell, Cultural Criminology, en *Annual Review of Sociology*.

⁹ La acumulación originaria extendió sus efectos a toda la vida social, y fue el presupuesto de la revolución industrial (al respecto, ver HOBBSBAWN, 1976).

aleja de la indignación sobreactuada y retórica de autoridades gubernamentales y aún de funcionarios del sistema penal.

Está fuera de discusión que tanto para Marx como para Engels las causas del delito (me refiero en especial a los delitos contra la propiedad) está en el propio orden social capitalista que desmoraliza y envilece a algunos elementos proletarios y nada tiene que ver el delito con una rebelión política contra el orden social; por el contrario, para ellos el enfoque romántico del “desviado” de algunos sociólogos interaccionistas al considerarlos una fuerza revolucionaria por ser indisciplinados¹⁰ sería una ideología contraria a la concepción del socialismo.

Volviendo al *Manifiesto Comunista*, Marx y Engels dicen: *El proletariado pasa por diferentes etapas de desarrollo. Su lucha contra la burguesía comienza con su surgimiento. Al principio, la lucha es entablada por obreros aislados, después por los obreros de la misma fábrica, más tarde, por los obreros del mismo oficio de la localidad del burgués individual que los explota directamente. No se contentan con dirigir sus ataques contra las relaciones burguesas de producción, y los dirigen contra los mismos instrumentos de producción; destruyen las mercaderías extranjeras que les hacen competencia, rompen las máquinas, incendian las fábricas, intentan reconquistar por la fuerza la posición perdida del artesano de la Edad Media* (MARX y ENGELS, 1848). Con esta visión de los obreros y su ineludible e ineludible lucha contra la explotación, los “delincuentes” con un similar origen social que los proletarios no pueden menos que recibir una condena ética por parte de Marx y Engels ya que con sus actos delictivos buscan solo un beneficio personal.

Por su parte, autores como E.P.Thompson o Eric Hobsbawm pusieron de manifiesto en sus investigaciones formas delictuales de rebeliones políticas o rebeliones políticas con formas delictuales. Es de señalar que también la historia de los procesos que desembocaron en sociedades socialistas o denominadas así como la Revolución Rusa o la Revolución China o la Cubana incluyeron en el proceso de su realización o en su accionar innumerables “delitos” como el robo, el asalto a bancos, el secuestro de personas para pedir rescate etc. y que el resultado revolucionario final legitimó o justificó moralmente, lo que también sugiere que el delito es un fenómeno social complejo que no puede reducirse a la violación de la ley. Es de tener en cuenta que la política penal que se ejerció en esos regímenes triunfantes también estuvo y está sostenida en principios tales como “la defensa social”, como la defensa de la revolución o del socialismo o del pueblo o de la clase obrera y por lo tanto estos bienes tan “sagrados” han neutralizado muchas veces las garantías legales de los individuos (FERRAJOLI, 1995) y el reforzamiento del Estado que sería el brazo ejecutor de la *defensa social*. Esta discusión ha sido un clásico en el campo del pensamiento progresista y Virgilio Zapatero en el prólogo al libro que escribiera Evgeni Pasúkanis en la década de los 20, “Teoría General del Derecho y Marxismo” transcribe la palabras de José Stalin en el Pleno del Comité Central en 1933: *La abolición de las clases no se obtiene mediante la extinción de la lucha de clases*

¹⁰ Me refiero a algunos integrantes de la Escuela de Chicago como H. Becker, I. Goffman, M. Lindesmith, D. Matza, D. Erikson, J. Kitsue que sostienen un punto de vista sobre los “desviados” que es “una especie de identificación con el sometido”. Por ejemplo Howard Becker sostiene que los *marginales* mas que pecadores son gente contra la que se peca. Jock Young publicó un artículo muy agudo y crítico referido a estos intelectuales, “Los guardianes del zoológico” se

sino a través de su reforzamiento. La extinción del Estado se hará no mediante el debilitamiento del poder estatal sino mediante su reforzamiento indispensable para aniquilar los residuos de las clases que se están extinguiendo y para organizar la defensa contra el cerco capitalista que ni ha sido destruido ni lo será en breve tiempo (PASÚKANIS, 1976: 20). Recordemos que consecuente con esta idea de Estado capaz de definir quienes son sus enemigos peligrosos las autoridades soviéticas fusilaron a cientos de viejos bolcheviques entre ellos a Bujarin, Kamenev, Plejanov, Piatakov, Radek, y el mismo Pasúkanis entre otros.

Pasúkanis sostiene en su obra que la política penal en la sociedad burguesa asegura y mantiene su dominación de clase con su sistema penal oprimiendo a las clases explotadas y que la policía es el verdadero custodio del derecho clasista y *la jurisdicción penal no es sino un apéndice del aparato de policía* (PASÚKANIS, 1976: 149). A punto tal que: *Si los tribunales de París tuviesen realmente que cerrar sus puertas durante algunos meses, los únicos en sufrir las consecuencias serían los criminales detenidos. Pero si las famosas brigadas de policía de París dejaran su trabajo, aunque solo fuese un día el resultado sería catastrófico.* (PASÚKANIS, 1976: 149). Y sigue el autor: *No se puede comprender el verdadero sentido de la práctica penal del Estado de clase a no ser que se parta de su naturaleza antagónica. Las teorías del derecho penal que deducen los principios de la política penal de los intereses de la sociedad en su conjunto son deformaciones conscientes o inconscientes de la realidad. La "sociedad" en su conjunto no existe sino en la imaginación de los juristas: no existen de hecho más que clases que tienen intereses contradictorios.*

No puede negarse que Pasúkanis era un fiel representante del pensamiento de Marx y en esta línea sostiene que solo con la desaparición completa de las clases sociales podrá existir un sistema penal que excluya su carácter antagónico de clase. Por ello hace referencia a que los principios rectores del derecho penal soviético desde sus inicios en 1918 rechazaban el principio de culpabilidad como fundamento de la pena y configuró la pena misma no como retribución por una culpa sino exclusivamente como medida de defensa política.... *La transformación de la pena de retribución en medida adecuada de defensa social y de reeducación de los individuos socialmente peligrosos...* (PASÚKANIS, 1976: 157-8). Como vemos, el principio de la defensa del orden social con fuerte presencia del pensamiento positivista no es patrimonio exclusivo del sistema capitalista.

Ahora bien, podemos aceptar que en gran parte el derecho penal y la política penal sostienen la dominación de clase pero parece que el pensamiento de este autor desconoce que existen conductas que afectan derechos no clasistas, como los ecológicos, los sexuales, la violencia doméstica, o la violencia interpersonal o interfamiliar entre otras.

En el importante libro ya citado de I. Taylor, P. Walton y J. Young se analiza el pensamiento de Willem Bongger¹¹, un criminólogo holandés de principios del siglo pasado y considerado un intelectual de profunda raigambre marxista, uno de los pocos que ha abordado la temática de las causas del delito con una concepción materialista: *La etiología del delito comprende tres problemas: primero: ¿de donde surge el pensamiento*

titula, definiéndolos como proteccionistas de una colección de exóticos y que no desean que los espectadores le tiren piedras. O sea la creación de una confortable y humana "reservación india" (DEL OLMO, 1977).

¹¹ Es necesario considerar que las referencias de W. Bongger son al delito común.

delictivo del hombre?; segundo, ¿qué fuerzas hay en el hombre que pueden impedir la ejecución de su pensamiento delictivo y cual es su origen?; tercero: ¿Cuál es la ocasión para la comisión de actos delictivos? (TAYLOR, et. al., 1977: 239). Bonger señala que la causa de la existencia del “pensamiento delictivo” es la tendencia del capitalismo industrial a crear egoísmo en lugar de altruismo en la vida social. Esta idea de la existencia del delito sin considerar los procesos que han dado origen a las normas que califican como delito o no delito ciertos comportamientos humanos acercan a Bonger al pensamiento criminológico positivista y su presupuesto: la existencia de “delitos naturales” al estilo de G. Garófalo. El Positivismo Criminológico conlleva no solo la existencia de un consenso normativo y a la existencia de una moral común aceptada sino también la necesidad de detectar la peligrosidad latente en ciertos individuos y aplicar sobre ellos una política penal preventiva; esto supone una “legítima” sospecha de que en el interior de cualquier individuo, y más si pertenece a la clase social baja, anida la propensión al delito, (el pensamiento delictivo, diría Bonger); el correlato de este pensamiento es la política penal represiva y la obsesión correctiva de las supuestas patologías tanto personales como sociales.

Pero no es solo este problemático concepto, “pensamiento delictivo” de algunos individuos, que acerca a Bonger al concepto de peligrosidad acuñado por el positivismo criminológico y adoptado en gran parte por la política penal de los estados-gobierno y en especial sus policías; también lo acerca la idea de “falta de moralidad” que se define por la violación a la normativa legal ya que se considera que la ley es moral¹². Por otra parte el concepto de peligrosidad no expresada aún en acto, en tanto peligrosidad latente queda sujeta a “medidas preventivas” que se rigen por el “derecho penal del enemigo” (JAKOBS, 2006)¹³. Definido qué es ser enemigo sólo falta identificar por medio de la investigación y también del señalamiento por parte del poder *quién puede ser un enemigo* para neutralizarlo antes que pueda exteriorizar su naturaleza, “escondida, velada, agazapada”. La idea del siglo XIX de las masas indigentes como “las clases peligrosas” ha sido un ejemplo elocuente de considerar al sistema capitalista como el orden natural de las cosas y de la necesidad de preservarlo no obstante la desigualdad e inequidad social que ha producido; y con ejemplos más actuales, como fuera en el siglo XX los peligrosos antes y durante la Guerra Fría: los comunistas o rojos, y luego los subversivos y ahora los terroristas. Este “derecho penal del enemigo” es la consecuencia de concebir al Derecho Penal como totalidad, como expresión del orden social. Tal como sostiene Gunter Jakobs, no se puede tratar a un enemigo con las garantías legales porque la sociedad debe defenderse.

Ahora bien, Bonger atribuye el “pensamiento delictivo” a la falta de formación moral de la población producida por la cultura del egoísmo y del individualismo que promueve el capitalismo y no el altruismo que sería de la naturaleza del socialismo. Como dicen Taylor, Walton y Young, para Bonger *La formación moral le ha sido negada al proletariado en especial porque no constituye el tipo de formación imprescindible para el trabajo en una sociedad en proceso de industrialización* (TAYLOR, et. al., 1977: 241).

¹² “la ley moral y la ley penal se podrían comparar con dos círculos concéntricos de los cuales el primero sería mas grande” *An introduction to criminology*, pag 3, citado por TAYLOR, et. al., 1977: 247.

En suma para Bonger el egoísmo y la codicia generada por el capitalismo sería en la mayoría de los casos la causa de la comisión de delitos incluidos los económicos, los sexuales, por venganza, así como los delitos políticos (de los anarquistas) y delitos patológicos ya que todos ellos estarían causalmente vinculados por un medio (un determinismo ambiental) que promovería o condicionaría la acción delictiva. Y para los “delitos de la burguesía industrial” su motivación o causa sería la necesidad de enfrentar la recesión o las crisis económicas y también en la codicia.

En este sentido es innegable en Bonger su apego al orden que se expresa en el derecho penal y le otorga al mismo una naturaleza no conflictiva ni expresión de intereses de clase como sí se lo adjudicaba Pasúkani y obviamente Marx: Así dice Bonger: *Hemos llegado al final de nuestros comentarios sobre la etiología de esos delitos y hemos demostrado que las causas principales son, en primer lugar, la actual estructura de la sociedad que provoca innumerables conflictos; segundo la falta de civilización y educación entre las clases más pobres, y tercero el alcoholismo, que es a su vez consecuencia del ambiente social* (TAYLOR, et. al., 1977: 247).

El delito o los delitos

Pero vamos agregar o extender estas reflexiones explorando en el pensamiento marxista sobre la sociedad burguesa (el orden social capitalista) una explicación de los fundamentos estructurales de la criminalidad moderna pero también de las políticas penales que institucionalizan procesos de criminalización. Es cierto que en la obra de Marx, como dijéramos, el tema del delito y el sistema penal no ha sido tratado sistemáticamente aunque sus aportes son un presupuesto para quitarle al delito su caracterización como un fenómeno natural y a-histórico y para la crítica a la criminología tradicional, positivista, correccionalista y clínica; en esta línea, no se puede desconocer que delitos es un concepto que tiene historia y por lo tanto no tiene esencia ontológica alguna y que además no pueden explicarse con una teoría global o totalizadora y tampoco solo fundada en el modo de producción capitalista: es necesario integrar una compleja trama de otros factores como los psicológicos, antropológicos, sociológicos, políticos, culturales tanto en las definiciones acerca de qué es delito y de las políticas penales represivas o tolerantes como es su causalidad.

Debemos reconocer a partir de la diversidad humana que no se ha conocido en la historia humana un orden social basado en la homogeneidad moral, un orden social sostenido solo por la cooperación, el altruismo o la bondad. No ha existido tampoco una sociedad sin un orden y éste es la condición de la existencia de una “sociedad” por lo menos mientras los seres humanos sean diferentes o diversos y por ello la “necesidad” de la Ley que exprese los valores del dominante Orden Social y de una “segunda defensa” de tal orden, las penas, como decía Cesare Beccaría en el siglo XVIII. Pero el caso es que la pena existe solo en su funcionamiento, tiene que ser ejercida para que tenga realidad y por lo tanto lo que existe en la realidad es la “política penal”.

¹³ Para un análisis crítico ver F. Muñoz Conde “Hacia un derecho penal del enemigo?”, en *El País*. España, 16-01-2003.

Acerca de la concepción antropológica del hombre en la sociedad capitalista

Al referirnos a las ideas de Marx y Engels, debemos considerar la concepción antropológica que tienen sobre el hombre. En un famoso y muy citado pasaje de *La Ideología Alemana* sostienen que como *el hombre es un ser "circunstanciado" en la sociedad comunista se verá libre de las imposiciones de la división del trabajo y entonces podrá dedicarse por la mañana a cazar, por la tarde a pescar y por la noche a apacentar el ganado, y después de comer dedicarse a criticar sin necesidad de ser exclusivamente cazador, pescador, pastor o crítico*" (MARX, 1970: 34). Dejando de lado la seducción que produce la retórica de esta frase resulta un tanto naive considerar la posibilidad histórica que un "hombre" así pudiese existir¹⁴. Creo así que es imposible prescindir de considerar al ser humano real, cualquiera sea las condiciones materiales en la que establezca relaciones sociales sin incluir los aportes de la Antropología y de la Psicología en especial las ideas de Sigmund Freud sobre el inconsciente y el aparato psíquico, o de Nietzsche sobre la voluntad de poder, o Deleuze o Guattari o Lacan acerca del deseo; al respecto la Escuela de Chicago incursionó en una versión antropológica del ser humano y sostuvo que en él existen cuatro "deseos" innatos: el deseo de nuevas experiencias, el deseo de ser reconocido (que incluye la respuesta sexual y la apreciación social general), el deseo de dominio, que incluye la propiedad y el poder político, y el deseo de seguridad, que incluye el apoyo y la compañía de los demás miembros del grupo (CAPLOV, 1974). Estos "deseos" pueden satisfacerse únicamente en un contexto social y por lo tanto no pueden concebirse como a-históricos o naturales y su forma ha sido producida de manera cambiante y contingente en el desarrollo del hombre a través de la historia y solo son identificables dentro de un estadio determinado del desarrollo social, de la misma producción de individuos en sociedad.

Algunos aportes críticos

Dos autores italianos, Luigi Ferrajoli y Danilo Zolo abordaron el pensamiento marxista sobre esta temática con un título muy expresivo: "Marxismo y Cuestión Criminal" (FERRAJOLI Y ZOLO, 1994). Además de indagar sobre las ideas de Karl Marx también abordan el pensamiento de Lenin en "El Estado y la Revolución" y el de Antonio Gramsci que en este tema adquiere una significación especial porque prefigura en sus reflexiones la sociedad socialista en su conocido "*Notas sobre Maquiavelo, sobre política y el Estado Moderno*" (GRAMSCI, 1977) cuando se refiere a la necesidad de construir una voluntad colectiva sostenida por una concepción moral y política. Gramsci se refiere a que el Príncipe de Maquiavelo *podría ser estudiado como una ejemplificación histórica del mito de Sorel, es decir de una ideología política que no se presenta como una fría utopía, ni como una argumentación doctrinaria, sino como la creación de una fantasía concreta que actúa sobre un pueblo disperso y pulverizado para suscitar y organizar su voluntad colectiva*, (GRAMSCI, 1977: 26). Critica a Sorel su espontaneísmo que carece por tanto de una fase constructiva que impida que se disuelva en una infinidad de voluntad singulares, diferentes y contradictorias; por ello Gramsci reclama que "*El moderno príncipe*" *no puede ser una persona real, un individuo concreto; solo puede ser un organismo, un elemento de sociedad complejo en el cual*

comience a concretarse una voluntad colectiva reconocida y afirmada parcialmente en la acción. Este organismo ya ha sido dado por el desarrollo histórico y es el partido político, la primera célula en la que se resumen los gérmenes de voluntad colectiva que tienden a devenir universales y totales. (GRAMSCI, 1977: 28). Y poco después trata de definir la necesidad de la conciencia colectiva en acción, como materialización de una voluntad presente en aquella conciencia: *la voluntad como conciencia activa de la necesidad histórica, como protagonista de un efectivo y real drama histórico* (GRAMSCI, 1977: 29) *El moderno Príncipe debe ser, y no puede dejar de ser el abanderado y el organizador de una reforma intelectual y moral, lo cual significa crear el terreno para un desarrollo ulterior de la voluntad colectiva nacional popular hacia el cumplimiento de una forma superior y total de civilización moderna* (GRAMSCI, 1977: 31)...*El Príncipe ocupa, en las conciencias, el lugar de la divinidad o del imperativo categórico, deviene la base de un laicismo moderno y de una completa laicización de toda la vida y de todas las relaciones de costumbres..... Estamos siempre en el terreno de la identificación de Estado y gobierno, identificación que precisamente representa la forma corporativa-económica o sea la confusión entre sociedad civil y sociedad política, ya que es preciso hacer constar que en la noción general de Estado entran elementos que deben ser referidos a la sociedad civil; se podría señalar al respecto que Estado=sociedad política + sociedad civil, vale decir, hegemonía revestida de coerción. En una doctrina del Estado que conciba esto como posible de agotamiento parcial y de resolución en la sociedad regulada, (el traductor, José Aricó dice que aquí Gramsci se refiere como "sociedad regulada" a una sociedad sin clases) el argumento es fundamental. El elemento Estado-coerción se puede considerar agotado a medida que se afirman elementos cada vez más conspicuos de sociedad regulada (o Estado ético o sociedad civil)* (GRAMSCI, 1977: 165/6).

Hasta aquí las ideas de Gramsci sobre el advenimiento de una sociedad sin clases y la forma de un nuevo orden social que el hombre antropológicamente respondería o reflejaría en su conducta pero también en sus deseos las nuevas relaciones sociales más equitativas, más solidarias, más igualitarias; en la que dejaría de existir la diversidad y por tanto la libertad; en la que se cancelarían las diferencias entre el hombre y la mujer, entre los niños los jóvenes y los viejos, los sanos y los enfermos, etc. En suma, la similar versión antropológica que Marx expresara en *La Ideología Alemana* acerca de una sociedad comunista: hombres dedicados a pescar, cazar y filosofar, hombres carentes de pulsiones, deseos, instintos, pasiones.

El marxismo en el Nuevo Orden Social de la Modernidad.

El trabajo de Luigi Ferrajoli y Danilo Zolo referido, tratan de responder a dos preguntas medulares: si tanto en Karl Marx como en los aportes de sus principales seguidores ideológicos pueden hallarse los elementos de una doctrina materialista que explique el fenómeno de la desviación y el control social en la sociedad moderna; la segunda, si pueden trazarse, tomando como base esas ideas, una política penal en la perspectiva de la transición al socialismo (FERRAJOLI y ZOLO, 1994). Los autores advierten inicialmente que si bien el pensamiento marxista ha aportado un enfoque que no considera al delito como un fenómeno natural y a-histórico y por lo tanto lo analiza en el marco de la estructura burguesa del orden

¹⁴ Hasta el mismo Robinson Crusoe en soledad expresó su cultura dominante al encontrar a Viernes y hacerlo su esclavo

social, requiere para una teoría global o total de la desviación criminal y de la reacción social penal considerar además de las condiciones históricas y estructurales del fenómeno criminal la *compleja trama de factores superestructurales*” de orden psicológico, sociológico, político y cultural presentes en los procesos criminógenos (FERRAJOLI y ZOLO, 1994: 60).

Estos autores rechazan la posibilidad de explicar la totalidad de las conductas delictivas ancladas en una causalidad económica-social, y también de la política penal como aparato represivo de clase. Aceptar aquellas implicaría, dicen: *a) una asunción mecanicista de la relación entre modo de producción y fenómeno criminal, con la consiguiente reducción economicista del amplio y complejo tema de las motivaciones culturales de la criminalidad y de las razones políticas de la represión penal (economicismo criminológico) y b) la adopción de una óptica de la integración y del consenso social (holismo criminológico)* (FERRAJOLI y ZOLO, 1994: 61) que se lograría en una sociedad u orden social socialista. En relación a la primera se trataría de una reducción economicista ya que la causalidad delictiva estaría ligada al modo de producción, distribución, cambio y consumo de la sociedad capitalista y los delitos expresarían una forma de resistencia a tal orden social, delitos que por su variedad serían difíciles de asociar al rechazo al orden social.

Este nuevo orden, socialismo, podría llevar a la extinción del derecho penal por ya ser innecesario en tal “sociedad”. Se trata dicen, de la concepción leninista de la sociedad comunista como sociedad consensual y citan: *Liberados de la esclavitud capitalista, de los innumerables horrores, bestialidades, absurdos y vilezas de la explotación capitalista se habituarán poco a poco a la observancia de las reglas elementales de convivencia, conocidas a lo largo de los siglos y repetidas hace miles de años en todos los preceptos a observarlos sin violencia sin coacción sin subordinación sin ese aparato especial de coacción que se llama Estado* (LENIN, 1968). Esta concepción de Lenin implica no solo una concepción antropológica del hombre muy discutible, una reificación del Derecho Penal sin relativismo alguno ya sea espacial o temporal además de obturar la existencia de conflictos y de diversidad en todo orden social aunque se superen las estructuras capitalistas.

Pero por otro lado el análisis crítico de la sociedad capitalista de Marx son una guía importante para aportar ideas y prácticas de una política penal menos clasista y menos reproductora del orden social desigual e inequitativo.

Recordemos lo anteriormente planteado acerca de la “Defensa Social” en los años posteriores a la Revolución Rusa tanto por Pasukanis o por von Stucka y la instalación luego de la dictadura del proletariado para suprimir el antagonismo social supuesto causal de las conductas delictivas (“conductas antisociales”); como correlato se produjo en ese país el no respeto a la diversidad, a la libertad de conciencia y con esto la cancelación de las garantías del debido proceso en aras a tal “defensa social” o el “bienestar del pueblo” o la “salvaguarda de las tradiciones o de la identidad nacional”. Estas invocaciones y apelaciones que justifican tal política penal existen en sistemas basados en el fundamentalismo religioso o secular y subsisten ya sea de manera institucional o contingente en diversas regiones del mundo y hasta su “excepcionalidad” se vuelve permanente (AGAMBEN, 2004). La justificación de la política penal por intereses superiores a la persona humana (muchas veces invocando precisamente la salvaguarda del estado de derecho) lleva en sí la tentación de justificar cualquier exceso en la represión para proteger los “bienes

sagrados” como lo fueran en la época de la “Sagrada Inquisición”. *El abandono o la disminución de estas garantías significaría en efecto en nombre de un nuevo mito de sociedad buena, perfecta y autorregulada abrir el camino a todo arbitrio posible y retroceder a formas premodernas (pre-iluministas, pre-burguesas) del derecho penal* (FERRAJOLI Y ZOLO, 1994: 91).

Reducir las motivaciones de las conductas delictivas a manifestaciones políticas de la lucha de clases implicaría limitar la variedad y motivaciones de tales conductas aún excluyendo las patológicas tan invocadas por el positivismo criminológico. Por otro lado de acuerdo a estas ideas, las conductas delictivas serían impulsadas por una racionalidad política fundada en la ideología que rechaza tanto la explotación económica como el sometimiento y la dominación personal. De tal manera la abolición del mercado y de sus correspondientes “formas mercancías” de múltiples relaciones sociales posibilitaría la existencia de un orden social deseado homogéneamente por los seres humanos.

Es cierto que la realidad carcelaria muestra que su población está compuesta mayoritariamente por marginados del proceso productivo, por pobres, por desesperados sociales y no por una militancia política contestaria. Esta forma de control social punitivo es en realidad residual en relación a otras formas de control social por medio de la generación de consenso-cooptación, ya que el orden social ha logrado cancelar por lo menos en la actualidad una alternativa (o una alteridad) de otra forma de orden social. El golpe de gracia quizás pueda situarse en 1989 con la caída del Muro de Berlín, que dejó cancelada la “¹⁵ilusión” de la existencia de una “sociedad” alternativa.

Desde 1917 la Unión Soviética aparecía no solo como un poderoso contrincante de las naciones capitalistas, en especial de EE.UU, sino que comparativamente con los países occidentales se iba logrando un nuevo orden social donde las necesidades básicas de trabajo, vivienda, salud y educación, se habrían ido resolviendo aunque con mucho esfuerzo y mucha represión. De tal manera se presumía un descenso de la conflictividad social y con esto también un descenso de los índices delictivos así como de las “conductas antisociales”. El develamiento paulatino de una realidad también insoportable con sus manicomios judiciales y sus Gulags y también por sus relaciones de desigualdades y de dominación, dio con tierra con tal alteridad que por otra parte ha supuesto una integración pacífica y paulatina a la sociedad de consumo.

En los hechos la legitimación o aceptación del actual orden social en los países capitalistas obedece en gran parte en la dificultad de visualizar alternativas más que a una integración activa de los individuos a ella; expresión de esto es la disminución en las dos últimas décadas de la represión punitiva sobre el activismo político a diferencia de las décadas de los 60 y 70 y aún de los primeros años de los 80; las cárceles solo contienen a pobres y excluidos sociales victimarios de delitos “comunes” (PEGORARO, 2008).

Pero en relación a la sempiterna ilusión de una “sociedad” posible sin conflictos ya sea de clase o de otro orden lo más sorprendente es la negación de los efectos de la estructura social (basada en relaciones de desigualdad y su interacción con relaciones de dominación) como una de las causas más determinantes de las conductas delictivas “comunes” en la sociedad del capitalismo moderno. Y esta

ilusión es compartida por una parte importante del pensamiento marxista que ha abrevado fundamentalmente en las ideas de Engels como de Lenin y así este último cita una famosa de Engels: “*La sociedad, reorganizando de un modo nuevo la producción sobre la base de una asociación libre de productores iguales, enviará toda la máquina del Estado al lugar que entonces le ha de corresponder, al museo de antigüedades, junto a la rueda y el hacha de bronce*” (ENGELS, 1974: 347).

Al respecto la obra de V. I. Lenin, “El Estado y la Revolución” es una expresión clara de una prognosis sobre la organización política que supone una sociedad basada en el consenso y la homogeneidad ética y social: “... *la transformación de todos los ciudadanos en trabajadores y empleados de un gran consorcio único a saber de todo el Estado*” (LENIN, 1968). Tanto Lenin, como Gramsci dejaron un imaginativo legado en el que describen con prolijidad una sociedad producto de una concepción socialista: ética, homogénea, orgánica, armónica, pero tan alejada de haberse realizado alguna vez en la historia humana como de realizarse por lo menos en un futuro cercano o posible.

Pero también considero que la crítica de Ferrajoli y Zolo a la corriente de pensamiento marxista sobre la cuestión criminal es un tanto parcial en la medida que no consideran suficientemente la importancia del análisis crítico al capitalismo y a los efectos sociales que éste ha producido y produce; en especial a la forma política o superestructural que lo expresa, aún dentro del sistema democrático parlamentario ya que este presupone la existencia de la ciudadanía económica, social y política (MARSHALL, 1996) que la estratificación social desmiente por la desigualdad económica y desigualdad social que hace inexistente tal ciudadanía.

Este es el aspecto sustantivo del análisis sociológico de impronta marxista del sistema social, que se objetiva en la distribución de ingresos en cuanto produce una catarata de derivaciones sociales que impactan en el proceso de trabajo, en la educación, la salud, la vivienda.

La idealización del movimiento obrero por autores marxistas que usan los fundamentos de Lenin o de Gramsci parece solo confirmar la necesidad de una retórica que impulse la lucha de unas huestes (cada vez más reducidas y cada vez más seducidas por la vida burguesa) por un modelo socialista siempre imaginado por Lenin o Gramsci y desmentido en la práctica por los deseos individuales de los trabajadores. El socialismo los convocaba al esfuerzo y al altruismo, al trabajo y a la solidaridad, mientras que el capitalismo los convoca al deseo sin límite alguno, al placer, al disfrute erótico, al consumo aunque sea irrealizable en lo inmediato pero siempre deseados.

Esta concepción antropológica sobrevuela los planteos de la tipología de las conductas desviadas que construye Robert K. Merton en “Estructura Social y Anomia” ; en los *no conformistas*, tanto en los “innovadores”, como en los “ritualistas”, o como en los “retraídos” y en los “rebeldes” está presente de manera determinante el deseo, por encima de la racionalidad sometida a la ley o a toda ideología e imaginación sobre un futuro promisorio pero lejano; en esta línea Jock Young titula un trabajo “*Merton con energía, Katz con estructura*”¹⁶ donde pone el acento en señalar la influencia los aportes de la Criminología

¹⁵ En el sentido que le otorga Sigmund Freud que distingue ilusión de esperanza. (FREUD, 1981).

¹⁶ Publicado en Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales, N° 25, UNL, 2008.

Culturalista¹⁷ en las concepciones de Robert K. Merton cuando trata de explicar las causas de las conductas desviadas.

Invocar una sociedad de individuos solidarios, cooperadores, altruistas habla también de la existencia en su seno de sus contrarios o antagónicos: individuos no cooperadores, no solidarios, no altruistas.

Vemos así la imposibilidad de que el pensamiento marxista explique o resuelva por medio de una teoría totalizadora de las conductas delictivas y de la reacción penal la complejidad del fenómeno delictivo; pero no obstante tal pensamiento ha generado y genera ideas alternativas al control social punitivo de las sociedades capitalistas y en este sentido el pensamiento de Robert K. Merton ha influenciado las corrientes críticas porque él encuentra y señala en la propia estructura social las causas de la desviación; esto implica situar el fenómeno en las raíces estructurales del orden social con múltiples derivaciones y efectos sociales y particularmente sobre la responsabilidad individual en la comisión de un acto desviado o delictivo; me explico: si la causa de las conductas desviadas-delictivas son producto de la propia estructura social, ¿por qué castigar individualmente a aquellos que se comportan adaptándose a ella como bien plantea Merton?. Esta cuestión es una verdadera aporía en especial para el pensamiento criminológico positivista del siglo XX y prolongado hasta naturalizar la exclusión social asociándola a la “inseguridad” que viven los sectores que no sufre tal exclusión. La inseguridad de los excluidos sociales, por lo tanto, no sería un problema del orden social.

Con esto quiero decir que la exclusión social (desocupación incluida) es un problema “genético-estructural” del capitalismo y que es una causa predominante en gran parte de los delitos interpersonales violentos¹⁸; por lo tanto el fenómeno delictivo, y más aún el criminal¹⁹ es un producto de un orden social manifiestamente desigual.

Es cierto que el pensamiento marxista en cuanto no solo crítico de la sociedad burguesa sino también reclamando un cambio en la estructura social para que sea menos desigual en la distribución de bienes y recursos y por lo tanto la satisfacción de gran parte de las necesidades sociales hace suponer la

¹⁷ Me refiero con Criminología Culturalista a un enfoque teórico, metodológico e intervencionista para el estudio del delito y la desviación. Sobre todo, intenta ubicar al delito y su control en el contexto de la cultura; esto es, considerar el delito y las agencias de control como productos culturales, como constructos creadores. Como tales, deben ser leídos en función de los significados que portan. [...] El foco está siempre puesto en torno a la interacción y en la continua generación de sentido; las reglas que se crean, las reglas que se quiebran, la constante interacción entre la defensa de la moral, la innovación moral y la trasgresión” (HAYWARD y YOUNG, 2005). Asimismo, incluyen en sus análisis las imágenes del delito y la desviación que generan los medios masivos de comunicación, puesto que “la calle escribe el guión de la pantalla y la pantalla escribe el guión de la calle”, borrándose así las fronteras entre lo real y la ficción (ibid, 2005). Estos autores señalan que los antecedentes de esta corriente deben buscarse a mediados de los años setenta en Gran Bretaña y Estados Unidos, cuando se produce el llamado “giro cultural” en la ciencias sociales. Las influencias de la Criminología Cultural se remontan a los trabajos antropológicos de Clifford Geertz así como también a autores como Howard Becker, John I. Kitsuse, Edwin M. Lemert, Peter Berger, Thomas Luckmann y David Matza, entre otros. Actualmente entre sus representantes se encuentran: Jack Katz, Jeff Ferrell, Stan Cohen, Jock Young, Clinton Sanders y Mike Presdee, por nombrar sólo a los más destacados.

¹⁸ Las estadísticas que describen el tipo de delito muestran que más del 80 % de ellos son delitos contra la propiedad, y realizado por pobres.

¹⁹ Cuando utilizo “criminal” lo hago para resaltar sus connotaciones con la violencia sobreactuada, en gran medida “innecesaria”.

disminución drástica de los delitos más comunes, como aquellos que atentan contra la propiedad, pero los deseos humanos no solo son de ese tipo. Ya Durkheim había alertado al explicar su concepción sobre el delito que una sociedad de santos supone diversos santos, unos más que otros, y por lo tanto la censura de aquellos que consideran más fuertemente su santidad. El solo hecho de la existencia de un partido que sea la vanguardia intelectual y moral al estilo del proclamado por Gramsci habla a las claras que “la moral” de los integrantes del Partido sería más sólida que la del pueblo común.

El “nuevo orden social” acaecido con el derrumbe del *Ancien Regime* es el orden de una nueva clase social, la burguesía, que además de ser la titular de nuevas relaciones sociales que emergen de la propiedad territorial en sus manos, también lo hace de la propiedad industrial, comercial y financiera. Por lo tanto, el ilegalismo más accesible a las clases populares es el de los bienes- objetos mientras por su parte la burguesía se reservará, dice Foucault los *ilegalismos de derechos*: la posibilidad de eludir sus propios reglamentos y sus propias leyes. Y sigue diciendo Foucault (1976: 91)... *y esta gran redistribución de los ilegalismos se traducirá incluso por una especialización de los circuitos judicial: para los ilegalismos de bienes (robo) los tribunales ordinarios y los castigos, para los ilegalismos de derechos, (fraudes, evasiones fiscales, operaciones comerciales irregulares) jurisdicciones especiales, con transacciones, componendas, multas atenuadas. La burguesía se ha reservado la esfera fecunda de los ilegalismos de derechos.*

Gran parte de los análisis de Michel Foucault acerca de la relación del delito con el orden social se fundamentan en las ideas de Marx: *Mis investigaciones desembocaban en el resultado que sigue: tanto las relaciones jurídicas como las formas de Estado no pueden comprenderse por sí mismas ni por la llamada evolución general del espíritu humano, sino que radica, por el contrario, en las condiciones material de vida cuyo conjunto resume Hegel, siguiendo el precedente de los ingleses y franceses del siglo XVIII bajo el nombre de “sociedad civil” y que la anatomía de la sociedad civil hay que buscarla en la economía política (MARX, 1977b) Y Foucault dice; Los sistemas punitivos no pueden ser solo fundados en la estructura jurídica de una sociedad, como tampoco en las concepciones éticas declaradas por ella... El sistema de castigos cumple una función social compleja es un fenómeno social del que no puede dar razón el derecho o la ética (FOUCAULT, 1976).*

Si esto es así, qué se puede esperar del funcionamiento del sistema penal en la sociedad burguesa? La respuesta es obvia pero inquietante: que sea funcional a la sociedad burguesa y por lo tanto no esté sujeta a mandatos éticos o altruistas o solidarios aún fundados en leyes, sino a la preservación y reproducción del orden social burgués con todo lo que esto significa en términos de desigualdades e inequidades sociales de lo que da cuenta la estructura social; en suma que defienda el “orden social”. Como dice Marx, *La dependencia mutua y generalizada de los individuos recíprocamente indiferentes constituye su nexo social. Este nexo social se expresa en el valor de cambio y solo en éste la actividad propia y el producto se transforman para cada individuo en una actividad en un producto para él mismo.... Su poder social, así como su nexo con la sociedad, lo lleva consigo en el bolsillo (MARX, 1980: 84). Y sigue diciendo Marx En el valor de cambio el vínculo social entre las personas se transforma en relación social entre cosas, la capacidad personal, en una capacidad de las cosas.... Cada individuo posee el poder social bajo la forma de una cosa. Arránquese a la cosa este poder social y habrá de otorgárselo a las personas sobre las personas (MARX, 1980: 85).*

BIBLIOGRAFÍA:

- AGAMBEN, Giorgio (2004), *Estado de Excepción*. Adriana Hidalgo, Buenos Aires.
- BARATTA, Alessandro (1984), "Criminología y dogmática penal pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal". En *Derecho Penal y Criminología*. Vol. VIII, 24
- BECKER, Howard (1973), *Los Extraños*, Tiempo Nuevo, Buenos Aires.
- BONGER, Willem (1969), *Criminality and economic conditions*, Blumington: Indiana University Press.
- CAPLOV, Theodore (1974), *Sociología Fundamental*, Ediciones Vicens Vives, Barcelona.
- COHEN, Stanley (1985), *Visiones de Control Social*, PPU, Barcelona.
- DELLA PORTA, Donatella (1992), *Lo Scambio Oculto*, Il Mulino, Bologna.
- DEL OLMO, Rosa (1977): *Materiales de Criminología Crítica*, UCV, Caracas.
- ENGELS, Federico (1963), *Las guerras campesinas en Alemania*, Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo.
- ENGELS, Federico (1974), *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Obras escogidas, Ediciones de Cultura Popular, México DF.
- FERRAJOLI, L. (1995)
- FERRAJOLI, Luigi y ZOLO, Danilo (1994), "Marxismo y Cuestión Criminal", En *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, N° 4/5, Buenos Aires.
- FOUCAULT, Michel (1976), *Vigilar y Castigar*, Siglo XXI Editores, México DF.
- FOUCAULT, Michel (2006), *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- FREUD, Sigmund (1981), *El malestar en la cultura*, Siglo XXI Editores, México DF.
- GOFFMAN, Erving (1970), *Internados: Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Buenos Aires.
- GRAMSCI, Antonio (1977), *Notas sobre Maquiavelo, sobre política y el Estado Moderno*, Juan Pablo Editores, México DF.
- HAYWARD, K. y YOUNG, J. (2005), "Cultural criminology: Some notes on the scripts", en *Theoretical Criminology*, 8 (3).
- HEGEL, G. F. (1975) *Filosofía del Derecho*, UNAM, México.
- HIRST, Paul (1981) "Marx, Engels, la ley, el delito y la moralidad" en *Criminología Crítica*, Siglo XXI editores, México DF.
- HOBSBAWM, Eric (1976), *En torno a los orígenes de la Revolución Industrial*, Siglo XXI Editores, México DF.
- JAKOBS, Gunther (2006): *Derecho penal del enemigo*. Civitas, Madrid.
- KATZ, J. (1998), *Seducción of Crime, Moral And Sensual Attractions In Doing Evil*, Basic Books, New York.
- LENIN, V. I. (1968), *El Estado y la Revolución*, Pueblos Unidos, Montevideo.
- MACPHERSON, (2005) *La Teoría Política Del Individualismo Posesivo : De Hobbes A Locke*, Trotta, Madrid.
- MARSHALL, T. (1996), *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid.
- MARX, Karl (1967), *La Sagrada Familia*, Grijalbo, México D.F.

- MARX, Karl (1968) *La Ideología Alemana*. Ediciones Pueblos Unidos-Montevideo.
- MARX, Karl (1970), *La Ideología Alemana*, Pueblos Unidos-Grijalbo, Barcelona.
- MARX, Karl (1974), *Teorías sobre la plusvalía*. Ed. Cartago. Tomo I, Buenos Aires.
- MARX, Karl (1975), *El Capital*, Siglo XXI Editores, México, vol 3.
- MARX, Karl (1976) *El Capital*, Libro I, cap xxiv. Siglo XXI, México DF.
- MARX, Karl (1977a) *El Capital*, Capítulo VI inédito, Siglo XXI, México DF.
- MARX, Karl (1977b), "Prólogo a Contribución crítica de la economía política" en *Introducción general a la crítica de la economía política (1857)*. Cuadernos de Pasado y Presente. Siglo XXI Editores, México DF.
- MARX, Karl (1980), *Grundrisse, Elementos fundamentales para la Crítica de la Economía Política*, borrador, 1857-58 tomo 1, Siglo XXI Editores, México DF.
- MARX, Karl (1982) "Los Debates de la VI Dieta Renana: Debates sobre la ley castigando los robos de leña" en MARX, Karl, *Escritos de Juventud*, Fondo de Cultura Económica, México.
- MARX, Karl y ENGELS, Federico, (1848) *Manifiesto del Partido Comunista*, múltiples ediciones.
- MARX, Karl y ENGELS, Friedrich (1970), *La Ideología Alemana*, Ed. Pueblos Unidos-Grijalbo, Barcelona.
- PASÚKANIS, Evgeni (1976), *Teoría General del Derecho y Marxismo*. Labor Universitaria, Barcelona.
- PEGORARO, Juan (2008), "Las paradojas del control social punitivo", En *Delito y Sociedad*, FSOC-UBA, n° 26.
- PEGORARO, Juan (2002), "La necesidad de Jano: teoría sociológica y delito organizado" en Encrucijadas N° 19- Universidad de Buenos Aires- mayo.
- POLANYI, Karl (1992), *La Gran Transformación*, Juan Pablo Editores, México DF.
- PRESDEE, M. (2004), Cultural criminology: The long and winding road. *Theoretical criminology*, 8 (3).
- TAYLOR, P.WALTON y J. YOUNG (1977), *La nueva criminología*, Amorrortu, Buenos Aires.
- THOMPSON, E. (1984), *Tradición, revuelta y conciencia de clase*, Editorial Crítica-Grijalbo, Barcelona.

EL EJERCICIO DEL GOBIERNO URBANO-COLONIAL: APUNTES PARA UN ANÁLISIS DE LOS BANDOS PARTICULARES EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES A MEDIADOS DEL SIGLO XVIII

Por Bettina Laura Sidy

RESUMEN

En este trabajo buscaremos comprender uno de los mecanismos mediante los cuales los gobernadores de Buenos Aires buscaron imponer un nuevo orden en la ciudad durante el siglo XVIII. Para ello nos acercaremos al estudio de los bandos particulares que dichas autoridades publicaron, para entender las especificidades que contiene la documentación. En particular, nos detendremos en sus características didácticas y/o instructivas y en el modo en que diversas temáticas relativas a la vida urbana se implicaban mutuamente a lo largo de los enunciados, mostrándonos la complejidad social, política y jurídica que subyace a los diversos mandatos y las dificultades que encierra una clasificación excluyente en torno a los mismos. Los bandos ordinarios aparecen reforzando mandatos contenidos en los de buen gobierno o bien llamando la atención sobre determinadas contingencias que preocupaban a las autoridades y en este sentido resultan herramientas indispensables para comprender el funcionamiento de la sociedad de aquella época.

PALABRAS CLAVE

Bandos – gobierno – ciudades coloniales.

URBANO-COLONIAL GOVERNANCE: NOTES FOR AN ANALYSIS OF THE *BANDOS PARTICULARES* IN THE CITY OF BUENOS AIRES IN THE MIDDLE OF THE 18TH CENTURY

By Bettina Laura Sidy

ABSTRACT

This paper will seek to understand one of the mechanisms by which the governors of Buenos Aires sought to impose a new order in the city during the 18th century. In order to achieve this propose we'll analyse the *bandos ordinarios*, to understand the specificities that characterize the documents. In particular we will focus on teaching characteristics and instructive and how various thematic relating to urban life is involved each other along the length of statements, showing social, political and legal complexity behind the various mandates and the difficulties that encloses an exclusive classification into them. The *bandos ordinarios* appear reinforcing mandates contained in the *bandos de buen gobierno*, or by calling attention to certain contingencies of concern to the authorities and in this respect are essential tools to understanding society at that time.

KEY WORDS

Bandos – government - colonial cities.

EL EJERCICIO DEL GOBIERNO URBANO-COLONIAL: APUNTES PARA UN ANÁLISIS DE LOS BANDOS PARTICULARES EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES A MEDIADOS DEL SIGLO XVIII

Por Bettina Laura Sidy*

1-Introducción

En la segunda mitad del siglo XVIII la ciudad de Buenos Aires, vivenció fuertes transformaciones en el plano demográfico, económico, político, social y urbano. Se hicieron presentes nuevos actores y se configuraron nuevos escenarios y con ellos, niveles de conflictividad que desafiaron a las autoridades al momento de encontrar las soluciones adecuadas. Por lo cual implementaron diversas medidas tendientes a ordenar la convivencia y renovar el control de las personas y sus actividades.

En este trabajo nos proponemos describir y comprender uno de los mecanismos mediante los cuales los gobernadores porteños buscaron imponer un nuevo orden en la ciudad. Para ello nos acercaremos al estudio de los bandos ordinarios¹ que dichas autoridades publicaron, para entender las características particulares que contiene la documentación. En este sentido, partiremos de los análisis realizados por Victor Tau Anzoategui (1992, 2004) sobre los denominados bandos de buen gobierno a fin de marcar las diferencias y especificidades contenidas en los autos ordinarios y poder apreciar los aportes que un análisis pormenorizado de los mismos puede brindar al estudio de las sociedades urbanas coloniales.

A primera vista, se trata de textos de extensión reducida, en los que las disposiciones están formuladas de manera sencilla y recurrente, las temáticas sobre las que legisla son relativas a situaciones cotidianas de la comunidad urbana y sus instrucciones implican a todos los miembros de la sociedad. Los documentos contaban con una amplia llegada a los distintos estratos de la población y buscaban normar los diferentes aspectos de la vida urbana; la regulación de las actividades económicas y el abasto de la población, la prohibición de andar a caballo a la noche, de portar armas, el establecimiento de horarios de cierre para las pulperías, la veda a los juegos de cartas en tiendas, las corridas de parejas en días de trabajo, desde la organización de fiestas y rogativas, el aseo y la composición de calzadas y veredas, la edificación

* Profesora en enseñanza media y superior en Ciencias Antropológicas, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires (Año de egreso: 2008). Doctoranda de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires (admisión: Marzo 2010). Becaria de Posgrado tipo I CONICET. Integrante del proyecto UBACyT F091 "Cambios y continuidad en la sociedad indígena e hispano-criolla" Bajo la dirección de la Dr. Ana María Lorandi (2008-2010).

¹ A los fines de este trabajo se utilizarán de manera indistinta los términos auto y/o bando, ordinarios y/o particulares.

de los solares vacíos de la ciudad, el conchabo compulsivo para las tareas de la siega, la expulsión de vagos y extranjeros, hasta el funcionamiento de la justicia y el curso de las aguas en la ciudad.

En líneas generales los dos tipos de bandos mantienen una importante cercanía a los conflictos urbanos, por lo cual adquieren un carácter legislativo relativamente inmediato. Se trata, en suma, “de un concepto esquivo, gestado más que nada en la praxis” (TAU ANZOATEGUI, 1992, 351). Gracias a lo cual nos permiten entrever en las materias sobre las que legisla y la periodicidad con la que aparecen, cuáles eran las preocupaciones y los conflictos en la sociedad porteña de aquellos años y también cuál era el carácter de las soluciones a las que se apelaba. Los bandos de buen gobierno se diferencian por ser aquellos en los que constaban una variedad de normas, a diferencia de los autos particulares que por lo general normaban sobre una cuestión a la vez. Por otro lado, mientras que los primeros se emitían en ocasiones especiales (como la asunción del cargo de un gobernador), los segundos registran una mayor asiduidad²

Recientemente diversos autores han trabajado con los denominados bandos de buen gobierno y su importancia y/o desarrollo en diferentes ciudades hispanoamericanas (ASPELL 2005; BARRENECHE, 2001; CABALLERO CAMPOS, 2007; PORRAS ARBOLEDAS, 2005; SAMUDIO, 2009; TAU ANZOATEGUI 1992, 2004). Sin embargo, no hallamos trabajos que profundicen en los autos particulares. Así como la ciudad colonial se ve transformada durante el siglo XVIII, lo mismo sucede con el ejercicio del gobierno, y las formas de regulación y control social. Los bandos de gobierno se emitían como respuestas concretas ante una realidad social en proceso de transformación y es en su vinculación con el contexto que les da origen donde podremos hallar su lógica interna.

Si bien con el advenimiento de las reformas borbónicas de finales del siglo XVIII los bandos de gobierno cobrarán mayor notoriedad como elementos rectores de la vida urbana, en este trabajo atenderemos a las especificidades de los mismos en el período inmediatamente anterior, por tratarse de una etapa de crecimiento urbano dentro de la cual los poderes locales gozaban de una autonomía relativamente mayor en relación al período virreinal.

2-El contexto que les da origen

Durante el siglo XVIII la ciudad de Buenos Aires experimenta enormes transformaciones económicas, políticas y sociales³. A lo largo de la centuria va a pasar de ser un puerto precario que subsiste a expensas del contrabando a capital virreinal. Las transformaciones que se vivieron durante aquellos años fueron el resultado tanto de la influencia de agentes externos –el poder metropolitano y el resto de las potencias extranjeras-, como de la aceptación o no, apropiación y resignificación particular que dichos estímulos adquirieron en la ciudad en función de su propio desarrollo histórico.

² Por ejemplo en la década que va de 1740 a 1750 se publicaron un total de 129 autos ordinarios y solo 3 de buen gobierno.

³ Este escenario no es privativo de la ciudad de Buenos Aires, Morse (2003) explica que al fundar nuevos centros y/o conferir prerrogativas y poder en ciudades o aldeas preexistentes la corona española buscaba disolver y

Dicho desarrollo estuvo íntimamente vinculado a la posición estratégica del Río de la Plata como frontera natural entre las posesiones españolas y lusitanas y a las posibilidades comerciales que ofrecía la salida hacia el Atlántico. Desde la corona española se evaluó como necesario incentivar en la zona una gran empresa militar y naval y una política económica que permitiera a la región generar las rentas necesarias para mantener dicha empresa (CHIARAMONTE, 2005).

A partir de las década de 1740 los conflictos suscitados con Inglaterra y Portugal por el control del comercio a través del Atlántico comienzan a producir importantes cambios políticos, sociales y económicos en el Río de la Plata, que incluyen la utilización del puerto para dar salida a los productos arribados desde Paraguay y Cuyo (MILLETICH, 2000).

Además se instalaron en Buenos Aires sucesivos asentos de esclavos, lo que permitió a la ciudad expandir sus negocios y ganancias⁴, como también adquirir un acceso más fluido a bienes europeos (DE LA FUENTE MACHAIN, 1946). Otros factores brindaron a la ciudad la posibilidad de intensificar sus actividades comerciales y burocráticas por ejemplo, el contrabando desde Colonia de Sacramento, la afluencia de navíos de registro desde Cadiz a Buenos Aires a partir de 1720 y la instalación del correo marítimo (STUDER, 1984)

Dado el dinamismo comercial que adquirió, Buenos Aires funcionó como un importante polo de atracción tanto para aquellos denominados extranjeros, como para los españoles. Más allá de que el ingreso y la permanencia de los primeros fuera regulado con criterios restrictivos desde la península y que numerosos bandos de gobierno dieran cuenta de las intenciones de expulsión por parte de las autoridades locales. En este sentido, la ciudad vivencia un importante crecimiento demográfico, que la lleva a pasar de no contar con más de mil habitantes en el siglo XVII (HARDOY y GUTMAN, 1992, 42) a un total de 10056 hacia 1744 (JOHNSON y SOCOLOW 1980, 332).

El impulso que adquieren las actividades comerciales y el crecimiento demográfico en la zona comienza a repercutir de diversos modos sobre la fisonomía y la organización de la ciudad aunque el proceso de "modernización" fuera lento. La imagen de la ciudad era todavía la de una aldea polvorienta y sucia y el puerto seguía siendo miserable y precario (BERNAND, 1997). Sin embargo, se va a extender y ampliar el área construida en la ciudad, beneficiada a su vez por el aporte de nuevas técnicas y el acceso a mejores materiales para la construcción. Jorge Hardoy y Margarita Gutman (1992) explican que para 1730, se comienzan a cocer ladrillos y tejas, lo que permitió reemplazar el adobe y la paja en las viviendas y para el año 1760 la ciudad estaba compuesta por unas setecientas cuadras con distintos grados de ocupación. Alrededor de las cien cuadras del centro, existía una zona de transición de menor densidad formada por unas trescientas cuadras, algunas enteramente construidas y otras con muchos huecos, que se extendía hasta las quintas de los suburbios. En dicha zona de transición cuyas calles no contaban con iluminación

fragmentar las jerarquías emergentes en el nuevo mundo y someter a sus componentes al control metropolitano como medio para aumentar el poder real a expensas de las corporaciones y de los privilegios personales.

⁴Entre 1701 y 1715, la Compañía francesa de Guinea estuvo a cargo del tráfico de esclavos en Buenos Aires. Entre 1715 y 1750 funcionó en el actual barrio de Retiro de la ciudad de Buenos Aires, la Compañía británica a cargo del tráfico de esclavos en Buenos Aires.

ni empedrado, vivían los empleados de menor jerarquía de la administración; pequeños comerciantes y artesanos libres en viviendas de menor tamaño.

Tal como explica Samudio (2009) para caso de Mérida, el incremento demográfico en las últimas décadas coloniales y la consecuente expansión de los espacios habitacionales impuso la necesidad de la implementación de un orden de las vías públicas, a objeto de que se conservara el trazado geométrico de la antigua cuadrícula. Es así que se dispuso –al igual que en Buenos Aires– por diversos bandos la construcción de los solares vacíos para evitar que se oculten en ellos los que cometían “picardías” y en caso de no ser edificados se ordenaba su venta⁵.

En este contexto nuevos actores sociales influirán de maneras significativas tanto en la configuración de los espacios urbanos, como en el consecuente desarrollo y elaboración de medidas tendientes al control social. Las autoridades vieron como necesario reforzar el rol del gobierno en el ordenamiento de la vida cotidiana y en la creación y concreción de ciertas pautas de convivencia que se adecuaban a los nuevos escenarios que el crecimiento traía aparejados. Los bandos de gobierno fueron los instrumentos utilizados para ello.

3-El contexto político: el ejercicio del gobierno en el Antiguo Régimen.

Para comprender en términos formales el rol que cumplieron los bandos en la regulación de los diferentes aspectos de la vida urbana en la ciudad de Buenos Aires en su etapa colonial, se hace necesario remitirnos a las bases ideológicas sobre las cuales se levantaba el ejercicio del gobierno en el Antiguo Régimen. Según Guerra (1998), se trata de un gobierno que no es monopolio de las autoridades regias, si no que se encuentra distribuido y compartido entre los distintos cuerpos que componen la república.

En relación a los organismos de gobierno, Zacarías Moutoukias (2000), afirma que todos se encontraban estrechamente vinculados entre sí, lo que vuelve imposible comprender su funcionamiento por separado. Son precisamente las relaciones que se establecían entre dichos cuerpos y con los distintos estamentos que componían a la sociedad lo que daba forma a la vida política. En este punto, Lempérière (1998), entiende que existe un vínculo indisoluble entre lo público y su gobierno, en este caso el ayuntamiento, en tanto representante y apoderado de los intereses de la república urbana. Si bien en este trabajo concentraremos nuestra atención en el rol de los gobernadores, como encargados del gobierno de la ciudad cabe aclarar que los autores coinciden en ubicar al cabildo como actor decisivo de la vida política urbana (ARECES, 2000; ASSADOURIAN 2005; MARTIRÉ y TAU ANZOATEGUI, 2003). De hecho numerosas regulaciones que aparecían en los bandos de gobierno eran producto de pedidos, observaciones o preocupaciones que los capitulares expresaban al gobernador. Tau Anzoategui advierte que: “la regulación de los asuntos urbanos se hacía tanto por los funcionarios reales como por los ayuntamientos, sin que sea posible establecer una racional distinción en lo que le competía a uno” (1992,

⁵⁵Para observar estas cuestiones en otras ciudades hispanoamericanas consultar por ejemplo, para Chile GOICOVIC DONOSO, 2005; para Lima: PEREZ CANTO, 1985 y RAMÓN, 1999; para Córdoba PUNTA, 1997; para las ciudades en general: DE SOLANO 1990, entre otros.

358). Al respecto, Beato (2005) sostiene que, tanto el nacimiento como la vida de la ciudad se identificaba con el cabildo, aunque el mismo no contemplaba una base de representación popular, si no que más bien se identificaba con los intereses de la elite. La asiduidad con que los gobernadores comienzan a emitir mandatos tendientes a la regulación de la vida urbana a partir de 1740, no estará exenta de conflictos entre estos dos niveles de gobierno, tema que será materia de futuros estudios.

Para definir los bandos de buen gobierno, resulta imprescindible remitirnos a los trabajos realizados por Victor Tau Anzoátegui (1992, 2004). El autor los coloca en un lugar prominente como fuentes del derecho criollo con categoría propia y realiza una descripción pormenorizada de los mismos. El concepto de "Buen Gobierno" define, según él un conjunto de reglas determinadas. A fines del XVIII se las describía así:

...los reglamentos de barrer y regar las calles, cerrar las puertas de las casas de noche y llevar luz a determinadas horas, no correr por lo interior de las poblaciones a caballo, ni en carruajes, para evitar las desgracias que ocasionan estos excesos, sujetarse a las posturas de los comestibles y bebidas, no verter agua, guardar en las fondas, cafés, tabernas y casas públicas de juego aquellas reglas establecidas por el gobierno, y otras de esta especie, que contribuyen a la quietud de los pueblos, comodidad de las calles, hermosura y conservación de arboledas, caminos, fuentes públicas y paseos (TAU ANZOATEGUI, 1992, 353-354).

Se trata de mandatos gubernativos de aplicación local, que eran emitidos por los funcionarios reales superiores residentes en la ciudad, en este caso los gobernadores⁶. Lo que provee a la documentación de un estrecho contacto con el medio en que la misma iba a aplicarse. Es por ello que, según el autor se encuentran en las antípodas del derecho indiano de origen peninsular, ya que el mismo no contaba con una impresión directa de la realidad sobre la que se legislaba.

Continuando con el autor, él sostiene que los bandos constituyen, "el nivel más popular del ordenamiento jurídico" (TAU ANZOATEGUI, 1992, 351), tanto porque se aplicaban a todos los grupos sociales como porque el conocimiento de sus normas llegaba a los distintos estratos de la sociedad.

Al respecto, Lempérière (1998), menciona a los bandos, como un recordatorio constante de las actividades que eran consideradas aceptables y aquellas que no, y sostiene que la colectividad tenía derecho a fiscalizar las actividades de cada uno de sus miembros en el nombre del bien común. Lo que solo tiene sentido cuando es aplicado a un contexto urbano en el cual se desarrollan relaciones de interdependencia entre los distintos estratos sociales y no existe una demarcación tajante entre lo público y lo privado. Samudio (2009) advierte en este sentido, el carácter netamente urbano de los bandos como instrumento jurídico local, y cómo los mismos nos permiten develar la forma en que el sector ostentador del poder político se propuso reglamentar las construcciones ciudadinas y organizar los ambientes urbanos, mediante la doble función de la reglamentación estudiada; normar e informar. De hecho, Aspell (2005) sostiene que para poder ser ejecutada, la legislación requería de la colaboración efectiva de la población en general.

⁶ En este trabajo tomaremos bandos emitidos por Don Domingo Ortiz de Rozas (1742-1745), Don José de Andonaegui (1745-1755), Alonso de la Vega (interino) y Don Pedro de Cevallos (1756-1766)

Además, por ser el nivel de legislación más cercano a la gente, es quien más pudo influir sobre la conducta de la población analfabeta. Al respecto, Barreneche (2001) entre otros, advierte que a través de la lectura de los bandos podemos entrever la formación de un discurso de control social, temática sobre la que volveremos más adelante.

Hasta aquí hemos caracterizado brevemente el contexto en que la legislación a analizar fue elaborada. En los siguientes apartados buscaremos describir las particularidades que encierran los bandos como norma jurídica específica.

4-La estructura formal de los bandos

Como ya fue mencionado, existen una serie de trabajos que focalizan su atención en el análisis de los denominados bandos de buen gobierno, quedando algo descuidado el tratamiento de los bandos particulares. Sin embargo consideramos que los mismos representan una fuente de enorme riqueza para el estudio tanto del ejercicio del gobierno en la etapa colonial, como del estilo de vida, razón por la cual hemos decidido concentrarnos en estos últimos. Si bien reconocemos amplias similitudes entre los dos tipos de normas, buscaremos explorar las particularidades contenidas en los ordinarios a partir de una comparación con los análisis realizados sobre los bandos de buen gobierno en las ciudades hispanoamericanas.

Para dar visibilidad a las particularidades contenidas en los autos ordinarios, utilizaremos la descripción provista por Tau Anzoategui (1992, 2004) sobre la estructura de los bandos de buen gobierno, ya que resulta pertinente y compete a su vez a los autos particulares en la mayoría de sus partes constitutivas. A lo largo de los años, la documentación mantiene, una estructura formal prácticamente idéntica, salvo contadas excepciones. El autor detalla cinco partes que constituyen el esqueleto de los bandos de buen gobierno.

En principio encontramos la intitulación –que es esencialmente idéntica para los dos tipos de mandatos-, en la que constan el nombre, los títulos y el oficio de la persona que los dictaba.

En segundo lugar se desarrolla una cláusula introductoria, en la que se especifica a quien está dirigido el Bando: “Por el presente ordeno y mando a todas y cualesquiera personas estantes y habitantes en esta ciudad de cualquier calidad y condición que sean...”⁷ y/o se indican brevemente los motivos que suscitan el mismo: “Por cuanto por diferentes bandos está mandado....”⁸

En este punto quisiéramos destacar una diferencia que aparece entre los dos tipos de bandos y que está dada por la profundidad con la que el tema es presentado. En los de buen gobierno, en los que por definición se legisla sobre una variedad de temas, esta cláusula no suele tener la misma densidad que si cobra en los bandos particulares en los que se regula sobre un elemento o situación y en los que por lo

⁷ Bando del gobernador D. Ortiz de Rozas 23/06/1742 Archivo General de la Nación Argentina (en adelante A.G.N -A-) IX-8-10-1 Folio: 5.

⁸ Bando del gobernador D. Ortiz de Rozas 07/07/1745 A.G.N -A- IX-8-10-1 Folio: 69.

general, se detalla sobre los motivos que conducen a la imposición del mismo. Por ejemplo el gobernador Ortiz de Rozas en la introducción de un bando promulgado en junio de 1742 dice:

He visto que por las calles y en las orillas del río arrojan los animales muertos y ropas de difuntos lo mismo en los huecos inmediatos de las iglesias y porque esto es en perjuicio de la salud infectando el aire y el agua del río que es de la que se mantiene la ciudad por no haber otra, para que esto se evite ordeno y mando...⁹

José de Andonaegui en septiembre de 1753 advertía que:

...mande que los dueños de los huecos vacíos que hay en las calles de la traza de esta ciudad lo poblasen o cercasen para evitar las maldades que (...) de ambas majestades se cometen en ellos haciendo imposible coger a ningún delincuente por la facilidad de saltar por ellos a las casas...¹⁰

Alonso de La Vega como gobernador interino notaba que:

Por cuanto en las corridas de toros suceden muchas desgracias con el motivo de entrar dentro de la plaza muchas personas sin ser nombradas para torear y para evitar este desorden y evitar cualquier desgracia que por la multitud de gente puede suceder ordeno y mando¹¹

La gran mayoría de los bandos particulares cuentan con explicaciones similares sobre los elementos que motivan su emisión. En este sentido, se vuelve evidente que “toda norma jurídica refleja una realidad social de la que es, en buena parte, su consecuencia” (AMORES CARREDANO, 2004, 103). La cláusula introductoria tal y como aparece en los bandos ordinarios nos muestra una absoluta consustanciación con las problemáticas urbanas derivadas de su propio desarrollo así como la intención de parte de los gobernadores de brindar una explicación que justifique la emisión de los mandatos específicos. Se trataba de mostrar qué era evaluado como adecuado, útil y razonable de acuerdo a la experimentación, al conocimiento y al bien común.

Consideramos que estas líneas que aparecen como una justificación contienen un valor altamente “didáctico”¹², sobre todo si recordamos que los bandos tenían una amplia llegada en la población analfabeta y nos permiten observar en la práctica el modo en que los mandatos funcionaron como un elemento tendiente a la generación de un discurso de control social de la población en general (BARRENECHE, 2001), mediante el cual se instruía a los individuos sobre aquello que resultaba perjudicial al “bien público”. Además, en otro nivel de análisis, el modo en que la cláusula introductoria se presenta en los bandos particulares se convierte en un elemento rico en información tanto sobre el estilo de vida efectivo en la ciudad de Buenos Aires en la época colonial, como del estilo de vida ideal al que se aspiraba desde las esferas de poder.

Continuando con la descripción de Tau Anzoátegui, los bandos cuentan también con una parte dispositiva que para los de buen gobierno, el autor define como aquello que va a vertebrar el texto. En ellos las materias dispositivas se expresan por separado, recurriendo para ello a ítems o capítulos, en el caso de

⁹ Bando del gobernador D. Ortiz de Rozas 3/07/1742 A.G.N -A- IX-8-10-1 Folio 7-8.

¹⁰ Bando del gobernador J. de Andonaegui 11/09/1753 A.G.N -A- IX-8-10-2 Folio 30.

¹¹ Bando del gobernador interino A. De La Vega 27/11/1754 A.G.N -A- IX-8-10-2 Folio 83.

¹² Siguiendo la definición de la Real Academia Española, entendemos por didáctico aquello que es adecuado para enseñar o instruir.

los bandos particulares ya sea los que refieren a una sola norma, (que son la mayoría) como aquellas excepciones en las que se emiten más mandatos, no se utiliza ningún tipo de división por ítems o capítulos, sino que se continúa el texto. La disposición se inicia con la fórmula: “ordeno y mando”.

Luego encontramos las cláusulas penales en las que se estipulan las diferentes cargas punitivas. En las mismas están contempladas penas diferenciales de acuerdo al estatus y la “calidad” de cada infractor, de acuerdo con el régimen estamental vigente. Por último encontramos una cláusula final que prevé la suscripción y la publicación del documento, “Y para que llegue a noticia de todos y que ninguno pretenda alegar ignorancia se publicará a son de cajas de guerra y en los parajes públicos acostumbrados de esta ciudad” al pie de la misma quedaba registrado el acto de publicación del documento que se fijaban ya sea en los mencionados parajes “públicos y acostumbrados¹³” como en las puertas del Cabildo.

A partir de la breve descripción que realizamos sobre la estructura formal de la documentación notamos diferencias importantes entre los bandos de buen gobierno y los particulares. Tau Anzoátegui quien, como ya fue explicado analiza desde una perspectiva jurídica únicamente los primeros, marca como elemento central la parte dispositiva de los mismos en la que se “ordena y manda” sobre las diferentes materias.

Al ahondar en la lectura y el análisis de los bandos particulares, consideramos a los elementos “didácticos-justificativos” que aparecen en la introducción de la documentación cobran un peso y una importancia relativamente mayor en la estructuración de los mandatos, por el valor normativo que los mismos contienen. La introducción del mandato, informa e involucra directamente a toda la población urbana al expresar y desarrollar aquello que motiva la existencia de los diversos desórdenes que alteran la vida en la ciudad. Es allí donde se hace especialmente visible la proximidad que mantienen entre si la norma y aquello que es percibido como conflictivo¹⁴

5-Las dificultades que presenta la clasificación temática de la documentación.

Los bandos de gobierno legislaban sobre los diferentes aspectos que hacían a la vida y a la convivencia en la ciudad. Como fue explicado, en los de buen gobierno las materias sobre las que se regulaba se encontraban ordenadas por ítems o capítulos, volviendo relativamente sencillo para el lector un ordenamiento de tipo temático sobre cada uno de ellos. Tau Anzoátegui (1992, 2004) nos provee en este sentido de una clasificación en términos temáticos cuyo propósito es el de ofrecer un esquema conceptual empleando para ello un léxico moderno y favorecer así el análisis temático de las fuentes. Al momento de acercarnos a los bandos ordinarios se nos presentó la necesidad de organizar la

¹³ Bando del gobernador D. Ortiz de Rozas 3/07/1742 A.G.N -A- IX-8-10-1 Folio 8.

¹⁴ Debemos tener en cuenta que a lo largo de estos años diferentes individuos estarán a cargo del gobierno de la ciudad y sus diversas personalidades y preocupaciones quedarán también impresas en la documentación gubernativa. Variará la periodicidad con la que cada uno recurrirá a la emisión de Bandos, los temas sobre los que legislarán, como también los estilos a los que recurrirán. Dada la extensión del presente trabajo, no hemos podido desarrollar estas cuestiones con la profundidad que se merecen.

documentación de algún modo que resultase útil para los fines analíticos. Sin embargo al intentar aplicar la clasificación provista por el autor al contenido de los autos ordinarios la tarea no resultó sencilla.

A continuación reseñaremos brevemente la clasificación realizada por Tau Anzoategui (1992, 2004) con la intención de analizar las posibilidades concretas de aplicación a los autos ordinarios. El autor enumera las siguientes materias:

-Población: Implica a los mandatos destinados a conocer el estado de la población (confección de padrones, nombramiento de alcaldes de barrio), los que versan sobre la preservación del rango social y el uso apropiado de la vestimenta, así como también que los indios, los negros y los mulatos libres justifiquen sus medios de subsistencia y estén conchabados y la expulsión de la ciudad de vagamundos y holgazanes.

-Calles, veredas y edificios: se ocupan de la composición de las calles y de las veredas de la ciudad, del tipo de materiales que se utilizan para edificar, del trazado de las calles y de imponer ciertas normas para la edificación urbana.

-Tránsito y ordenamiento de la vía pública: se refieren a la prohibición de correr a caballo por las calles y de andar a caballo a la noche, como también de que las carretas y carretillas no atravesasen las calles durante la carga y descarga de mercaderías. Por otro lado se regula sobre la iluminación nocturna.

-Limpieza y salubridad: Ordenaba que los vecinos hagan barrer, limpiar y regar sus pertenencias y la prohibición de arrojar basura y animales muertos en las calles y en la ribera.

-Seguridad pública: Ordenaban la prohibición de portar armas y aparecen normas concretas a fin de prevenir robos y hurtos.

-Abastos: Se ocupaban del abasto y del mantenimiento de la población.

-Moralidad pública, juegos y bailes: mandatos destinados a evitar excesos y vicios y a encauzar los juegos y los bailes. Prohibición general a los juegos en pulperías y tiendas. Medidas aisladas para perseguir la embriaguez y que las mujeres se quedasen en la plaza y otros parajes después de la oración

-Trabajo: Dado que el trabajo era considerado como obligatorio (al menos para los que no tenían otros medios de subsistencia), la vagancia era considerada un daño social y por ende se imponía la expulsión de aquellos individuos.

Ahora bien, al intentar trasladar esta categorización temática a los autos ordinarios de manera que resultaran mutuamente excluyentes advertimos ciertas dificultades. Si bien, la gran mayoría de los bandos particulares buscan legislar sobre un único tópico, dentro del enunciado del texto aparecen referencias que resultan sugerentes, o legislan sobre otros. Por lo cual obtenemos un texto en el que los distintos temas se implican unos a otros. Por ejemplo en 1744 Domingo Ortiz de Rosas emitía el siguiente bando:

Por cuanto está mandado por este gobierno que en todas las tiendas y pulperías se pongan faroles desde la oración y los tengan en verano hasta las diez y en invierno hasta las nueve para que de este modo estén las calles claras y se eviten muchas ofensas que se cometen contra dios nuestro señor y porque muchos han abusado de este mandato, ordeno y mando que...¹⁵

¹⁵ Bando del gobernador D. Ortiz de Rosas 23/03/1744 A.G.N -A- IX-8-10-1 Folio 35

Esta cláusula introductoria aparecería dentro del ordenamiento de la vía pública, porque legisla sobre la iluminación nocturna, pero en la justificación del mandato aparece una referencia a lo que se definía como seguridad pública y aún a la regulación sobre cuestiones morales. De hecho el bando continúa en este sentido:

...y asimismo mando que desde las oraciones no vendan en la plaza ni en otro ningún paraje ninguna negra, india, mestiza ni mulata cosa alguna pena de cincuenta azotes en el rollo y del perdimiento de lo que se cogiere vendiendo aplicado para los pobres de la cárcel...¹⁶

Aquí se estarían ordenando cuestiones relativas tanto a la moralidad pública –dado que se prohíbe a las mujeres realizar actividades comerciales en la plaza por las noches- como también vinculadas a la población en general y sus actividades, yo que se especifica el tipo de mujeres sobre quienes cae la prohibición.

El 19 de julio de 1747 el Gobernador José de Andonaegui introduce un bando de la siguiente manera:

Por cuanto sin embargo de los repetidos bandos publicados para que ninguna persona de cualquier calidad o condición que sea compre a ningún indio, negro, mulato ni otra persona española sospechosa forastera cosa alguna de cuyos mandatos se ha abusado y por esta razón se cometen diferentes hurtos¹⁷

Aquí se encuentran involucradas cuestiones relativas tanto al control de la población –conocimiento de sus actividades y medios de subsistencia- como a la prevención de hurtos y al cuidado de la seguridad urbana, elementos que aparecen justificando la necesidad de un control sobre las actividades de indios, negros, mulatos y forasteros. A continuación el bando dispone:

...ordeno y mando a todos los mercaderes pulperos y a todas las demás personas vecinos y habitantes en esta ciudad de cualquier calidad y condición que sean que desde hoy en adelante ninguno compre cosa alguna a indio, negro, mulato ni otra cualquier persona forastera o sospechosa...¹⁸

Con lo cual se estaría regulando a su vez sobre cuestiones vinculadas al abasto de la ciudad y a la compra-venta de ciertos bienes. Vale aclarar que una de las preocupaciones recurrentes tanto de parte de los gobernadores como del Cabildo fue la de evitar que se produjeran ciertas especulaciones comerciales en torno a bienes de consumo indispensable (como la harina y el trigo) para lo cual se ordenaba su venta en la plaza mayor a fin de asegurar el abasto de la ciudad. Sumado a esto se buscaba limitar el contrabando de bienes provenientes de Colonia de Sacramento o de los distintos parajes de la campaña, con lo cual las prevenciones en torno al abasto de la ciudad se encontraban íntimamente vinculadas a la prevención de diferentes delitos y hurtos.

¹⁶ Bando del gobernador D. Ortiz de Rozas 23/03/1744 A.G.N -A- IX-8-10-1 Folio 35

¹⁷ Bando del gobernador J. de Andonaegui 19/07/1747 A.G.N -A- IX-8-10-1 Folio 134

¹⁸ Bando del gobernador J. de Andonaegui 19/07/1747 A.G.N -A- IX-8-10-1 Folio 135

En otro orden de cosas, la organización edilicia de la ciudad también se ve atravesada por diversas cuestiones. En 1747 el Gobernador José de Andonaegui explica que debido a las lluvias, las calles se han vuelto tan intransitables que no se puede “ni llegar a las iglesias, quedando muchos sin poder cumplir con el precepto y para que se pueda andar con alguna comodidad por las calles e ir a las iglesias” se ordena que todos los vecinos de “cualquier calidad y condición que sean”, que cada uno en su pertenencia “componga una barra de las paredes para afuera de la calzada de ladrillo o piedra” para que se pueda transitar y lo exige a la brevedad ya que será en beneficio de los dueños de otras casas y de la “causa pública”¹⁹. Aquí vemos como un componente moral aparece justificando la necesidad de componer las calles.

Sumado a la composición, el tema de la higiene y del aseo público no solo va a representar una problemática recurrente en la documentación sino que también nos genera dificultades a la hora de la categorización. Por ejemplo en 1748 José de Andonaegui insistía en que:

...lo infestas que se hallan sus calles de ella de las basuras que arrojan como también de los animales muertos y otras cosas fétidas y albañales y que de estos proviene la corrupción y peste infestando los aires y para que esto se evite y de que por las calles no anden cerdos que son los que causan el mal olor como también que los aguateros cojan el agua del río media cuadra adentro y no de los pozos donde van a lavar o de las orillas y cuya agua puede ser causa de algunas enfermedades por las cosas inmundas que lavan en dichos pozos ²⁰.

Aquí el gobernador se está refiriendo a la limpieza y salubridad de la ciudad, pero entendemos que la referencia a los cerdos que deambulan por las calles está implicando a su vez un ordenamiento de la vía pública. En este sentido llama la atención la correlación que se establece entre los intentos por intervenir sobre la circulación en las calles y sobre el control de las actividades de los porteños, en particular en relación al ocio y al trabajo. Alonso de la Vega, como gobernador interino a cargo de la ciudad por ausencia de Pedro de Cevallos, publicaba el siguiente bando en el año 1756:

Por cuanto se experimenta gran desorden en las corridas de parejas de caballos que acostumbran hacer varias personas no solamente en los días de fiesta que son los que por modo de divertimento lo suelen hacer si no también en los días de trabajo quitando con este motivo a muchas personas que concurren a ellas de que se ocupen en trabajar para mantenerse y a sus obligaciones y para que haiga remedio en este mal abuso y que cada uno se ejercite en su trabajo...²¹

En esta introducción podemos observar que las cuestiones relativas a la moralidad y los juegos cobran sentido en relación al valor que se le asignaba al trabajo y la consecuente valoración negativa otorgada a la vagancia. Pero además el gobernador ordena y manda:

que desde hoy en adelante ninguna persona corra las dichas parejas en los días de trabajo con ningún pretexto ni motivo y las que corrieren en los días de fiesta sean en los extramuros de esta ciudad y no en las calles pena al que lo contrario hiciere de cien pesos y perdimiento de los caballos...²²

¹⁹ Bando del gobernador J. de Andonaegui 12/05/1747 A.G.N -A- IX-8-10-1 Folio 122-123.

²⁰ Bando del gobernador J. de Andonaegui 01/03/1748 A.G.N -A- IX-8-10-1 Folio 164-165.

²¹ Bando del gobernador interino A. De La Vega 28/01/1756 A.G.N -A- IX-8-10-2 Folio 133.

²² Bando del gobernador interino A. De La Vega 28/01/1756 A.G.N -A- IX-8-10-2 Folio 133.

Con lo cual observamos cómo se suma un control sobre el tránsito al interior de la ciudad, incluso en los días de fiesta.

Es precisamente en el modo en que los temas van implicándose mutuamente al interior del texto donde vemos ejemplificada una de las características más importantes de los bandos en tanto discurso de control social. La implicación de las diferentes temáticas entre sí no era una construcción artificial que cobraba vida en el texto legislativo sino una consecuencia directa del modo en que las problemáticas urbanas eran percibidas, por ejemplo; la vagancia conducía, entre otras cosas, a los juegos prohibidos, a las corridas de caballos dentro de la ciudad y por ende a los desordenes en la vía pública. En el Antiguo Régimen la vida privada es regulada en función de los perjuicios o beneficios que comportan para la vida pública, sin que se estableciera una diferencia entre ambas. Más allá del tema central sobre el que se estaba ordenando, se buscaba imponer ciertas pautas de conducta específicas, que no se pueden diferenciar de manera excluyente a partir de parámetros modernos.

6-Reflexiones finales

En este trabajo hemos reseñado algunas de las particularidades contenidas en los bandos ordinarios, en especial aquellas que los diferencian de los denominados de buen gobierno. En primer lugar el valor de la clausula introductoria como elemento “didáctico” o “instructivo” tendiente a la justificación de las ordenes y mandatos emitidos. Por otro lado el modo en que las temáticas sobre las cuales se legisla se implican unas a otras mostrándonos las dificultades que encierra una clasificación excluyente en torno a las mismas dado que cada ordenanza contiene en sí misma una complejidad social, política y jurídica subyacente. Los bandos ordinarios aparecen reforzando mandatos contenidos en los de buen gobierno o bien llamando la atención sobre determinadas contingencias que preocupaban a las autoridades.

En este sentido es importante remarcar que el presente análisis se enmarca en la ciudad de Buenos Aires en un período de importante crecimiento en diversos planos que traerá consigo a nuevos actores y con ellos novedosos escenarios de conflictividad. En este contexto de fuertes transformaciones, los bandos de gobierno van a buscar el desarrollo de medidas de control que indiquen o recuerden a la población de la ciudad aquello que está permitido y aquello que no. Sin embargo, así como la ciudad transita y se desenvuelve, lo mismo sucede con los mandatos gubernativos. La no existencia de un cuerpo legislativo uniforme y claro para los asuntos de cotidianos de la ciudad, la aparición de contingencias que irrumpen en la legislación y se vuelven visibles por la recurrencia con la que son reguladas, las preocupaciones específicas de cada gobernador y cada época, y los conflictos entre los órganos de gobierno fueron creando un cuerpo documental que parece disímil y caótico y que dificulta la clasificación. Sin embargo, estas mismas cuestiones son las que nos permiten ahondar en el estudio sobre el modo de vida y sobre la generación de discursos específicos en relación al control social. Razón por la cual consideramos que un estudio pormenorizado de la estructura particular y la forma de presentación y justificación de los bandos ordinarios, nos posibilitará vislumbrar más claramente estos temas.

Vinculamos esto a dos cuestiones que están a su vez relacionadas entre sí. Por un lado, a las características particulares de una sociedad y una organización política de Antiguo Régimen en la cual no existía una división tajante entre lo público y lo privado. Por el otro, la estructura y función particular de los bandos, específicamente visible en su componente “didáctico-justificativo”, lo que se vuelve más significativo aún si recordamos que los bandos contaban con una amplia llegada a la población analfabeta.

Entendemos que desde un punto de vista exclusivamente jurídico sea plausible una clasificación temática que logre una cierta exhaustividad (siempre teniendo en cuenta que toda clasificación tiene un importante componente de arbitrariedad). Sin embargo cuando analizamos los bandos desde una perspectiva más cercana a la antropología histórica los dispositivos “didácticos-justificativos” cobran relevancia como elementos distintivos y hacen que para el análisis queden asociados dentro de un mismo bando distintos temas, más allá de que el mandato sea unitario

Hemos esbozado algunos ejemplos y una aproximación al análisis de los bandos ordinarios, pero creemos que es necesario desarrollar un trabajo más exhaustivo en torno a dicha documentación que ahonde, en los temas presentados como también en la recurrencia y en la evolución con la que aparecen diversas preocupaciones, en los posibles efectos y consecuencias reales que los mandatos lograron a lo largo de los años en que fueron emitidos y en los conflictos suscitados entre niveles de gobierno y cómo se plasmaron a su vez en la documentación.

7- Bibliografía

AMORES CARREDANO, J. B. (2004) “Ordenanzas de gobierno local en la isla de Cuba (1765-1786)”. En: *Revista complutense de historia de América*, España, vol. 30, pp: 95-109.

ASSADOURIAN, C. (1986) “La conquista”, ASSADOURIAN, C, G. BEATO y J. C CHIARAMONTE, *Historia argentina II. De la conquista a la independencia*. Buenos Aires, Editorial Paidós, 2005, pp: 13-116.

ASPELL, M. (2005) “Los bandos y autos de buen gobierno en Córdoba del Tucumán (siglo XVIII)” En: *Cuadernos de historia*, Instituto de historia del derecho y de las ideas políticas Roberto I. Peña, Córdoba, N° 15, Pp 53-79.

BARRENECHE, O. (2001) *Dentro de la ley, todo. La justicia criminal de Buenos Aires en la etapa formativa del sistema penal moderno de la Argentina*. La Plata, Ed. Al margen 2001

BEATO, G. (1986) “La época colonial entre los años 1600 y 1750”, ASSADOURIAN, C, G. BEATO y J. C CHIARAMONTE, *Historia argentina II. De la conquista a la independencia*. Buenos Aires, Editorial Paidós, 2005, pp: 117-280.

BERNAND, C. (1997) *Historia de Buenos Aires*. Buenos Aires, Fondo de cultura económica, 1999.

CABALLERO CAMPOS, H. (2007) *Los bandos de buen gobierno en la provincia del Paraguay (1778-1811)* Asunción, FONDEC, 2007

CHIARAMONTE, J. C. (1986) “La etapa ilustrada 1750-1806” ASSADOURIAN, C, G. BEATO y J. C CHIARAMONTE, *Historia argentina II. De la conquista a la independencia*. Buenos Aires, Editorial Paidós, 2005, pp: 281-365.

DE LA FUENTE MACHAIN, R. (1946) *Buenos Aires en el siglo XVIII*. Buenos Aires Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, Secretaria de cultura, 1946.

DE SOLANO, F (1990) *Ciudades hispanoamericanas y pueblos de indios*. Madrid, Biblioteca de historia de América, Consejo superior de investigaciones científicas.

GOICOVIC DONOSO, I (2005) "Ámbitos de sociabilidad y conflictividad social en Chile tradicional: Siglos XVIII y XIX" *Rev. - Esc. Hist.* [online]. ene./dic. 2005, vol.1, no.4 [citado 07 Noviembre 2008], p.23-50. Disponible en la World Wide Web: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1669-90412005000100002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1669-9041

GUERRA, F-X y LEMPÉRIÈRE, A. (1998) *Los espacios públicos en Iberoamérica. Ambigüedades y problemas. Siglos XVIII y XIX*. México, Fondo de cultura económica, 1998.

GUTMAN, M. y HARDOY, J. (1992) *Buenos Aires. Historia urbana del área metropolitana*. Madrid, Editorial Mapfre, 1992.

JOHNSON L. y S. SOCOLOW (1980) "Población y espacio en el Buenos Aires del siglo XVIII" En: *Desarrollo económico*, Buenos Aires, 20:79, octubre-diciembre, pp 329-349.

PÉREZ CANTÓ, M. P. (1985) *Lima en el siglo XVIII. Estudio socioeconómico*. Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid.

PORRAS ARBOLEDAS, P. A. (2005) "La vida cotidiana en el Motril en la época moderna a través de los autos de buen gobierno" En: *Cuadernos de historia del derecho*, Universidad complutense de Madrid. Madrid, n° 12 pp 151-171.

SAMUDIO, E. (2009) "Los bandos de buen gobierno y ordenamiento de la vida urbana en Mérida, Venezuela: 1770-1810". KINGMAN GARCÉS, E (ed.) *Historia social urbana. Espacios y flujos*, Quito, Colección 50 años, FLACSO, pp: 173-186.

STUDER, H. (1984) *La trata de negros en el Río de la Plata durante el siglo XVIII*, Buenos Aires, Libros de Hispanoamérica, 1984.

MARTIRÉ, E. y V. TAU ANZOATEGUI (1975) *Manual de historia de las instituciones argentinas*. Argentina, Editorial Perrot, 2003.

MILLETICH, V. (2000) "El Río de la Plata en la economía colonial", TANDETER, E (dir). *Nueva historia Argentina, la sociedad colonial*, Tomo II, Buenos Aires Editorial Sudamericana, pp: 189-240.

MORSE, R. M. (2003) "El desarrollo urbano de la Hispanoamérica colonial", SANCHEZ ALBORNOZ, N et al. *América Latina en la época colonial. Tomo II: Economía y sociedad*. Barcelona, Editorial Crítica, pp 273-306.

MOUTOUKIAS, Z. (2000) "Gobierno y sociedad en el Tucumán y el Río de la Plata, 1550-1800", TANDETER, E (dir). *Nueva historia Argentina, la sociedad colonial*, Tomo II, Buenos Aires Editorial Sudamericana, pp: 355-412.

PERÉZ CANTÓ, M. P. (1985) *Lima en el siglo XVIII. Estudio socioeconómico*. Madrid, ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid.

PUNTA, A. I. (1997) *Córdoba borbónica. Persistencias coloniales en tiempo de reformas (1750-1800)*. Córdoba, Universidad nacional de Córdoba, dirección general de publicaciones.

RAMÓN, G (1999) "Urbe y orden: evidencias del reformismo borbónico en el tejido limeño". O'PHELAN GODOY, S. (Comp) *El Perú en el siglo XVIII. La era borbónica*. Lima, Pontificia Universidad católica del Perú. Instituto Riva-Agüero. pp 295-324.

TAU ANZOATEGUI, V. (1992): "Los bandos de buen gobierno de Buenos Aires en la época hispánica". En: *La ley en América hispana. Del descubrimiento a la emancipación*. Cap X. Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, pp: 349-405.

TAU ANZOATEGUI, V. (2004) *Los bandos de buen gobierno del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo (época hispánica)*. Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho, 2004



ENSAYO

PASIÓN DEMOCRÁTICA: ¿PASIÓN PÚBLICA O PASIÓN POR EL PODER?

Por Alicia Noemí Farinati

RESUMEN

Las principales características de las democracias nos permiten advertir un profundo cambio entre las políticas de los siglos precedentes, y las que son el resultado de la segunda parte del siglo XX. La jungla en las relaciones se ha trasladado ahora a la división entre estado y mercado. En este contexto, la autora pretende reflexionar sobre la importancia de la pasión de los gobernantes en el gobierno de las democracias a partir del aporte de G. W. F Hegel en ese sentido.

PALABRAS CLAVE

PASIÓN – DEMOCRACIA - HEGEL

DEMOCRATIC PASSION: ¿PUBLIC PASSION OR PASSION FOR POWER?

By Alicia Noemí Farinati

ABSTRACT

The main features of democracies allow us to notice a profound change from the policies of previous centuries, which are the result of the second half of the twentieth century. The jungle in relations has now moved to the division between state and market. In this context, the author tries to reflect on the importance of passion in the government leaders of democracies from the contribution of G. W. F Hegel in this regard.

KEY WORDS

PASSION – DEMOCRACY - HEGEL

PASIÓN DEMOCRÁTICA: ¿PASIÓN PÚBLICA O PASIÓN POR EL PODER?

Por Alicia Noemí Farinati¹

“La misión una vez que la verdad del más allá se ha desvanecido, es establecer la verdad de aquí abajo” Karl Marx.

“Explicar la historia es develar las pasiones del hombre, su genio y sus fuerzas activas” George W. F. Hegel.

I. Introducción a la pasión: el Siglo XVIII

¿Son los hombres como los considera Voltaire en *Zadig*: ¿“Insectos devorándose los unos a los otros sobre un pequeño átomo de barro”? La vida no es en fin y de alguna manera sólo una farsa cruel, que no tiene ni siquiera el mérito de ser lógica, y tan locamente armada que las cosas más insignificantes terminan en el más terrible de los efectos, se pregunta una vez más Voltaire. Tienen los hombres por delante un largo desierto y el abismo de la destrucción al fin del desierto, se pregunta Federico II.

Sin embargo y junto al pesimismo, el siglo de la modernidad, el siglo XVIII da rienda suelta a los instintos, a la moral, y a las pasiones. Si en ese siglo las pasiones son un hecho natural, no sería sino un error pretender su supresión. Por el contrario, las pasiones son como la savia de las plantas, nos hacen vivir, son necesarias a la vida del alma, tanto como los apetitos son necesarios a la vida del cuerpo, ¿negaríamos de alguna manera el hambre y la sed? Las pasiones son útiles y para probarlo (HAZARD, 1963: 165) se repetía una metáfora, bien platónica, ésta- que pasaba de libro en libro: de la misma manera que los pilotos temen las aguas tranquilas y llaman a los vientos para que empujen a sus barcos, aunque fuese necesario soportar tormentas, así mismo las pasiones nos animan, nos impulsan, aunque a veces nos sumerjan: pero tengamos cuidado, sin ellas no podremos navegar.

Las pasiones podrán ser gobernadas, la moral es el motor que la conduce, y será “el piloto, el compás y la carta” que permitirán al hombre seguir la ruta que la naturaleza le indica en pos de la felicidad. Puesto que sí, la pasión tiene una meta, la felicidad, que debe de ser rehabilitada, después de siglos de postergación, entendida como don del Ser supremo a sus criaturas.

La pasión, en tanto sensación nos indica lo que debemos buscar o rechazar, perseguir o huir, los bienes tras los cuales volamos o los males de los cuales nos apartamos, y su forma más viva, la voluptuosidad, es la forma de la reproducción de nuestra especie. Voltaire afirma “Soy un filósofo muy

voluptuoso”, quizás sería conveniente preguntárselo a Mme. Du Chatelet, ¿voluptuosidad o celos?, ¿voluptuosidad y pasión o egoísmo?

Al mismo tiempo que la pasión, el S. XVIII comprende a la razón como la gran ley del mundo, sometida a la verdad, como fundamento de la moralidad, lo que nos lleva a una moral natural cuyas consecuencias son divergentes, por un lado la legitimidad del amor propio, que ofrece además la ventaja de estar al alcance de todo el mundo.”Esta fuerte afección que la pura naturaleza nos inspira para nosotros mismos, nos dicta deberes para nuestro cuerpo y nuestra alma” dice Toussaint en *Les Moeurs* de 1748, (HAZARD, 1963: 166) “El amor del bienestar es mayor que el de la existencia misma, o para decirlo como Mme. D’ Epinay al abate Galiano “ La primera ley es la de ocuparse de uno mismo, no es cierto?” en una carta fechada el 29 de septiembre de 1769. El amor propio es más simple que el amor divino, un principio más general, dice Federico Guillermo II.

¿Se trata pues de dejar libre curso al egoísmo desenfrenado?, de ninguna manera, la razón, como ya lo dijimos dirige el placer que resentimos al perseguir nuestro propio placer e interés, nuestra propia pasión, distingue entre la calidad de los placeres, los jerarquiza y nos aconseja, “en realidad es nuestro propio tirano”, a diferencia de lo que podría parecer.

“El vicio no es otra cosa que el exceso- tal como lo pensaban los griegos, el vicio no es sino la *hybris*, el exceso, la desmesura-, la mala aplicación de las pasiones, que son naturales e inocentes, útiles y necesarias. La virtud consiste en la moderación y el gobierno, el uso y aplicación de los apetitos, de los deseos, de las pasiones, de conformidad con las reglas de la razón, y en consecuencia en oposición a los impulsos ciegos”. Y es aquí donde aparece el segundo punto que marca el límite al primero, la búsqueda de nuestro interés no debe avanzar sobre el interés de los otros, principio formal clave del orden liberal que será incorporado al constitucionalismo post revolucionario,- entendiendo con esto que “no hay felicidad individual fuera de la felicidad colectiva”.

La naturaleza inspira al hombre el amor por el placer y el miedo al dolor, y todo tiende a probarle al hombre los beneficios de la sociabilidad, nos dice el Baron d’ Holbach, en *De la política natural, De la sociabilidad*, de 1772-, pero será d’Alembert que nos alerta sobre “...la necesidad mutua que los hombres tienen los unos de los otros, sobre sus deberes recíprocos, sobre todas esas cuestiones que parecen indicar que la moral tiene en nuestro corazón una solución siempre lista, que a veces las pasiones nos impiden seguir, pero que no son destruidas jamás....” (HAZARD, 1963: 167). La reciprocidad compone la relación, trabajando para el otro, lo hacemos para nosotros mismos. Increíble principio éste que veremos aparecer invicto en la Fenomenología, y en la Filosofía de la Historia hegelianas, transformada en la astucia de la razón, y que luego reverdecerá una vez más en Marx.

Hasta aquí pareciera que no es mucha la diferencia entre política y moral, la virtud sería su principio y su fin, y la buena fe es el árbitro entre las relaciones individuales y el príncipe. “Ardor,

¹ Universidad de Buenos Aires. Un esbozo de este texto fue leído en el Coloquio internacional “Pasión Pública, Pasión privada” 19-20.VI.08, organizado por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

candidez, inocencia, y magnífica ignorancia de las necesidades que se imponen al hombre de Estado” (HAZARD, 1967: 175).

II. La pasión pública en la historia: Hegel

Hegel en tanto culminación de la filosofía del S. XVIII y apertura de la del S. XIX, (HIPPOLITE, 1968: 41) algunos años más tarde dirá en la *Fenomenología del Espíritu*, y en *La razón en la Historia*: “La individualidad del curso del mundo puede creer e imaginarse sus acciones solamente para sí, en su propio provecho, de manera egoísta, pero siendo - la acción- mejor que lo que la propia individualidad cree, su operación es siendo en sí, al mismo tiempo una operación universal. Cuando actúa de manera egoísta simplemente no sabe lo que hace; y cuando asegura que todos los hombres actúan egoístamente, afirma entonces y solamente que todos los hombres no tienen ninguna conciencia de lo que es la operación” (HEGEL, 1947: 320/321).

La historia, donde van a inscribirse las acciones humanas, no es una larga e ininterrumpida serie de errores y de fracasos, sino una experiencia acumulativa, no es sino la realización íntegra de una fuerza infinita, escondida en el fondo de un ser, que originalmente no es nada y que va a devenir todo, es en resumen la fuerza infinita de la negatividad y de la inquietud humanas; pues de “muchas maneras, ausencia de comienzo y ausencia de fin, ausencia de fundación y ausencia de culminación, Hegel es lo contrario de un pensador “totalitario” (NANCY, 1997: 14).

El hombre en tanto *Logos* está fijo, y fijo necesariamente en la serie de la progresión, esta progresión no conlleva ninguna estación, ninguna parada, y no se satisface con el momento anterior, el “ resultado de esta progresión es que el Espíritu en la medida en la cual se objetiviza, y piensa su ser, destruye por un lado la determinación de su ser, pero aprehende por otro lado lo universal del mismo y de este modo da a su principio a un nuevo destino” (HEGEL, 1968: 74/75).

Sólo hay que alabar “la paciencia de la historia”, pues si se mueve tan lentamente “es porque el Espíritu debe experimentar, exteriorizarse, y re-interiorizar- *Er- innern-* toda su riqueza, su sustancia en el mundo, trabajar con los materiales impropios que le ofrecen las pasiones y los intereses humanos para poder alcanzar, al fin su “verdad”...” en tanto el espíritu no es una construcción abstracta, una abstracción de la naturaleza humana, sino que es completamente individual, activo integralmente vivo... su objeto es sí mismo...” el espíritu es consciente sólo en tanto tiene conciencia de sí”... “y llega a un contenido que no encuentra todo hecho delante de sí, sino que lo crea haciéndose el mismo su propio objeto y su propio contenido” (HEGEL, 1968: 95).

El hombre hegeliano, ese *Logos* encarnado se realiza en el tiempo, el tiempo es su “destino”- del individuo, del pueblo, o destino en general- y su “necesidad”. Es en ese mundo donde se hacen y deshacen las pasiones, las ilusiones, y los errores de los hombres, en un juego aparentemente superficial, de pasiones y aspiraciones accidentales, “solamente humanas” (HEGEL, 1968: 108) y aquí ...es donde estamos en el corazón de la visión hegeliana del mundo”, y es dice Hegel “la tragedia que lo Absoluto

juega eternamente consigo mismo; se engendra eternamente en la objetividad, se libra bajo esta figura que es la propia a la pasión y a la muerte, y se eleva de sus cenizas a la gloria”.

La historia ese lugar de la “desrazón”² (HEGEL, 1968: 103) es “ese valle de osamentas”, donde vemos los fines “más grandes y más elevados deshechos y destruidos por las pasiones humanas”, y en la medida en que se nos aparece – la historia- como “el campo de batalla- *Schlachtbank*, en realidad, el matadero- donde han sido sacrificados la felicidad de los pueblos, la sabiduría de los Estados y la virtud de los individuos, la cuestión que se plantea es cuales son los fines para los cuales esos inmensos sacrificios fueron llevados a cabo” ...“La historia es trágica, dice Hegel, pero expresa la condición absoluta, de la misma manera que el héroe trágico no puede huir de su destino” (HEGEL, 1968: 103 y ss).

Puede verse su versión “pesimista” de la historia como proceso absurdo – versión pesimista que según Ch. Bouton y J. D’Hondt (BOUTON, 2005: 300 y ss.; D’HONT, 1968: 83-113), Hegel toma de Volnay en “Las ruinas o Meditaciones sobre las revoluciones de los imperios, traducido en 1792 -y que Hegel leyó en la revista alemana *Minerva*- el destino del hombre es “la pobreza, las preocupaciones, la cólera, la indiferencia, el frenesí de las pasiones, la persecución enconada de fines unilaterales”, y sus motivos no pueden elevarse jamás a las premisas de la moral; versión pesimista que aparece en *La Razón en la Historia*, bajo el tema de la caducidad, de los imperios, por ejemplo. La razón impersonal y abstracta desprecia a la pasión “como una cosa que no es buena, que es más o menos mala, el hombre – dicen, -en una crítica al moralismo kantiano- no debe de tener pasiones”, pero en realidad “la pasión y el interés son los únicos móviles eficaces y por ende los verdaderos vehículos del espíritu. Una abstracción tan vacía como el bien por amor al bien no existe en la realidad viviente, los hombres no actúan sino persiguiendo sus propios fines y sus intereses particulares. Y Hegel ensalza el “pasional” de la historia, en plena tormenta de pasión revolucionaria su entendimiento se manifestó contra la poderosa alianza de los numerosos partidarios de lo antiguo- del pasado- y...triumfaron en hacer nacer un orden ético nuevo... “El pensamiento, el concepto del derecho se hizo valer de repente y el (HEGEL, 1967: 339/340) viejo edificio de la iniquidad no pudo resistirse. En el pensamiento del derecho se constituyó entonces una Constitución, y de ahora en más, todo debía reposar sobre esta base. Desde que el sol se encuentra en el firmamento y que los planetas giran alrededor de él, no se había visto al hombre colocarse con la cabeza para abajo, o sea fundarse sobre la idea y construir a partir de ella la realidad”. Y a este respecto las ideas sobre la diferencia entre revolución francesa y el estado de Alemania en esa época se pueden leer en las *Lecciones sobre la Filosofía de la historia* y en *La Razón en la Historia*.

Contra una visión intelectual de la historia, en Hegel la pasión no expresa sino que “un sujeto tiene todo el interés vivo de su espíritu. De su talento, de su carácter, de su goce en un solo contenido. Nada de grande no se ha producido jamás en el mundo sin pasión, nada de grande puede llevarse a cabo sin ella. No es sino una moralidad muerta, hipócrita la más de las veces, la que desata su lucha contra las pasiones como tal, “puesto que nada se realiza sin interés” (HEGEL, 1968: 108/ 125) y diríamos sin su interés apasionado.

III. La acción de los hombres y la acción de los héroes

Esta especie de “santificación” como la llama K. Pappaioannou, de la acción, -suponiendo que existiese otra posibilidad, salvo para el caso de un estado Hamletiano –que es evidentemente una toma de posición de Hegel en contra de la concepción pesimista y fatalista de la historia- vía el interés y la pasión que incita a los individuos a salir de su muda interioridad, y de la muda interioridad de “maestro de escuela” moralizante que aborrece Hegel, y que utilizará el espíritu para realizar a través de la pasión algo más elevado (HEGEL, 1968: 126).

Son los héroes, los que toman el destino entre sus manos y lo efectivizan: “Es el espíritu escondido, dice Hegel, todavía subterráneo, que no ha llegado a su existencia, pero que golpea contra el mundo actual porque lo ve sólo como una cáscara que no conviene, que no cuadra con la semilla que lleva adentro”, “El gran hombre, inflamado de pasión y de lucidez sabe que su obra corresponde a su época, no hace sino expresar las tendencias más profundas de su época”, son los grandes caracteres aquellos que, cada vez, han encontrado la solución apropiada”(HEGEL, 1968: 113 -121). Esos héroes, que fascinaban a Hegel, los fundadores de estados o grandes estrategias, que se llaman Alejandro, César o Napoleón, pero también Antígona, encarnan en un momento dado la voluntad general que se impone al pueblo a pesar de éste. “Todos los estados han sido fundados por la fuerza de grandes hombres....el gran hombre tiene algo en sus rasgos que hace que los otros lo llamen su jefe, su amo, su conductor, y le obedecen contra su voluntad”, (HEGEL, 1968: 120-129) pero Hegel sabe que no pueden triunfar si no son seguidos por su pueblo, sólo con la condición de que se acuerden con el espíritu de los pueblos. Los héroes que lo olvidan, la búsqueda de la libertad, y el avance de los pueblos en su descubrimiento no pueden ni convencer ni triunfar.

Su rol es fundamental puesto que la voluntad general tiene necesidad de un instrumento humano para efectivizarse, como ya lo dijimos. Hegel se inspira – como surge del curso de 1827-28 consagrado al espíritu subjetivo- en Sófocles para articular su teoría de la pasión, y su figura modelo no será Edipo sino Antígona, la joven que se rebela contra el poder, aún a riesgo de su vida en nombre del culto a la familia, o más bien dicho contra la arbitrariedad del príncipe. El combate del *pathos* trágico no es jamás privado, es en el ágora, en la escena pública donde tiene lugar, puesto que va más allá de los intereses particulares, en una causa superior, todo como la pasión que muestra la heroína no hace sino poner en acto un principio universal interiorizado por ella. Es su acción la que realiza la historia, es el individuo apasionado el que puede volverla realidad.

Ahora bien, esos héroes (HEGEL, 1968: 121) han comprendido los tiempos antes que los demás, y que en consecuencia han tomado el destino entre sus manos, han actuado solamente arrastrados por la pasión de dar a luz un nuevo estado, una nueva sociedad, “es su interioridad inconsciente que los grandes hombres llevan a su conciencia” (HEGEL, 1968: 121). Han hecho suya la voluntad general para no abandonar la historia a un destino ciego y de violencia, para transformarla en un destino de libertad, o

² Ver también Bernard Bourgeois, “Hegel et la déraison historique, Puf, 1992, p. 271-295.

en realidad lo han puesto en práctica como una nueva forma de poder? Destino que no olvidemos no es la *Ananké*, lo ineluctable -de un destino- que deja fuera toda libertad, del cual no podemos escapar, sino que se mueve en un conjunto de urdimbres y tramas, que ele permiten al mismo tiempo un margen de libertad- bordar esa misma urdimbre con el huso que mueven los hombres para efectivizar la historia.

Hablar hoy, a comienzos del S.XXI que la historia es racional pudiera parecer banal y fuera de época. Pero si analizamos la cuestión en su contexto histórico, en el final de la época de las Luces, decir que la historia es racional, significa decir que no obedece ni a la providencia, ni a la naturaleza, ni al destino ni al azar. Significa decir lo que Hegel dice, que no es sino la obra de la libertad en conquista de la libertad: "La historia universal es el progreso en la conciencia de la libertad, un progreso que debemos reconocer en su necesidad" (HEGEL, 1968: 84).³ La posibilidad de su factura encontrará, más tarde, una fórmula consagratoria: "Los hombres hacen su propia historia, pero no la hacen arbitrariamente, en las condiciones elegidas por ellos, sino en las condiciones directamente dadas y heredadas del pasado. La tradición de todas las (MARX, 1969: 15) generaciones muertas pesa fuertemente sobre el cerebro de los vivos".

La posibilidad de una factura de la historia en aras de la libertad, y de la igualdad, principios de la revolución del 89, pero que se manifiestan hoy en toda su amplitud, gravedad y necesidad, no hace sino poner de relieve lo fructífero del análisis de la historia hegeliana; si no existe a priori ninguna garantía supra-histórica será justamente la pasión del pueblo -das *Volk*- que en su conjunto efectivizará -*Tatig*- la libertad y la igualdad.

IV. Pasión, siglo XXI y democracia

Edoxé to demo

Al analizar las conclusiones de los dos pasos previos, en los cuales la democracia no fue el motor determinante de las políticas de estado, será interesante reflexionar sobre la importancia de la pasión de los gobernantes en el gobierno de las democracias.

Las principales características de las democracias nos permiten advertir un profundo cambio entre las políticas de los siglos precedentes, y las que son el resultado de la segunda parte del siglo XX. La jungla en las relaciones se ha trasladado ahora a la división entre estado y mercado. Nuevas formas de imperialismo que obedecen a un estado liberal voluntario de economía mundial, FMI, Banco Mundial, etc., junto a un imperialismo de vecinos. En todo caso, este nuevo estado ha surgido de la encrucijada que significa saber si la propiedad privada y el lucro son o no legítimos a cualquier precio, dado el conflicto dentro de ellos mismos que no viene solamente de la violencia y de las guerras, sino sobre todo al debilitamiento del Estado mismo y por ende de la privatización de la violencia.

Una sociedad con un estado debilitado es sin lugar a dudas el blanco de las amenazas del mercado y de las tecnologías y una de las maneras de salvarlos de su propia destrucción es a través de las democracias. En sus diferentes formas históricas, como el gobierno de los mejores, el de los propietarios,

desde forma de gobierno corrupta hasta hacer una democracia de mercado, el doble discurso sobre ella no es nuevo.

Sin embargo la democracia y las pasiones que ella suscita en el demos y en sus conductores, la “vida democrática” en fin ha desafiado (RANCIERE, 1995: 14) todos los aspectos de la actividad de los estados y desafiado todos los principios del buen gobierno, la autoridad de los poderes públicos, el saber de los expertos, y el saber hacer de los pragmáticos.

Cuál será el remedio para ese exceso de pasión, de fiebre democrática en la vida pública? Hoy el mercado cumple con creces lo que ya sabía la antigüedad: el desvío de las pasiones y de las energías hacia la búsqueda del bienestar y de la felicidad personales, de las relaciones sociales y last but not least, la infinita búsqueda del lucro en una multiplicación de aspiraciones que verán rápidamente disminuir la vitalidad política y las pasiones por la cosa pública en aras de una bienhechora despreocupación por las instituciones, el demos y las igualdades.

De esta manera, con el fervor puesto allí donde debe de estar, la “ingobernabilidad” de la democracia se morigera, y sólo toca a los príncipes que nos gobiernan. El plus de vitalidad colectiva desaparece ante los pliegues de las tecnologías de punta, la vieja oposición entre la buena democracia liberal y de los derechos humanos y la mala democracia igualitaria también desaparecen, pues sin pasión democrática escasos serán los deseos de igualdad de los derechos de los “sin derechos”.

La pasión democrática sin embargo permanece, allí, agazapada, entre los meandros y el fervor que suscita el mercado, de la tecnología, de las nuevas instituciones, entre los derechos ilusorios del ciudadano desprovistos de derechos.

Recordaremos un instante de pasión que relata Tito Livio acerca del episodio de la secesión o retiro de la plebe en el Aventino: el tema es el de saber si existe una escena, un lugar común donde puedan hablar patricios y plebeyos ambos imbuidos de la pasión pública.

La posición de los patricios es simple, imposible hablar con los plebeyos, puesto que éstos no hablan, entendámonos, no hablan la lengua de los patricios...el lenguaje del poder. Y no la hablan porque no teniendo nombre, sin logos, no tienen el uso de la palabra, viven una vida natural con la única capacidad reproductiva- y la del trabajo, naturalmente, que los patricios no agregan al relato. Enviado Menenio Agripa para convencer a los plebeyos de la necesidad de retornar- o sea de ocuparse de sus trabajos- éste cree que logrará que salgan palabras de la boca de los plebeyos, pero solo obtiene a su entender ruidos y no las palabras esperadas, la posibilidad de un escenario común a patricios y plebeyos no puede darse. Enviado Menenio una vez más por el Senado, y habiendo obtenido el mismo resultado, vuelve sin embargo diciendo “creo haber oído hablar a los plebeyos” (RANCIERE, 1995: 46) y es víctima de una ilusión de los sentidos, puesto que no son seres humanos aquellos de los que no se tiene cuenta. Pero hete aquí que los plebeyos hacen lo impensable, en el acto de constituirse en aquellos que tienen las mismas propiedades que los amos, o sea la palabra. Devienen “hombres” que tendrán un destino colectivo. En el mismo momento en que los plebeyos comprenden el sentido de la desigualdad necesaria

³ También en numerosos párrafos de la Filosofía del Derecho.

con los patricios- en tanto principio vital de la dominación- son “necesariamente iguales”, la política en tanto conflicto, contradicción y pasión, ya los envuelve, patricios y plebeyos en un mundo fáctico en el cual la famosa secesión pone en escena dos modos o dos formas de ser humanos, en libertad e igualdad o en servidumbre.

La famosa secesión en el Aventino, se repitió en 1924, pero en cambio de aquella famosa relatada por Tito Livio sirvió para consolidar el poder fascista. El diputado Matteoti tiene el coraje de denunciar con un gran discurso ante la Cámara la corrupción y la violencia cometidas por los fascistas para lograr la victoria. Pocos días después el diputado Matteoti es asesinado por los sicarios de los camisas negras. Ante la ola de indignación que levanta el asesinato y el inmediato peligro del nuevo régimen, la oposición comete el error de “retirarse sobre el Aventino”. Los diputados de la oposición – con excepción de los comunistas- abandonan la Sala el 14 de junio, antes de que fuese encontrado el cuerpo del diputado socialista y se reúnen en una sala de Montecitorio, para constituirse en el único parlamento legítimo, visto que en el parlamento oficial era imposible ejercer las funciones libres de los electos por el pueblo.

El orden del día votado que da origen a la así llamada “Secesión del Aventino”, en recuerdo del famoso episodio que acabamos de comentar, cuando los representantes de la plebe actúan en una clamorosa protesta reunidos en el Aventino. Los grupos de oposición, reunidos en Montecitorio se ponen de acuerdo en encontrar imposible su participación a los trabajos de la Cámara, mientras la más grave incertidumbre reina en torno al siniestro episodio Matteoti. En este punto es la monarquía, el rey Vittorio Emanuele II di Savoia, cuya neta complicidad con el mantenimiento del fascismo encamina el país a los desbordes dictatoriales a las llamadas leyes fascistissime –el 3 de enero de 1925- que cancelaban el último resquicio de libertad y conducen a la lucha clandestina, la conspiración y en última instancia a la segunda guerra mundial. Las persecuciones, la pena de muerte, la policía secreta, con atribuciones legales, y todo mecanismo legal del estado, los fundamentos en fin de la libertad política y de la soberanía popular son subvertidos. Al mismo tiempo el “Duce” ocupa el vértice de la pirámide del poder, que simboliza el ordenamiento jerárquico del régimen, sustraído a cualquier control o sanción. El país deviene totalitario ocupado por un partido único (ROSELLI, 1934).

La segunda secesión⁴ en el Aventino no permite, como la primera, el triunfo de la pasión por la libertad y la igualdad, sino el triunfo de la brutal pasión por el poder. El círculo se cerrará en los aciagos días del '44, con la caída sangrienta de un poder irracional, que abrirá, sin embargo el camino difícil, pero ineludible de la aparición del pueblo, una vez más, en su afanada búsqueda de ser necesariamente iguales, “y de constituir la parte absoluta de los sin parte (RANCIERE, 1995)

BIBLIOGRAFÍA

- BOUTON, Ch. (2000), *Hegel et l'Antinomie dans l'Histoire*, in Lectures de Hegel, Ed. de poche, Paris.
D'HONDT, J. (1968), *Hegel Secret*, PUF, Paris.

⁴ La información sobre la segunda secesión en el Aventino me fue suministrada por mi entrañable amigo el Prof. Dr. Massimo Stanzione del Departamento de Filosofía de la Universidad de Caserta, Italia.

- D'HONDT, J. (1966-1987), *Hegel, philosophe de l'histoire vivante*, Puf, paris.
- HAZARD, P. (1963), *La pensée européenne au XVIII siècle*, Fayard, Paris.
- HEGEL, George F.W. (1969) *Werke in zwanzig Banden*, éd. Moldauer et K.M. Michel, Frankfurt-M. y Meiner Verlag, Berlin.
- HEGEL, George F.W. (1947), *Phenomenologie des Geistes*, traducción de Jean Hyppolite, 2 T. Aubier, Paris.
- HEGEL, George F.W. (1968), *Der Vernunft in der Geschichte*, La Razón en la Historia- traducción y comentario de K. Pappaioannou, Paris, 10-18, 1968., citada VG.
- HEGEL, George F.W. (1967), *Philosophie der Geschichte*, Meiner Verlag, Berlin, trad. Gibelin: Lecons sur la *Philosophie de l'Histoire*, Vrin, Paris, 1967.
- HEGEL, George F.W. (1975), *Philosophie des Recht*, tr, Vieillard Baron, Paris 2002, Kervegan, Paris, Puf. 2003, Démathé, Vrin.
- HYPOLITE, J. (1968), *Introduction a la Philosophie de l'Histoire de Hegel*, Ed. M. Riviere, Paris.
- MARX, K. (1969), *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*, Ed. Sociales, Paris.
- RANCIERE, J. (1995), *La Méésentente*, Galilée, Paris.
- ROSELLI, C. (1934). *Sul delitto Matteotti e sull'Aventino* (quaderni di Giustizia e Libertà, 8 giugno)-
- WEIL, E. (1950), *Hegel et l'État*, Vrin, Paris



CLASICO

LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Por Hans Kelsen*

1. Introducción: La función de la Constitución.

El derecho es un sistema de normas; y las normas constituyen el sentido de actos de voluntad dirigidos al comportamiento de otros. Estos actos de voluntad son actos de voluntad de seres humanos o suprahumanos, como los actos de voluntad divina, o bien, como en el caso del así llamado derecho natural, de la naturaleza. Pero como normas de derecho o, con mayor precisión, como normas de derecho positivo, se consideran solamente las que constituyen el sentido de actos de voluntad humanos. Ellas cuentan con la particularidad de regular su propia creación y aplicación.

Actos de voluntad dirigidos al comportamiento de otros son -en primera instancia- órdenes. Pero no toda orden es una norma, y no toda norma es una orden. Una norma puede ser también una autorización para impartir órdenes. Si un asaltante me ordena en la calle entregarle mi dinero, el sentido de su acto de voluntad, o sea su orden, no constituye una norma. Si me niego a cumplir su orden no estoy violando ninguna norma. No se interpreta el sentido subjetivo de su acto de voluntad, i.e. que he de entregarle mi dinero, como su sentido objetivo, y ello significa: como norma obligatoria, como lo es por ejemplo la orden que me imparte un agente fiscal de abonar una cierta suma de dinero. ¿Por qué el sentido del acto de voluntad, el *deber* (das Sollen), constituye en uno de los casos también el sentido objetivo del acto, es decir, una norma vinculante y válida, pero en el otro no? Lo cual significa: ¿cuál es el fundamento para la validez de la norma en uno pero no en el otro caso? La respuesta es la siguiente: esto es así porque en un caso -el de la orden del agente fiscal- el acto, cuyo sentido es un deber (Sollen) está *autorizado* por una norma válida, mientras que en el otro caso no. Merced a esta norma que autoriza el acto, el sentido subjetivo del acto se convierte también en su sentido objetivo: en una norma obligatoria, válida. La norma superior autorizante es el fundamento que otorga validez a la norma inferior autorizada.

* Artículo originalmente publicado en alemán en *Forum*, año XI, 1964., fasc. 132, p.583-586. Este texto estaba destinado a ser pronunciado como discurso central en la Segunda Jornada Austríaca de Juristas, pero una indisposición del autor lo impidió. Está agregado en las Actas de esa Jornada, Viena 1964, V/7. pag.67 y sigts. Cabe agradecer a la Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, la autorización para esta versión en español. Traducción del texto alemán: Enrique Bein. Corrección técnica: Enrique E. Marí. Primera publicación en español en Enrique E. Marí (et al) "Derecho y Psicoanálisis: Teoría de las ficciones y función dogmática", Buenos Aires, Editorial Hachette, 1984. Editado por Paola Paulluk y Lucas Arrimada para la Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho, UBA.

La suposición de que el fundamento de validez de una norma inferior sea la validez de una norma superior parece conducir a una *regressus in infinitum*. Pues la norma superior convalidante es ella misma el sentido subjetivo de un acto de voluntad dirigido al comportamiento de otros; y sólo si una norma aun superior convalida este acto su sentido subjetivo constituye también su sentido objetivo, es decir, una norma obligatoria, válida. Quisiera aclarar esto con un ejemplo simple: un padre le indica a su hijo la norma individual: "vé al colegio". El hijo interroga al padre: "¿por qué he de ir al colegio?". Es decir, pregunta por qué el sentido subjetivo del acto de voluntad de su padre constituye para él su sentido objetivo, o sea, una norma obligatoria. O bien, lo que significa lo mismo, cuál es el fundamento que otorga validez a esta norma. Responde el padre: "porque Dios ha ordenado obedecer a los padres", es decir, los ha habilitado a impartir órdenes a sus hijos. Sigue el hijo: "¿Por qué ha de obedecerse a los mandamientos de Dios?". Lo cual significa algo así como: ¿por qué el sentido subjetivo de este acto de voluntad divina también constituye su sentido objetivo, es decir una norma válida? O lo que es lo mismo: ¿cuál es el fundamento que hace que esta norma general sea válida? Y la única respuesta posible a esta pregunta es: que como hombre creyente se presupone que se deben obedecer los mandamientos de Dios. Es la afirmación sobre la validez de una norma que debe ser presupuesta en el pensamiento de un hombre creyente para fundamentar la validez de las normas de la moral religiosa. Es la norma básica de una moral religiosa la que fundamenta la validez de todas las normas de esta moral, es una norma-'base' (Grund-Norm) o fundante, porque ya no se puede preguntar por el fundamento de su validez. No es una norma positiva, o sea, puesta por un acto real de voluntad, sino una norma presupuesta en el pensamiento de un hombre creyente.

2. Derecho y moral.

Tomemos ahora un ejemplo extraído del derecho. La diferencia entre derecho y moral consiste en que el derecho constituye un orden coercitivo (*Zwangsordnung*), es decir, que el derecho procura producir un determinado comportamiento en los hombres vinculando al comportamiento opuesto un acto de coerción como sanción: la privación compulsiva de la vida, de la libertad, de bienes económicos o de otro tipo. Cuando alguien roba, ha de ser encarcelado, si fuera menester, a la fuerza. Mediante esta norma el derecho prohíbe robar. También la moral procura producir un determinado comportamiento en los hombres, y también ella prevé sanciones. Pero estas sanciones consisten en la aprobación del comportamiento adecuado a la moral y en la desaprobación del comportamiento contrario a ella, no en actos de coerción; y la función de estas sanciones no es la de generar un comportamiento acorde con la moral.

La norma general del derecho "si alguien roba ha de ser encarcelado" constituye en primer lugar solamente el sentido subjetivo de un acto de voluntad del legislador. Ella es aplicada por la sentencia judicial de que Maier, quien ha robado un caballo a Schulze, ha de ser encarcelado durante un año. Esta

sentencia judicial es interpretada como una norma obligatoria, válida e individual. Pero en primer lugar también ella no es más que el sentido subjetivo de un acto de voluntad del juez que está dirigido al comportamiento de un órgano ejecutivo. Si interpretamos este sentido subjetivo como sentido objetivo, es decir, como norma obligatoria -y en este sentido al hombre que pone este acto como *juez*- esto ocurre porque este acto está facultado por una norma general contenida en una ley que dice: "si un hombre roba, el juez competente ha de penarlo con prisión". La validez de la norma inferior, individual, es fundamentada por la validez de la norma superior, general. Y el juez fundamenta efectivamente su sentencia en el hecho de que ella responde a una norma legal, válida, general, que lo autoriza.

Pero también la norma general contenida en una ley, como la ley toda, es ante todo -como dijimos- sólo el sentido subjetivo del acto de voluntad de una persona o de la mayoría de las personas que constituyen un cuerpo legislativo. La función esencial de un legislador es la de establecer normas generales que determinen el procedimiento de los órganos que aplican el derecho, en especial el procedimiento puesto en práctica por los tribunales, y el contenido de las normas individuales establecidas por estos órganos. Una *ley* puede contener también, por cierto, otra cosa que estas normas generales. Es por ello que se distingue entre *ley* en un sentido formal y *ley* en un sentido material. Con mayor precisión, entre *forma de ley* (*Gesetzes-Form*) y *ley* (*Gesetz*), o sea, un determinado procedimiento de la función esencial de este procedimiento, a saber, la creación de normas generales.

Si se pregunta por qué el sentido subjetivo del acto del legislador constituye también su sentido objetivo, es decir, una norma general, y por qué el individuo que establece este acto es un legislador, con otras palabras, cuál es el fundamento de validez de la norma establecida por el acto del legislador, la respuesta dirá: ello es así porque el acto, cuyo sentido subjetivo es la norma general, está facultado por la constitución. La función esencial de la constitución consiste justamente en esta autorización concedida a determinadas personas a crear normas generales. Cuando se distinguen diferentes formas de estado -tales como monarquía, aristocracia, democracia- el criterio decisivo de tal distinción reside en que en el primer caso, la constitución faculta a un individuo único, de calificación determinada, a crear normas generales; en el segundo caso a un grupo relativamente reducido de individuos de calificación determinada y en el tercer caso -como suele decirse en forma imprecisa- a todo el pueblo, más correctamente: a una asamblea popular o a un parlamento elegido por el pueblo.

La mayoría de las veces el documento denominado *constitución* contiene también, por cierto, otras disposiciones fuera de la autorización nombrada.

Por ello debe distinguirse entre constitución en un sentido formal y constitución en un sentido material, más correctamente, entre *forma constitucional* (*Verfassungs-Form*) y constitución. Forma constitucional es un determinado procedimiento por el cual, en ciertas condiciones, puede ser creada o

bien modificada una constitución en sentido material. Este procedimiento se diferencia esencialmente, si bien no debido a este hecho solamente, del que es habitual en la creación de leyes, porque la elaboración de una decisión válida, i.e. del acto de voluntad generador o modificador de la constitución, se encuentra vinculada a condiciones que dificultan la tarea. La finalidad de este incremento de las dificultades es la de conferir la mayor estabilidad posible a la autorización para generar normas legales generales, es decir, a la forma de estado. De vez en cuando una constitución, es decir, el documento así llamado, contiene una disposición según la cual las normas que reglamentan el procedimiento de promulgación de leyes no pueden ser modificadas bajo ningún aspecto o por lo menos no en forma tal que alteren la forma de estado.

Si se pregunta por el fundamento que otorga validez a una constitución dada, la respuesta puede ser que ella devino por modificación de una constitución anterior, y que dicha modificación se produjo en la forma en que deben producirse modificaciones de constituciones en base a constituciones anteriores. De esta manera uno se puede retrotraer a una primera constitución histórica. También ella será en primer lugar el sentido subjetivo de un acto de voluntad o de una multiplicidad de actos de voluntad; y si se pregunta por qué el sentido subjetivo del acto constituyente también es su sentido objetivo, es decir, una norma válida, o, con otras palabras, cuál es la razón que le otorga validez, la respuesta será: porque como jurista se presupone que se debe actuar en forma tal como lo prescribe la primera constitución histórica. Esta es la norma básica. Ella faculta al individuo o a la suma de individuos que han establecido la primera constitución histórica, a establecer las normas que representan a la primera constitución en orden cronológico. Si esta primera constitución fue establecida por decisión de una asamblea, quienes son autorizados por la norma básica son los individuos que forman esta asamblea; si dicha constitución nació por obra de la costumbre, ésta es la autorizada, mejor dicho: los individuos cuya conducta conforma la costumbre que genera la primera constitución, serán los autorizados.

3. Norma y justicia.

Esta es la norma básica del orden legal basado en última instancia sobre la constitución históricamente primera; norma básica (Grund-Norm) porque no se puede indagar más allá de ella por el fundamento (Grund) que le confiere validez, dado que ella no es una norma puesta sino presupuesta¹. No es una norma positiva establecida (gesetzte) por un acto de voluntad real sino una norma presupuesta (vorausgesetzte) en el pensamiento jurídico. Ella constituye el último fundamento de validez de todas las normas de derecho que conforman el orden legal. Sólo una norma puede fundamentar la validez de otra norma.

¹ Tanto en esta oración como en la que sigue el autor aprovecha el parentesco terminológico y semántico que existe en alemán entre 'setzen' (establecer, fijar, poner, señalar, etc.) y 'voraussetzen' (presuponer, presumir, dar por sabido). (N. del T.)

Si se desea conocer la esencia (wesen) de la norma básica debe tenerse presente que ella está referida inmediatamente a una constitución, establecida efectivamente, creada por costumbre o por reglamento. Pero esto significa: que ella se refiere a la situación de hecho por la cual son fijadas las normas constitucionales, que constituyen el sentido subjetivo de estos hechos. En forma mediata, empero, ella se refiere a las normas de orden legal, generales e individuales, fijadas efectivamente por la constitución, lo cual significa, sin embargo, que la norma básica está referida mediatamente a los hechos (Tatbestände) cuyo sentido subjetivo constituyen estas normas. Pero esto significa, que la norma básica se refiere únicamente a una constitución efectiva (wirksam), es decir, a una constitución en conformidad con la cual leyes, sentencias judiciales legales y decretos administrativos son establecidos realmente.

Con lo cual la norma básica no es producto de la libre imaginación. Ella está referida a hechos determinados, existentes en la realidad natural, a una constitución realmente establecida y efectiva y a los hechos realmente dispuestos conforme a ella que generen y apliquen normas. Cuál sea el contenido de esta constitución o del orden legal estatal que se construye sobre su base, que este orden sea justo o injusto, no es algo que se cuestione; ni tampoco si este orden legal puede garantizar efectivamente un estado de paz dentro de la comunidad que constituye. En la presuposición de la norma básica no se afirma ningún valor trascendente al derecho positivo.

Sólo en la medida en que por presuposición de la norma básica se hace posible interpretar el sentido subjetivo de la situación de hecho que da origen a la constitución y de los hechos determinados conforme a la misma como su sentido objetivo -las normas que constituyen el sentido subjetivo de esos hechos como normas legales de validez objetiva- la norma básica, así representada por el derecho, puede ser designada -si se me permite aplicar por analogía un concepto de la teoría del conocimiento kantiana- como la condición lógico-trascendental de los juicios con los que la teoría del derecho describe el derecho como orden objetivamente válido.

Así como Kant pregunta cómo es posible realizar una interpretación, libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos mediante las leyes naturales formuladas por la ciencia natural, así preguntaría una teoría del derecho puro cómo es posible realizar una interpretación del sentido subjetivo de determinados hechos como sistema de normas legales de validez objetiva, descriptibles en forma de preceptos legales, sin recurrir a autoridades meta-legales tales como Dios o la naturaleza. La respuesta gnoseológica de una teoría pura del derecho diría que ello es posible a condición de que se dé por supuesta la norma básica: uno debe conducirse en forma tal como lo prescribe la constitución, o sea, como le corresponde al sentido subjetivo del acto de voluntad emanado de ella, a las órdenes del autor de la constitución. La función de esta norma básica es la de fundamentar la validez objetiva de un orden legal positivo -esto es: fundamentar la validez objetiva de las normas establecidas por actos de voluntad

humana contenidos en un orden coercitivo, efectivo en general, lo cual significa interpretar el sentido subjetivo de dichos actos como su sentido objetivo.

La norma básica puede ser llamada constitución en el sentido lógico-transcendental a diferencia de la constitución en el sentido del derecho positivo. Esta es la constitución establecida por actos de voluntad humana, cuya validez es fundamentada con la norma básica presupuesta.

La norma básica puede ser presupuesta pero no es necesario que lo sea. Lo que la ética y la ciencia jurídica expresan acerca de ella es: sólo presuponiéndola, el sentido subjetivo de los actos de voluntad dirigidos al comportamiento de otros puede ser interpretado también como su sentido objetivo, pueden interpretarse estos contenidos de sentido como normas morales o legales obligatorias. Como esta interpretación se encuentra condicionada por la presuposición de la norma básica debe reconocerse que las proposiciones del deber (Sollsätze) pueden ser interpretadas solamente en este sentido condicionado como normas morales o legales de validez objetiva.

En contra de la suposición de una norma establecida no por un acto real de voluntad sino presupuesta solamente en el pensamiento jurídico, se puede hacer valer, que una norma puede constituir únicamente el sentido de un acto de voluntad, no de un acto de pensamiento; que existe una correlación esencial entre deber (Sollen) y querer (Wollen). Se puede hacer frente a esta objeción solamente reconociendo que junto a la norma básica pensada también debe ser pensada una autoridad imaginaria, cuyo acto de voluntad -fingido- encuentra su sentido en la norma básica.

Con esta ficción la suposición de la norma básica entra en contradicción con la suposición de que la constitución, cuya validez está fundada en la norma básica, constituya el sentido del acto de voluntad de una máxima autoridad por encima de la cual no puede haber ninguna otra. Con ello la norma básica se torna en genuina ficción en el sentido de la filosofía del 'como si' de Vaihinger. Una ficción se caracteriza por el hecho de que no solamente se contradice con la realidad sino que además es contradictoria consigo misma. Pues la suposición de una norma básica -como por ejemplo la norma básica de un orden religioso moral: "Deben ser obedecidos los mandamientos divinos" o la norma básica de un orden legal "Debemos comportarnos como lo indica la constitución históricamente primera" -contradice no sólo a la realidad, ya que no existe una norma tal como un sentido de un acto de voluntad real, sino que ella además es autocontradictoria, dado que representa la autorización de la autoridad moral o legal más elevada, partiendo de esta manera de una autoridad -por cierto que sólo fingida- situada aún por encima de esa autoridad.

Según Vaihinger una ficción es un recurso del que se vale el pensamiento cuando no logra alcanzar su objetivo con el material dado. El objetivo del pensamiento en el caso de la norma básica es:

fundamentar la validez de normas que configuran un orden moral o legal positivo, o sea, interpretar el sentido subjetivo de los actos que establecen estas normas como su sentido objetivo; pero esto significa: interpretarlas como normas válidas y a los actos como normativos. Esta meta se alcanza únicamente por medio de una ficción. Nótese, por lo tanto, que la norma básica en el sentido de la filosofía del 'como si' vaihingeriana no constituye una hipótesis -como yo mismo la he caracterizado algunas veces- sino una ficción, que se diferencia de una hipótesis por el hecho de que la acompaña, o debería acompañarla, la conciencia de que no responde a la realidad.

4. Jerarquía de las normas.

La relación entre una norma superior y una norma inferior reside en el hecho de que la validez de una norma fundamente de una u otra manera a otra. Una norma está en relación con otra norma, la superior respecto de una inferior, si la validez de ésta queda fundamentada por la validez de aquélla. Si la validez de la norma inferior queda fundamentada por la validez de la norma superior por el hecho de que la norma inferior fue creada en forma tal como lo prescribe la norma superior, entonces la norma superior posee con respecto a la norma inferior un carácter constitucional, ya que la esencia de la constitución reside en reglamentar la creación de normas. La ley que regula el procedimiento por el cual los órganos que aplican el derecho, en especial los tribunales, generan normas individuales, es entonces *constitución* en relación al procedimiento de estos órganos, tal como la *constitución* en el sentido específico más ceñido de la palabra lo es en relación al procedimiento de promulgación de leyes y la constitución en el sentido lógico-transcendental en relación a la primera constitución histórica, es decir, a la constitución en el sentido del derecho positivo.

De esta manera el concepto de la constitución queda relativizado. Visto desde la norma básica, tanto un orden moral positivo como un orden legal positivo constituyen un vínculo de creación, en la medida que la norma básica determine solamente quién ha de ser el que dicte las normas del orden moral o legal -es decir: queda determinada solamente la autoridad suprema normativa y no el contenido de las normas que serán establecidas por esta autoridad facultada para ello. Las normas establecidas por las autoridades supremas de la moral o el derecho -Dios, el autor de la constitución-, habilitadas para ello por la norma básica, pueden facultar, a su vez, nuevamente a otras autoridades a fijar normas, determinándoles o no el contenido de esas normas. Visto desde el punto de vista de las máximas autoridades de la moral y el derecho, habilitadas por la norma básica, la estructura de las normas positivas que conforman el orden moral o legal no es necesariamente un mero vínculo de creación (Erzeugungs-Zusammenhang).

En el ámbito de la moral ello es evidente por cuanto la autoridad moral suprema no autoriza nunca a otra autoridad inferior a fijar normas de cualquier contenido. La norma proclamada por Pablo "debe obedecerse a las autoridades" no significa, seguramente, que deba obedecerse también a una orden

emanada de la autoridad que viole ciertas normas puestas por Dios directamente, tales como "no tendrás otros dioses fuera de mí". En el ámbito del derecho, por regla general, ocurre lo mismo, porque la constitución por lo general no se limita a determinar el procedimiento de creación de normas generales de derecho -la así llamada legislación- sino que frecuentemente determina también, por lo menos en forma negativa, el contenido de futuras leyes, para lo cual excluye ciertos contenidos, como la limitación de la libertad de expresión, de la libertad religiosa o que se contemplan ciertas desigualdades como las de la raza.

Pero las normas generales fijadas por el legislador determinan siempre no solo el procedimiento de los órganos que han de aplicar estas normas, sino también el contenido de las mismas, de manera que un orden legal positivo, por lo menos visto desde las leyes, no es un mero nexo de creación. Sin embargo es posible imaginar un orden legal que posea este carácter: el orden legal del estado ideal de Platón autorizaba a los jueces a decidir casos individuales según su saber y entender, sin estar atados a normas generales predeterminadas.

Sea como fuere, un orden legal positivo no expresa un sistema de normas del mismo rango sino normas supraordinadas o subordinadas, es decir, una jerarquía estratificada, donde el estrato superior es ocupado por la constitución cuya validez está fundamentada por la norma básica presupuesta, y el inferior por las normas individuales que establecen un comportamiento determinado concreto como debido (gesollt). En esta estructura la validez de la norma superior que regula la creación de la norma inferior siempre fundamenta la validez de esta última.

La función de la constitución es fundamentar la validez.



RESEÑA

GIORGIO AGAMBEN. UNA ARQUEOLOGÍA DE LA POTENCIA DE EDGARDO CASTRO

Por Mauro Benente*

El estatuto estético de la obra de arte, el obrar del hombre, la relación del hombre con la historia, la teoría medieval del fantasma, la pérdida de la experiencia, el lenguaje, la relación entre biopolítica y soberanía, los derechos del hombre, los campos, el significado ético de Auschwitz, la vergüenza, la política, el reino, el gobierno, la economía, la vida, lo humano. Abarcar todos estos asuntos, y muchos otros. Abarcarlos desde lecturas y abordajes, al menos en principio, muy dispares y oscilantes, como la filosofía, la teología, la biología y hasta la neurofisiología, no parece ser a primera vista, una tarea fácil. Lograr adentrarse en el laberinto que se dibuja con estos escarpados asuntos, no parece ser, a primera vista, una labor confortable.

Que *museo, hombre sin contenido, voz, zoé, bíos, homo sacer, bando, relación de excepción, paradigma, musulmán, resto, máquina, dispositivo, potencia-de-no, inoperosidad, arqueología, mesianismo, signature y profanación*, sean las categorías y herramientas metodológicas para abordar los asuntos nombrados, parecen tornar aun más estrechas y más retorcidas las paredes del laberinto. Laberinto que parece estar enclavado en un terreno cada vez más hostil.

Que los desarrollos se lleven a cabo a partir de las obras de Aristóteles, Pablo de Tarso, Agustín de Hipona, Tomás de Aquino, Walter Benjamin, Carl Schmitt, Erik Peterson, Alexandre Kojève, Georges Bataille, Hannah Arendt, Michel Foucault y Enzo Melandri, entre muchos otros, parece tonar al laberinto en un imponente bloque de concreto, homogéneo, sin cesuras, impenetrable.

El libro de Edgardo Castro *Giorgio Agamben. Una arqueología de la potencia*, que salió de la imprenta hacia diciembre de 2008, se erige, casi en soledad, como un pico para penetrar en la dureza del concreto y como una guía para transitar el laberinto de la obra del filósofo italiano contemporáneo Giorgio Agamben.

El primer capítulo de la obra, titulado "De la *poiesis* a la *polis*", aborda las primeras cuatro obras de Agamben, que tal vez sean los trabajos que estén más alejadas de los intereses de quienes provengan desde el derecho o desde la filosofía política. Estos cuatro trabajos –*El hombre sin contenido* (1970), *Estancias. La palabra y el fantasma en la cultura Occidental* (1977), *Infancia e historia. Destrucción de la experiencia y origen de la historia* (1978) y *El lenguaje y la muerte: un seminario sobre el lugar de la negatividad* (1982)-, "pueden ser vistos

* Abogado UBA. Becario CONICET. Doctorando UBA. Miembro Adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja".

como una lectura de la modernidad, que comienza con la cuestión del arte y conduce hacia la ética y la política, de lo que se ocupará en las obras posteriores” (Castro, 2008, 15).

Castro propone una división de *El hombre sin contenido* en dos partes, la primera dedicada al estatuto estético de la obra de arte y, la segunda, anclada sobre el análisis del obrar del hombre en general, mostrando una reducción de la *poiesis* a la *praxis*. En lo que me interesa rescatar, y dentro de la primera parte, Castro destaca la emergencia, en el siglo XVII de los *museos*, en los cuales las obras de artes se distancian del espacio común de los hombres. La noción de *museo*, que se erige como un concepto técnico que alude al distanciamiento, a esta separación mencionada, será acuñada nuevamente por Agamben en *Profanaciones* (2005), pero para referirse a la *museificación* del mundo.¹

De *Estancias*, Castro recupera el problema del conocimiento en las ciencias sociales, donde sujeto y objeto se encuentran identificados. También menciona los abordajes sobre los conceptos de *fetichismo* y de *uso*, siendo esta última noción empleada en futuras obras de Agamben. De *Infancia e historia*, son reseñados dos diagnósticos, dos elementos deficitarios de la filosofía y la política moderna: la expropiación de la experiencia y la ausencia de una concepción del tiempo propia del hombre. Finalmente, de *El lenguaje de la muerte* se aborda con profundidad la temática de la *voz* y su doble *negatividad*: *no más un sonido, todavía no significado*.

El segundo capítulo, “Soberanía y excepción”, está dedicado, fundamentalmente, al análisis de tres obras correspondientes a la saga *Homo sacer*: *Homo sacer I. El poder soberano y la nuda vida* (1995),² *Lo que resta de Auschwitz. El archivo y el testimonio, homo sacer III* (1998)³, *Estado de excepción, homo sacer II, 1* (2003). Asimismo, también se analizan algunos artículos compilados en *Medios sin fin* (1996). Para Castro, *Homo sacer I* reorienta las reflexiones de Agamben hacia la política del siglo XX, con una labor precisa que, citando a Agamben, puede resumirse como la tarea de “«repensar todas las categorías de nuestra tradición política a la luz de la relación entre poder soberano y vida desnuda»” (Castro, 2008, 49).

En el primer volumen de *Homo sacer* los desarrollos de Agamben parten de la noción de biopolítica acuñada por Michel Foucault e intenta dar cuenta de los dispositivos jurídicos que capturan la vida.⁴ Es por esto que Agamben articula los desarrollos de Foucault –y de Hannah Arendt– con la teoría de la soberanía de Carl Schmitt. Realizar esta articulación es lo que le permitirá a Agamben separarse de Foucault en cuanto a la emergencia de la biopolítica, para ubicarla históricamente en el origen mismo de la soberanía. Dentro de los conceptos, y/o paradigmas, analizados en este capítulo podemos encontrar los siguientes: *bando*, *homo sacer*, *poder soberano*, *campo* y *estado de excepción*. A fin de hacer menos dificultoso el tránsito por el laberinto, Castro altera el orden cronológico y, luego del primer volumen de la saga,

¹ Sobre la temática puede tenerse como guía de acceso al laberinto a Costa (2009)

² A lo largo de su guía, Castro no emplea la noción de *nuda vida* para traducir *nuda vida*, sino la de *vida desnuda*. En este trabajo empleo la traducción de *nuda vida* que es la que emplea Antonio Gimeno Cuspina en su traducción de *Homo Sacer I* realizada para la editorial Pre-Textos y que también emplean Castro y Costa en la traducción de *Estado de Excepción* realizada para la editorial Adriana Hidalgo, aunque aclaran que la traducción literal sería la de *vida desnuda*.

³ Aquí, nuevamente, al traducir *resta* como *resto* Castro se aparta de Cuspina, quien lo traduce como *queda*. Aquí seguimos la traducción de Castro porque *resto*, tal como nuestro guía recuerda, es un concepto técnico de Agamben.

presenta primero *Estado de excepción* y dedica el último apartado a *Lo que resta de Auschwitz*. En este último apartado las nociones de *musulmán*, *testimonio* y *resto* son analizados con gran profundidad. Se destaca también la *aporía de Auschwitz*, que en la estructura del testimonio se presenta de modo palmario. Su estructura “representa el encuentro entre dos imposibilidades: la del propio testimonio y la de su lenguaje. En efecto, quienes han dado testimonio son los sobrevivientes. Para los que padecieron hasta el extremo el destino de los *campos*, en cambio, ello es materialmente imposible (...) Pero, por otra parte, tampoco los sobrevivientes pueden dar integralmente testimonio de lo sucedido. Ninguna lengua humana posee las palabras apropiadas (...) Auschwitz es, en este sentido, lo intestimoniable” (Castro, 2008, 77)

En tercer capítulo, “*La máquina gubernamental y la máquina antropológica*” está dedicado al análisis de *El reino y la gloria. Una genealogía teológica del gobierno y la economía. Homo sacer II, 2* (2007) y, en menor medida, al tratamiento de *Lo abierto. El hombre y el animal* (2002). Tal como su nombre lo indica, el eje del capítulo será el intento de dar cuenta de la *máquina gubernamental*, que produce lo político y, de la *máquina antropológica*, que produce lo humano. En este sentido, Castro caracterizará la noción de *maquina* a partir de cuatro notas distintivas: a) es un *dispositivo* que produce discursos, gestos, conductas; b) son bipolares, es decir, articulan elementos que a primera vista parecen excluirse, por ejemplo la *máquina gubernamental* articula *auctoritas* y *potestas*, soberanía y gobierno y, la *máquina antropológica*, articula humanidad y animalidad; c) su funcionamiento genera zonas de indistinción, por ejemplo la *máquina jurídico-política* occidental produce *campos*, zonas de indistinción entre lo humano y lo animal; d) el centro de la *máquina* está vacío, el centro que articula las polaridades no tiene, pues, ninguna sustancia.

En el *Reino y la Gloria* Agamben retoma algunas temáticas centrales de los últimos años de producción teórica de Michel Foucault: el gobierno y la economía. No obstante, Agamben ensancha los límites cronológicos y temáticos de las investigaciones foucaultianas. Castro muestra que de acuerdo con el recorrido cronológico propuesto por Agamben, del paradigma de la teología política derivaría la teoría moderna de la soberanía y, del paradigma de la teología económica, derivarían la biopolítica y la economía moderna. En *Lo abierto*, Agamben se dedica a tratar la noción de *vida* y a abordar la *máquina antropológica*. De este trabajo, Castro rescata una preocupación central, según la cual, y citando al propio Agamben, “«(e)n nuestra cultura el hombre siempre ha sido pensado como la articulación y la conjunción de un cuerpo y un alma, de un viviente y de un *lógos*, de un elemento natural (o animal) y de un elemento sobrenatural, social o divino. Debemos, en cambio, aprender a pensar el hombre como lo que resulta de la desconexión de estos dos elementos, y no investigar el misterio metafísico de la conjunción, sino el misterio práctico y político de la separación»” (Castro, 2008, 116).

Finalmente en el cuarto capítulo, “Arqueología de la potencia”, Castro da cuenta de lo que entiende como conceptos centrales del pensamiento de Agamben y que si bien algunos de ellos se encuentran en *Signatura rerum. Sobre el método* (2008), el autor italiano suele emplearlos en varios de sus trabajos. Este capítulo cuenta con aproximaciones a herramientas metodológicas empleadas por Agamben

⁴ Una guía para la parte del laberinto biopolítico puede encontrarse también en Quintana Porras (2006) y para los pasajes dedicados al estado de excepción, en Neal (2007)

—*arqueología, paradigma o ejemplo y signatura*— pero también hay desarrollos de nociones de gran originalidad y de bastante recurrencia en la obra agambeniana: *potencia, inoperosidad, mesianismo*,⁵ *resto* y *profanación*.⁶

El libro de Castro es una gran guía de acceso al laberinto de la obra agambeniana, pero antes de finalizar esta pequeña reseña, vale agregar algunos comentarios. En primer lugar, cabe resaltar que en la introducción del libro se esboza una poderosa hipótesis hermenéutica, según la cual, “es posible trazar una línea que va desde *El hombre sin contenido* hasta su trabajo más reciente sobre el método, *Signatura rerum*. Esta línea está ocupada por la cuestión de la potencia o, para ser más precisos, por la problemática aristotélica de la potencia” (Castro, 2008, 11). Si bien Castro desarrolla con cierto detenimiento la noción de potencia, de *potencia-de-no*, lo cierto es que no llega a detectarse esta línea. Ésta parece ser más bien fragmentaria, ya que sus vértices se visualizan, Castro los presenta, únicamente en los comentarios de los textos en los cuales Agamben lo hace, pero uno se queda con las ganas de descubrir estos vértices, estos rastros de la *potencia-de-no*, cuando Agamben no los pone sobre la superficie. Uno se queda con las ganas, luego de ser seducidos con tal hipótesis, de lograr vislumbrar la línea que ocupa la *potencia-de-no* a lo largo de todas las obras de Agamben, y no únicamente en las que el mismo autor italiano las saca a la luz.

En segundo lugar, es de destacar que lo que presenta Castro es una guía, es decir un camino disciplinado de acceso al laberinto agambeniano. En eso que parecía un bloque de concreto impenetrable, Castro brinda la pala y el pico con un modo disciplinado, controlado de uso. La pala y el pico no pueden emplearse de cualquier modo, no es posible darle forma a gusto al material. Lo mismo sucede con el paso por los estrechos pasadizos del laberinto. El camino es un camino disciplinado. La guía orienta el camino, disipa así todo azar que puede imprimirse al trayecto. No obstante, esto no sucede únicamente con el libro de Castro.

Cuando el 2 de diciembre de 1970 Michel Foucault se hizo cargo de la cátedra de “Historia de los sistemas de pensamiento” en el *Collège de France*, pronunció su lección inaugural, titulada *El orden del discurso*. Allí Foucault postuló, a modo de hipótesis, que “en toda sociedad la producción de discurso está a la vez controlada, seleccionada y redistribuida por cierto número de procedimientos que tienen por función conjurar sus poderes y peligros, dominar el acontecimiento aleatorio y esquivar su pesada y temible materialidad” (Foucault, 1970, 14). En este orden de ideas, propone que en las sociedades, los discursos se encuentran sometidos a sistemas de control *externos e internos*. Estos últimos se caracterizan por ser los mismos discursos los que ejercen su propio control. “Son procedimientos que juegan un tanto en calidad de principios de clasificación, de ordenación, de distribución, como si se tratase en este caso de dominar otra dimensión del discurso: aquella de lo que acontece y del azar” (Foucault, 1970, 25). Aunque reseñaré sólo los dos primeros, dentro de los sistemas *internos*, Foucault enumera el *comentario*, el *autor* y la *disciplina*. En las sociedades hay una suerte de nivelación entre los discursos: mientras algunos desaparecen en el acto mismo que son pronunciados, otros, como los textos religiosos o jurídicos, se mantienen o se habla de ellos durante mucho tiempo. El *comentario* permite construir nuevos discursos, pero a condición de que se

⁵ Respecto de la recuperación del mesianismo en la filosofía política contemporánea, ver Galindo Hervás (2008).

⁶ Sobre esta última noción ver también una buena guía en de la Duranteye (2008).

diga lo que ya se había dicho. Asimismo, y tal vez por esto, “el comentario conjura el azar del enunciado al tenerlo en cuenta” (Foucault, 1970:29). Por otro lado el *autor* –el *autor* como foco de coherencia del discurso, como el origen y la unidad de las significaciones- también limita el azar del discurso, en este caso, “por el juego de una *identidad* que tiene la forma de la *individualidad* y del *yo*” (Foucault, 1970:32).

El libro de Castro, con su *comentario* y su atribución al *autor*, es una excelente guía para atravesar el laberinto agambeniano, pero por eso mismo es una guía paradójica: que muestra el camino a la vez que cierra muchos posibles. Algo similar, supongo, puede decirse de este comentario bibliográfico.

Bibliografía citada

- CASTRO, E. (2008), *Giorgio Agamben. Una arqueología de la potencia*, Bs. As., Unsam/Jorge Baudino, 2008.
- COSTA, F. (2009), “El dispositivo museo y el fin de la era de la estética”, ponencia presentada en el *Coloquio Internacional “Giorgio Agamben: Teología política y soberanía”*, Santiago de Chile, 2009, disponible en http://www.biopolitica.cl/docs/publi_bio/costa_dispositivo.pdf.
- DE LA DURANTAYE, L. (2008), “«Homo profanus»: Giorgio Agamben's profane philosophy.”, *Boundary 2* 35(3), Duke University press, 2008. Disponible en <http://www.people.fas.harvard.edu/~deladur/deladur.homo.profanus.pdf>
- FOUCAULT, M. (1970), *El orden del discurso* (trad. de Alberto González Trovano), Ed. Tusquets, Bs. As., 2004.
- GALINDO HERVÁS, A. (2008), “Mesianismo impolítico” en *Isegoría. Revista de filosofía moral y política*, nº39, México D.F., 2008.
- NEAL, A. (2007), “Giorgio Agamben and the politics of the exception”, ponencia presentada en la *Sexta Conferencia de relaciones internacionales paneuropeas*, Turín, 2007, disponible en <http://archive.sgir.eu/uploads/Neal-Andrew%20Neal%20Giorgio%20Agamben%20and%20the%20politics%20of%20the%20exception.pdf>
- QUINTANA PORRAS, L. (2006) “De la *nuda vida* a la ‘forma-de-vida’” en *Revista Argumentos*, no. 52, México D.F., 2006