

# Revista Electrónica

---

Año V – N° 8 - 2012

---



Universidad de Buenos Aires  
Facultad de Derecho

# Revista Electrónica

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

Año V – N° 8 - 2012

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](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja)  
e-Mail: [revistagioja@derecho.uba.ar](mailto: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 Y EDITOR RESPONSABLE**

Carlos María Cárcova

## **COMISIÓN DE REDACCIÓN**

Martín Aldao  
Lucas Arrimada  
Mauro Benente  
Agustín Cárdenes  
Liliana Ronconi  
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  
Luis F. Castillo Argañarás  
María Laura Clérico  
Aníbal D´Auria  
Javier Echaide  
Juan Carlos Frontera  
Lidia Garrido Cordobera  
Laura Pautassi  
Mónica S. Rodríguez

## **ÁRBITROS ESPECIALES PARA ESTE NÚMERO**

Emiliano Buis, Mora Kantor, Andrés Rosler, Mariana Sconda, Silvina Zimmerman

## **DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN**

Federico José Lago

# Sumario

## EDITORIAL

- CARLOS MARÍA CÁRCOVA Pag.  
5

## INVESTIGACION

- Romina del Valle Aramburu - RELACIONES ENTRE LA ENSEÑANZA Y EL APRENDIZAJE DEL DERECHO ROMANO EN LA APLICACIÓN DE LOS CASOS PRÁCTICOS Pag.  
7
- Pablo Damián Colmegna - IMPACTO DE LAS NORMAS DE SOFT LAW EN EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS 27
- Eduardo Conesa - LA ECONOMIA POLITICA DEL SISTEMA DEL BOTIN Y LA DECADENCIA DE LA REPUBLICA 48
- Marina Gorali - JURIDICIDAD PARADÓJICA, POLIFONÍA Y APERTURA TALMÚDICA DE LA LEY PARA UNA POLÍTICA DEL LEER JURÍDICO 62
- Axel Gosseries - LA CUESTIÓN GENERACIONAL Y LA HERENCIA RAWLSIANA 71
- Ricardo Sebastián Piana - PLANES DE REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (2002-2007): UN MAPA CON DISTINTAS RUTAS A DISTINTOS CAMINOS 91
- Tamara Quiroga - RELACIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DARFUR Y LIBIA: ¿INTERVENCIONES SUMAMENTE SELECTIVAS EN DERECHO INTERNACIONAL PENAL? 120
- Mariela Verónica Rocca - CONTINUIDADES Y RUPTURAS EN EL SERVICIO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO DEL ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (1993-2010) 146

## CLÁSICOS

- CARTA DE HANS KELSEN A RENATO TREVES Pag.  
175

## RESEÑAS

- Javier Echaide - Reseña del libro "Gobernanza y manejo sustentable del agua" Pag.  
180

## CRONICAS

- III Jornadas de jóvenes Investigadoras/es en Derecho y Ciencias Sociales Pag.  
187

## EDITORIAL

La Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas "Ambrosio L. Gioja" edita en esta oportunidad su número octavo. Ello da cuenta, afortunadamente, de un esfuerzo continuado y coherente para poner a disposición de especialistas e interesados las reflexiones más actuales sobre diversos y variados aspectos del fenómeno de la juridicidad.

Si sólo se revisa el índice que da cuenta del material incluido en esta oportunidad, se podrá comprobar que no existen en la publicación miradas unilaterales. Ni desde el punto de vista de las opiniones y valoraciones expuestas, ni desde el punto de vista de las temáticas escogidas.

Se reafirma de ese modo una clara convicción pluralista que anima el trabajo de quienes la editan y de los propios autores convocados. En esta oportunidad el lector encontrará materiales de contenido jusfilosófico, como la interesante misiva dirigida por Hans Kelsen a su colega y amigo Renato Treves, que incluye referencias teóricas que sólo se materializarían en la obra del autor vienés, muchas décadas más tarde. También un interesante análisis de cuestiones generacionales y su vinculación con el pensamiento rawlsiano; o finalmente un denso ensayo sobre la "política del leer jurídico". También podrá encontrar consideraciones acerca de políticas públicas en materia de agua potable y saneamiento, y de desarrollos conspicuos de esas políticas en el territorio de la Provincia de Buenos Aires. Tampoco falta el pensamiento económico articulado con la prognosis política, ni la preocupación por cuestiones centrales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del papel de las Cortes Penales Internacionales o la relevancia de la enseñanza y aprendizaje del derecho romano y su articulación con técnicas pedagógicas modernas o actuales. En fin un panorama complejo y diversificado que no trasluce monotonías de ningún tipo, ni de las ideológicas, ni de las técnicas.

Esperamos que esta nueva entrega tenga el eco y la trascendencia que han logrado las anteriores. Y que nuestros lectores nos critiquen y si cupiera que nos ayuden a mejorar. Hasta la próxima.

**Carlos M. Cárcova**

Director



# INVESTIGACIONES

# **RELACIONES ENTRE LA ENSEÑANZA Y EL APRENDIZAJE DEL DERECHO ROMANO EN LA APLICACIÓN DE LOS CASOS PRÁCTICOS**

**Por Romina del Valle Aramburu**

## **RESUMEN**

En este trabajo se va a tratar del Estudio del método de casos como herramienta pedagógica y su repercusión en el campo del derecho, más específicamente en el Derecho Romano. Para establecer una interacción entre lo que se enseña y el aprendizaje de los alumnos y su necesidad de implementación en el campo de las ciencias sociales y en particular del derecho. Se verá la definición como método, la planificación del caso por parte del docente, determinar para qué sirve para los actores educativos, cuáles deben ser las consideraciones antes, durante y a posteriori de implementar el caso, las estrategias que debe desarrollar un educador, las habilidades y destrezas de los educandos que no es más que el ejercicio del pensamiento crítico no solo dentro del aula sino en la vida práctica y por lo tanto la determinación de la importancia de implementar el método de casos por las ventajas educativas a corto y a largo plazo.

## **PALABRAS CLAVE**

Enseñanza romana-pensamiento crítico-método-elaboración-casos prácticos-evaluación.

# **RELATIONSHIPS BETWEEN TEACHING AND LEARNING OF ROMAN LAW IN THE APPLICATION OF CASE STUDIES**

**By Romina del Valle Aramburu**

## **SUMMARY**

In this paper we will discuss the case study method as a teaching tool and its impact on the field of law, more specifically in Roman law. To establish an interaction between what is taught and the learning of students and their need for implementation in the field of social sciences and in particular the right. It will be seen as a method definition, case planning by the teacher, determine what it is for those involved in education, what should be the considerations before, during and subsequent to implement the case, strategies that an educator must develop the skills and skills of learners that is only the exercise of critical thinking not only inside the classroom but in practical life and thus determining the importance of implementing the case method for the educational benefits in the short and long term.

## **KEY WORDS**

Roman-education-critical thinking-method-development-case studies-evaluation.

# RELACIONES ENTRE LA ENSEÑANZA Y EL APRENDIZAJE DEL DERECHO ROMANO EN LA APLICACIÓN DE LOS CASOS PRÁCTICOS

Por Romina del Valle Aramburu\*

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo me voy a ocupar del Estudio del método de resolución de casos prácticos como herramienta pedagógica y su repercusión en el campo del derecho. Que servirá en definitiva para establecer una interacción entre lo que se enseña y el aprendizaje de los alumnos y su necesidad de implementación en el campo del Derecho Romano, sin dejar de lado como se enseñaba y se estudiaba en tiempos de Roma el derecho y sus repercusiones actuales basadas en trabajos de campo con el alumnado.

### I. Antecedentes históricos: Las Escuelas de Derecho en Roma y la implementación del método de casos:

En tiempos de la República romana los alumnos aprendían el derecho de los jurisconsultos más importantes, a ella se sumaban los ejemplos prácticos complementarios de la teoría y la lectura de sus obras.

En tiempos del Imperio la enseñanza, se seguía utilizando la aplicación de soluciones de casos prácticos<sup>1</sup>, se empezó a dar más importancia a la doctrina y aumentó la lectura de las obras. A los auditores de la época de Tiberius Coruncanio<sup>2</sup>, se sumaron los studiosi, Labeón<sup>3</sup> residía seis meses en la ciudad con sus studiosi y otros seis meses en el campo, dedicado a escribir sus libros.

Después aparecieron aquellos que se dedicaban a la enseñanza privada y libre, son la *stationes ius*

\* Auxiliar docente de II categoría, Cátedra de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Adjunta ordinaria de la cátedra III de Derecho Romano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Miembro activo de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina desde el año 2003 hasta la actualidad. Autora de diversas publicaciones. Ponente, conferencista y expositora en numerosos congresos, jornadas, charlas, talleres y conferencias sobre Derecho Romano

<sup>1</sup> Ver en CAMPARI, Susana y o/s; *Formación Pedagógica en Derecho. Procesos comunicativos y recursos didácticos*. Fernando Fischman y Juan A. Seda (comps). Editorial Mio y Dávila. Capítulo VII: "El método de casos: Historia y perspectivas", página 112 como se ubica el nacimiento del método de casos en el siglo XX en la Escuela de Negocios de Harvard, por iniciativa de Christopher Langdell, Profesor de la Escuela de Leyes, el método se aplicaba a estudiantes avanzados, también se aplicaba a la formación de profesionales que se preparaban para ocupar altos cargos en las empresas.

<sup>2</sup> Fue político, militar en tiempos de la República, fue elegido cónsul en el año 280 a. C. , fue censor en el año 276 a.C. Pontífice Maximus en el año 253 a. C. y designado dictador en el año 246 a.C.

publica docentium aut respondentium, eran especies de locales destinados a la enseñanza o a la consulta.

En el Bajo Imperio además de la enseñanza privada existió la enseñanza del derecho de manera pública, a ellas los romanos la llamaban estudios liberales.

En el código de Justiniano, aparece una constitución de Teodosio II<sup>4</sup> y Valentiniano III<sup>5</sup> en la que se dictaban reglas para la organización de la escuela pública de Constantinopla, de los 31 profesores dos eran de derecho.

En tiempos de Justiniano los estudios en la escuela de Constantinopla se hacían en cinco años:

- a) En primer año se estudiaban las Instituciones de Justiniano<sup>6</sup> y los Preliminares del Digesto; a los alumnos se los llamaban dupondii y después de la reforma de Justiniano, Justiniani novi.
- b) En el segundo y tercer año se realizaban lecciones sobre los "juicios" y sobre las "cosas", materias tratadas por el Digesto, y temáticas como dote, tutela, testamentos y legados. A los alumnos de segundo año se los llamada edictales y a los de tercer año papianistae, debido a que se estudiaban tres libros del Digesto<sup>7</sup> según las lecciones de Papiniano.
- c) En cuarto año a los estudiantes se los llamaba lytae (licenciados), se seguían estudiando los libros del Digesto, legando a un total de 36 de éstos. En lo que respecta a los catorce libros restantes (partes sexta y séptima) se les sugería los alumnos que los leyeran por su cuenta y que lo invocaran posteriormente en los juicios en los en los que participaren<sup>8</sup>.
- d) En quinto año los prolytae (prelicenciados) estudiaban el código<sup>9</sup>.

## II. La labor del pretor<sup>10</sup>: El Edicto y el Edicto Perpetuo de Salvio Juliano<sup>11</sup>: Consideraciones a tener en cuenta:

<sup>3</sup> Marco Antisteo Labeón: Fundó la Escuela de los Proculeyanos (43-20 a.C.), fue Pretor y jurista destacado en tiempos del Principado.

<sup>4</sup> Emperador de Oriente (401-450).

<sup>5</sup> Flavius Placidius Valentinianus (419-455) fue emperador de occidente (424-455), fue elegido Caesar en el año 424 en Constantinopla y Augusto en Occidente en el año 425.

<sup>6</sup> En el año le encomienda a Triboniano, Teófilo y Doroteo, la redacción de una obra para uso escolar. Será denominada *Instituciones* (Institutas), comenzando a regir, junto con el Digesto, por la constitución Tanta.

<sup>7</sup> El Emperador Justiniano (527/565) quien realizó la compilación definitiva. No solo recopiló las *leges*, sino también los *iura*. Su obra fue conocida mas tarde como "Corpus Iuris Civilis".

<sup>8</sup> Se trataba de la resolución de casos prácticos.

<sup>9</sup> Por medio de la Constitución *Haec quae necessario* del año 528, Justiniano encargó a una comisión de diez miembros, presidida por Juan ex cuestor de palacio, e integrada entre otros por Triboniano, magister officiorum, y Teófilo, profesor de la escuela de Constantinopla, la tarea de redactar un Código, poniendo al día las compilaciones anteriores. Esto se llevó a cabo en 529, si bien ésta edición del "Codex" fue luego reemplazada por otro por su desuso o falta de aplicación práctica. Luego teniendo en cuenta innovaciones legislativas producidas, entre ellas las *Quinquaginta decisiones* (cincuenta decisiones que dirimían cuestiones doctrinarias), gracias a Triboniano, Doroteo, y tres juristas más, publica una novena edición del mismo (codex repetitae praelectionis), el cual es puesto en vigencia por la constitución *Cordi Novis*, para regir desde el veintinueve de noviembre de 534.

<sup>10</sup> Encontramos cuestiones relativas al pretor y su intervención en D.I, XIV, de 1 a 5; D.II, I, XV; D.II, I, XVII, D.II, I, XVIII y, D.II, I, XX.

<sup>11</sup> Redactado en tiempos de Hadrianus se trata de una compilación edictos o creación del derecho pretoriano, realizada por el pretor que gozaba del ius edicendi y podía crear edictos en el ejercicio de su jurisdicción, porque su función era la de administrar justicia respecto de los casos que se le fueran presentando.

Actualmente cuando se implementa en la cursada el método de casos, se debe hacer de la manera más general posible –aunque parezca una contradicción, ya que el caso es más bien una cuestión particular a resolver-, de modo que no se generen dificultades en los alumnos al momento de resolverlas.

Para poder implementarlo será necesario basarse en una normativa jurídica que corresponda a un determinado momento histórico, ya que las normas han ido evolucionando a lo largo del tiempo, en nuestro derecho sería una rareza que se genere la existencia de normas contradictorias para resolver un mismo caso, debido a que nuestros códigos de fondo y de forma regulan en general determinadas cuestiones a las que los jueces luego adaptaran a las circunstancias del caso, en la resolución de casos, para ponerlo en práctica en las aulas en principio no se generaría inconvenientes debido a lo expresado, pero cuando la implementación de la resolución de casos prácticos en el estudio- práctica de Derecho Romano lo hacemos teniendo en cuenta las normas jurídicas de la Roma antigua, la casuística<sup>12</sup> ha generado la coexistencia de normas contradictorias con respecto a la solución a aplicarse en un mismo caso y en un mismo momento histórico durante muchos siglos, hasta que Justiniano realizó su labor compilatoria a través del Corpus Iuris Civilis.

Volviendo a la labor pretoriana, la norma jurídica era el Edicto, éste tenía una duración de un año, dado que ese era el lapso que los magistrados duraban en sus funciones, pero podía ocurrir que una normativa anterior le era útil al nuevo magistrado y la mantenía vigente, a ésta clase de Edicto se lo denominó traslaticio, como dije, durante siglos coexistieron tantas normativas del Pretor que aparecieron las contradicciones entre ellas de modo que era necesario sistematizarlas para que las mismas tuvieran una coherencia lógica, esto se logró con el Edicto Perpetuo de Salvio Juliano (año 138 d.C.). La labor del Pretor constituyó el derecho honorario, que apareció frente al derecho civil para complementarlo o para llenar las lagunas del derecho en determinadas cuestiones. Sin dejar de tener en cuenta que otras normas jurídicas se invadían entre sí para aplicarlas prácticamente.

### **III. Coexistencia de normas jurídicas: La Ley de Citas: Una solución parcial:**

Para la búsqueda de una solución a los conflictos que se planteaban en la aplicación de las normas jurídicas, la casuística, muy típica del romanismo jurídico, también generó problemas de contradicción de normas para resolver la misma situación. Por ese motivo se realizaron los primeros intentos compilatorios a través de la Ley de Citas o Citaciones<sup>13</sup> por la cual se estableció por disposiciones de los Emperadores

<sup>12</sup> Las fuentes romanísticas se han caracterizado por la casuística, o la resolución jurídica de un caso particular, han llevado a que permanentemente se crearan normas jurídicas buscando soluciones a las nuevas situaciones de conflicto que se plantearan, trajo como consecuencia que, con el paso de los siglos hubieran un sinnúmero de normas que brindaban soluciones distintas al mismo caso que había que resolver, las mismas se contradecían por eso hubo intentos compilatorios para que éstas tuvieran un orden cronológico y lógico hasta llegar a la máxima compilación que conocieron los romanos que fue el Corpus Iuris Civilis.

<sup>13</sup> Se sancionó en el año 450 d. C.

Teodosio II y Valentiniano III, que ante un conflicto se aplicaba la doctrina de los cinco juristas más destacados que eran Papiniano<sup>14</sup>, Gayo<sup>15</sup>, Paulo<sup>16</sup>, Ulpiano<sup>17</sup> y Modestino<sup>18</sup>, se dispuso de ésta manera por la diversidad de normas dispersas que generaban ésta clase de inconvenientes.

Las normas jurídicas que se contradecían, correspondían a distintos períodos históricos, que, en vez de derogarse permanecían en vigencia. Así, los emperadores para asegurar la correcta y más justa aplicación de las normas jurídicas decidieron, ordenar los iuras y conservar la autenticidad de la doctrina clásica, se dispuso que solo los "iura" mencionados podían citarse ante el tribunal con valor de norma, si su doctrina resultaba coincidente en el punto controvertido; no siendo así predominaba la opinión de la mayoría; en caso de coincidencia igualitaria de opiniones prevalecía la opinión de Papiniano; si no se había expedido sobre un asunto similar la cuestión era resuelta por el juez.

Teniendo en cuenta de las dificultades que existieron para los romanos, en la aplicación del derecho a pesar de ser uno de los pueblos de la antigüedad más avanzados en materia jurídica, era menester destacarlo, para que, conociendo previamente éstas cuestiones, podamos desarrollar estrategias tanto los docentes como los alumnos en la resolución de casos prácticos aplicando normas jurídicas romanas.

#### **IV. El método de casos como herramienta pedagógica:**

El estudio del método de casos puede concebirse desde distintos puntos de vista:

- 1 Como la explicación de un tema teórico: Hay temáticas que pueden ofrecer dificultades al alumnado, por lo que será menester antes de finalizar la clase brindar un caso prácticos de corta resolución –teniendo en cuenta que la carga horaria la clase es de dos una hora y media cátedra- y que los mismos deberán resolver con los elementos brindados por el profesor, la finalidad es la correcta comprensión del tema que a la vez sirve como:
- 2 Como el complemento al desarrollo de la teoría: la complejidad de ciertos temas ameritan la implementación de casos de resolución práctica, que van así a flexibilizar la comprensión de los mismos y a la vez los van a completar, necesariamente se debe implementar el caso. Es una herramienta usada por el docente, y con ella tendrá la opción de dar la solución o invitar a los alumnos que brinden su parecer con los elementos que cuenten, que en realidad, al tratarse de un tema explicado en ese momento, serán, dichos elementos, limitados.

<sup>14</sup> Aemilius Papinianus (150-212), fue jurisconsulto, Praefecto del Pretorio, entre sus obras más importantes encontramos: Las Quaestiones y las Responsa.

<sup>15</sup> Gaius (120-178) fue jurista y Profesor de derecho a mediados del siglo II.

<sup>16</sup> Julius Paulus Prudentissimus: Fue jurista y Prefecto de la Guardia Pretoriana, realizó 319 escritos de jurisprudencia.

<sup>17</sup> Domicio Ulpiano (170-228) fue jurista y Prefecto del Pretorio, además de discípulo de Papiniano.

<sup>18</sup> Elius Florianus Herennius Modestinus: fue un jurista del siglo III, discípulo de Paulo, Prefecto Vigilium y gozó del Ius Publice Respondendi ex auctoritate Principis.

- 3 Como método pedagógico<sup>19</sup>: Nos debemos preguntar qué limitaciones existen por parte de los docentes para establecer la resolución de casos prácticos como herramienta habitual en las aulas, a lo mejor la dimensión de materia, y la cantidad de horas cátedra puede estar conspirando contra éste aspecto. Si bien son muchos los docentes que lo llevan a cabo, también encontramos algunos que solo se limitan al aspecto teórico dando algunos ejemplos complementarios del tema que están enseñando, cuando esto ocurre, el hecho de no hacerlo no acarrea incumplimiento alguno por parte del plantel académico, siempre y cuando cumplan con el dictado del programa de la materia, ello se plantea a los efectos de la crítica constructiva.

### V. ¿Cuál es la importancia de ésta técnica como pedagógica?

En realidad es importante por varios motivos. Por un lado porque el marco teórico no siempre es suficiente para complementar un tema o desarrollarlo de una manera acabada que le permita al alumno entenderlo de manera amplia. Por otro lado es importante la toma de conciencia en el ámbito educativo universitario que tiene que haber un correlato entre los conocimientos teóricos y su aplicación práctica, es enseñar a pensar aplicando el derecho.

-Cómo método de investigación: Puede asumir distintas formas, se puede tomar un caso y a partir de su implementación se pueden deducir normas de carácter general.

-Como herramienta pedagógica para generar el debate: Según lo que se plantee en un caso dado, por lo que el mismo genere subjetivamente en los alumnos puede dar lugar a que se esgriman distintos alegatos o fundamentos, controversiales y que admitan soluciones diversas. Sirve para desplegar otras técnicas, no solo la aplicación del derecho a un caso en particular sino también a pensar posibles soluciones y cuestionarlas con los debidos fundamentos<sup>20</sup>, sabiendo escuchar a otros compañeros y poder rebatir posturas. Evita posturas pasivas de los alumnos en las aulas. El docente debe saber qué caso presentará a los alumnos porque en contraposición a lo expresado el caso podría eventualmente no presentar interés alguno en el alumno y por ende el debate quedaría frustrado<sup>21</sup>.

### VI. Definición del método de casos:

Se define de la siguiente manera:

<sup>19</sup> Ver en GVIRTZ, Silvina- PALAMIDESSI, Mariano, *El ABC de la tarea docente: currículum y enseñanza*, capítulo V: "Enseñanzas y filosofía de la enseñanza". Aique. 1998. 1ra edición, en la página 147; cómo método pedagógico, además del concepto se destaca la importancia de desarrollar estrategias adaptadas a un contexto áulico y los criterios de cada profesor para poder llevarlas a cabo.

<sup>20</sup> En El Método del Caso; © Servicio de Innovación Educativa de la Universidad Politécnica de Madrid. 2008; <http://innovacioneducativa.upm.es/guias/MdC-guia.pdf>; en la página 4, se hace referencia a que los estudiantes en el estudio de las leyes tienen que enfrentar situaciones reales, tomar decisiones y emitir juicios con fundamentos.

<sup>21</sup> En GVIRTZ, y ot. ob.cit., en la página 144 se establece lo relevante que es proponer el debate, la puesta en conocimientos, las experiencias y establece pautas de la función del profesor o maestro al respecto.

“Éste método<sup>22</sup> consiste en proporcionar una serie de casos que representen situaciones problemáticas diversas de la vida real para que se estudien y analicen...se pretende entrenar a los alumnos en la generación de soluciones<sup>23</sup>” (Estrategias, 3).

## VII. ¿Cómo se debe planificar un caso?

### A) Determinación de: ¿Para qué sirve?

La implementación del método de casos en la enseñanza<sup>24</sup> del derecho puede obedecer a distintos fines pedagógicos que es menester utilizarlos en determinadas instancias: ya sea como parte explicativa de un tema; de carácter aclaratorio, o en general complementarios de la teoría curricular, puede constituirse en la herramienta indispensable para generar un debate, existe la posibilidad de que la resolución de casos dé lugar a discusiones fundamentadas diferentes, porque un caso puede abrir el abanico admitiendo más de una solución, éstas cuestiones sirven para generar una activa participación de los estudiantes, siendo la intervención docente<sup>25</sup> el eje rector para guiarlos en la resolución final que es admisible.

Para dar origen al debate en el análisis resolutorio se debe atravesar por un proceso integrado por distintas etapas:

- 1) Consideraciones previas del docente: Es necesaria una planificación del caso a resolver, realizándose a tales efectos una serie de pasos como los siguientes:
  - a) La identificación del tema respecto del cual se va a confeccionar el caso a resolver, por ejemplo: “Derechos Reales”; “Persona”; “Sucesión testamentaria”. Si bien hay temas amplios, por la extensión de éstos ameritan que los limiten, por ejemplo, en los “Derechos Reales” lo podemos reducir al estudio de las servidumbres personales, por ejemplo: el usufructo.
  - b) A partir de la identificación del tema, es necesario elaborar el caso práctico: Se redacta de manera concisa y clara, en un lenguaje descriptivo la situación conflictiva, y luego se le explica qué es lo que se pretende de él.
  - c) Pensar estrategias, como lo es la explicación previa del tema curricular teórico, se pueden añadir para ilustrar algunos ejemplos, a los efectos de una mejor comprensión de los temas dados por parte de los alumnos. El caso práctico que se plantee tendrá para el profesor dos opciones: explicarlo o no; en el primer caso servirá como guía al alumno facilitando la comprensión de la

<sup>22</sup> Ver en CAMPARI, ob.cit. página 113 en que la incluye en la definición de método de casos a la investigación, y cuales son sus características relevantes.

<sup>23</sup> En JOSEPH, Andrea; “Papeles de trabajo sobre tecnología Educativa”, Buenos Aires, mayo de 1990. Capítulo: “Recursos metodológicos para enseñar en el aula”, en la página 45 destaca el papel que desempeña el método de casos que, permite que los alumnos tomen decisiones, mediante el desarrollo de habilidades.

<sup>24</sup> Ver en GVIRTZ, y ot.; ob. Cit, en página 133 el concepto de enseñanza de Gary Fentesmacher, circunscribiéndolo a dos aspectos, por un lado: la existencia de quién posee el conocimiento y quién no tiene esa habilidad.

<sup>25</sup> En El Método del Caso; © Servicio de Innovación Educativa de la Universidad Politécnica de Madrid. 2008; <http://innovacioneducativa.upm.es/guias/MdC-guia.pdf>, en la página 12 establece los pasos que el docente tiene que seguir para elaborar un caso que los alumnos puedan trabajar en la clase.

- consigna y que no haya lugar a equívocos interpretativos, en el segundo caso, formara parte de la resolución del mismo que la interpretación quede a cargo del alumno.
- d) Se les puede sugerir a los alumnos que estudien clase a clase con la posibilidad de hacer repasos verbales de todos los temas que comprenden lo sugerido por el docente que pueden ser bastantes amplios según los casos con el fin de que adquieran conocimientos de a poco, de modo que les sea más fácil comprender el tema siguiente y la resolución del caso.
  - e) Se requieren a su vez por parte de los docentes "habilidades para el manejo de los grupos<sup>26</sup>, buena comunicación con el alumnado y una definida vocación docente" (Estrategias, 3).
  - f) Se sugiere que el docente no deje de hacer uso de las herramientas pedagógicas fundamentales como: el uso del pizarrón, proyector, cañón, confección de mapas conceptuales y cuadros sinópticos, entre otros.
  - g) Es necesario en algunas ocasiones usar como refuerzos las herramientas descritas. Porque se constituyen como complementos necesarios del desarrollo teórico, como ya lo he explicado.
  - h) Se sugiere a los alumnos según las características de resolución de los casos, en caso de realizarse en clases, además de haber leído previamente la teoría traigan a clase la bibliografía del programa de estudios, doctrina y jurisprudencia que ameriten el tema por indicación previa del docente.
  - i) El caso se piensa en función de la aplicación práctica del derecho para resolver una cuestión que genera un conflicto y hay que tomar una decisión al respecto, ello les compete a los alumnos con la guía del docente<sup>27</sup>.
  - j) Ubicación temporo-espacial de la normativa a aplicar; por ejemplo la resolución de un caso aplicando el derecho romano justiniano, no admitiría la resolución según normas jurídicas anteriores a las mismas. Ello a los efectos de evitar confusiones, por lo dispersa que estaban las normas antes de la mencionada compilación.
  - k) Se trata a la vez de que haya uniformidad de criterios y no distintas soluciones posibles, en eso estoy de acuerdo de llevarlo a cabo así. No obstante según el/los tema/s seleccionados se admiten otras posibles respuestas que no invalidan a otras, ello depende de los criterios docentes y las temas que sean seleccionados. Hay quienes consideran que "el caso no proporciona soluciones sino datos concretos para reflexionar, analizar y discutir en grupo las posibles salidas que se pueden encontrar a un problema" (Estrategias, 8).
  - l) Se sugiere que el docente implemente el caso en varios borradores simultáneos, a través de una prueba de ensayo-error; me parece difícil concebir la idea de que la confección de un caso surja en el primer intento.

<sup>26</sup> Ver en GVIRTZ y ot. Ob.cit. en pág. 134 como analiza las clases magistrales puras y sus consecuencias como lo es la pasividad de los alumnos, como una situación aleatoria en la que hay probabilidades de que éstos no terminen aprendiendo.

<sup>27</sup> Ver en GVIRTZ y ot. Ob.cit. en pág. 162 como el caso se piensa en función de la aplicación práctica del derecho para resolver una cuestión que genera un conflicto y hay que tomar una decisión al respecto, como debe guiar el docente a los alumnos y cuales son los aspectos que el mismo debe conciliar para llevarlo a cabo.

- m) Se tiene en cuenta para resolución de un caso planteado el nivel de preparación de los alumnos en cuanto al grado de conocimientos que poseen, "la técnica del estudio de casos como método docente se adapta a distintas edades, diversos niveles y áreas del
- n) conocimiento<sup>28</sup>. Lo mismo se puede emplear en la Educación primaria, que en la secundaria y en la superior" (Estrategias, 8).
- o) El caso propuesto tiene que ser adaptable a la vida real<sup>29</sup>, porque como ya dije la idea es adaptar el derecho a la aplicación práctica que nos compete a diario, mínimamente la consulta profesional<sup>30</sup> realizada por nuestros clientes.
- p) El lenguaje en el que se redacta debe ser claro, concreto, conciso y neutro; entre otras cuestiones a los efectos de no inducir las respuestas o que éstas estén sujetas a emociones o subjetividades.
- q) El relato del caso no es un detalle menor, "un relato bien escrito tiene más posibilidades de despertar y retener el interés de los alumnos" (Wassermann, 1994).
- r) Solo en caso de que fuera estrictamente necesario recurrir a un breve glosario a efectos de unificar criterios con respecto al significado de ciertas palabras que puedan generar conflictos de interpretación de resolución y derivar en errores involuntarios.
- s) Se sugiere que luego de algunas revisiones y /o modificaciones determinar si ya está en condiciones de estar preparado para implementarlo en la clase.

## 2) Implementación del caso en una cursada:

### a) Presentación del caso a los alumnos:

Para ello es menester el cumplimiento de ciertas pautas a seguir.

- Se pone en conocimiento a los alumnos de las siguientes cuestiones<sup>31</sup>:

-Que se va a realizar una "resolución de un caso práctico en la clase", o de carácter domiciliario.

- Que pueden consultar los apuntes de clases y el material de apoyo con las fuentes del derecho.

- que la resolución puede ser individual o grupal.

-que en caso de realizarse en el marco de la clase tiene un lapso de duración, que será lo que dure la hora cátedra.

-en el caso de que sea domiciliario se estipulará previamente el mismo (plazo).

-se pautarán tutorías eventualmente.

-se establecerán cuáles serán los criterios a seguir en la calificación del caso.

<sup>28</sup> Ver en GVIRTZ y ot. Ob.cit. en pág.143 analiza los diferentes contextos extra áulicos de los que provienen los alumnos y como influye en el desempeño académico ésta heterogeneidad.

<sup>29</sup> Ver en JOSEPH, A., ob.cit. en pág. 45.

<sup>30</sup> En JOSEPH, A; ob.cit. página 45 como se destaca éste aspecto.

<sup>31</sup> En El Método del Caso; © Servicio de Innovación Educativa de la Universidad Politécnica de Madrid. 2008; <http://innovacioneducativa.upm.es/guias/MdC-guia.pdf>, en la página 9 se establecen cuales son las fases por las que deben atravesar los alumnos para hacer un análisis crítico en la toma de decisiones.

## b) Formas de agrupación para trabajar:

Se les sugiere a los estudiantes que se agrupen en formaciones de no más de tres personas<sup>32</sup> para que puedan participar por igual todos en la resolución de lo dado “que los alumnos que integran los grupos tengan la posibilidad de discutir los casos y las preguntas entre ellos antes de que se realice la discusión en la que participa toda la clase” (Wassermann 1994).

- Se puede proceder al dictado de uno o más casos prácticos, a modo de ejemplo, quedando a criterio del docente, con las correspondientes consignas.
- Se les da la posibilidad a los alumnos de poder participar formulando interrogaciones, en caso de existir dudas acerca de la realización del mismo, se debe estimular al alumno.
- Permitirles hacer uso de la palabra a todos aquellos que quieran hacerlo, sin restringirle las posibilidades a nadie.
- Los alumnos en dicha interacción pueden hacer aportes constructivos, que pueden ser tenidos en cuenta como una de las pautas de calificación.
- Empieza la “observación” del docente en lo que respecta a las modalidades de trabajo, inconvenientes que se les puedan presentar a los alumnos y guiarlos para que puedan resolverlos; dinámica general del grupo para trabajar<sup>33</sup>, por mencionar algunas.
- Ser puede observar que siempre va a haber algunos grupos que van a resolver el caso planteado en forma más rápida que otros.

## c) Disponibilidad del tiempo: Ésta depende de la clase de resolución de casos que pretenda un docente, y puede ser:

## 1) Resolución de un caso durante la clase:

Para ello no se necesitará más tiempo de realización que el demande la duración de una clase, las exigencias serán las que se correspondan con la limitación horaria. Como se señaló anteriormente a los efectos de economizar el tiempo se sugieren pautas a cumplir por parte de los alumnos (estudio de los temas previamente, concurrencia a clase con el material para trabajar en clases). Se toma como tiempo límite el horario de la clase, porque en el caso de que el docente sugiera la continuación en la clase siguiente, se perdería la espontaneidad de resolución y estrategias a desplegar por el alumnos, ya que en el ínterin de una clase a otra, existe la posibilidad de que consulte a algún otro docente, a alumnos de cursadas anteriores o busque material teórico en los libros, cuando esa forma de resolución no era la tenida en cuenta por el docente al plantear el caso práctico; a la vez los colocaría en desventaja al resto de los compañeros o grupos.

<sup>32</sup> Ver en CAMPARI, S. ob.cit. en la página 116 establece a estrategias a seguir en la resolución de casos en grupos por parte del docente.

<sup>33</sup> En CAMPARI, S. ob.cit. en la página 116 destaca la importancia y analiza la rotación de roles en los grupos conformados por las mismas personas y sus consecuencias.

## 2) Resolución de un caso de carácter domiciliario:

En estos casos la realización del caso demanda más tiempo que el anterior, por lo tanto se requerirá una mayor complejidad de análisis y estudio de fuentes, "una de las ventajas es que el maestro no estará expuesto a la tentación de controlarlos. Los grupos se benefician cuando se les permite resolver los problemas a ellos mismos" (Wassermann 1994). Según las características del caso, el docente podrá optar por el establecimiento de plazos, uno final de entrega, pautados con la suficiente antelación, pero será necesario establecer plazos previos para que los alumnos sean asistidos en las tutorías cuyas fechas y horas serán fijadas a los efectos de que sean guiados por el docente ante las consultas que éstos deseen formular.

En todos los casos, sea de resolución individual o grupal se les exigirá indefectiblemente que los alumnos utilicen el lógico y el resultado final al que arriben sea la conclusión a un razonamiento deductivo basado en premisa que les dé esa la solución final que plantean como un lógico armonioso. Tendrán que justificar el origen del resultado.

## d) Características de la materia:

La planificación<sup>34</sup> de un caso a implementar en el aula depende de la planificación general que un docente realice primero de su materia y de la cursada según sea cuatrimestral o semestral, destinadas a oyentes o cursadas por promoción; se hace ésta distinción porque son grupos con características diferentes. Se requieren conocimientos previos para determinar cuáles son los temas que ameritan la confección de un caso a resolver según se persigan objetivos de complemento o aclaratorios de un tema teórico, sin dejar de lado la toma de decisiones por parte de los alumnos de aplicar el Derecho Romano a un caso práctico. Las características de las cursadas depende de los intereses de los estudiantes ya que los alumnos que cursan como oyentes solo lo harán a los efectos de la proximidad de una mesa de exámenes y cumplido éste objetivo ya no asistirán más, su asistencia no es regular ni duradera en el tiempo como ocurre con los alumnos que asisten a cursadas por promoción cuatrimestrales hasta que no termine el cuatrimestre, rindan todos los exámenes y cumpliendo con los requisitos de asistencia no podrán dejar de concurrir sin el riesgo de perder la cursada, o dicho de otra manera, se espera más compromiso de un alumno que cursa en un pre- evaluativo o por promoción que uno que lo hace en forma libre al que no se le pasa asistencia.

En nuestra carrera, Derecho Romano no es semestral, quizá se plantee política y curricularmente ésta posibilidad en el futuro, lo que nos facilitaría a los docentes una mejor distribución del tiempo en el dictado de la materia<sup>35</sup> y la planificación de más trabajos prácticos, porque en realidad se necesita de la disponibilidad de éstos tiempos, que a su vez ayudarían a los estudiantes en los procesos de incorporación

<sup>34</sup> En MASTACHE, Anahí ; "Planificación estratégica", 2002. Buenos Aires, Versión mimeografiada, en la página 2, refleja la dificultad de completar con la totalidad del programa, explicando algunos de los motivos de por qué ocurre esto.

<sup>35</sup> En COLS, Estela; "Programación de la enseñanza". Didáctica I Ficha de cátedra; en: [www.buenastareas.com/materias/estela-cols/0](http://www.buenastareas.com/materias/estela-cols/0), página 3 contrapone la planificación, el programa o plan versus lo

del conocimiento, que a veces se tiene que producir con ciertas celeridades, debido a la pérdida involuntaria de clases como ocurre con los feriados por ejemplo.

Pensamiento Crítico por parte de los alumnos: Es necesario el despliegue de ciertas destrezas<sup>36</sup> y habilidades<sup>37</sup> por parte de los estudiantes, para que busquen una solución satisfactoria, "ya que la educación es el proceso de enseñar a los estudiantes a pensar y que saquen sus propias conclusiones; también resolver problemas, sacar sus propias conclusiones y ser creativos" (Hervás 2000: 34).

Si no elaboramos estrategias nosotros los docentes para que los alumnos puedan elaborar un pensamiento crítico, pienso que los mismos se vuelven muy pasivos en la interacción áulica<sup>38</sup>, porque esperan de manera muy receptora sin dar colaboración a cambio para recibir los contenidos sin hacer de su parte aportes o ejercitar el pensamiento crítico, que es el tema que nos ocupa en ésta consigna; puede ocurrir que los alumnos los lleven a cabo porque ya vienen con esas herramientas mentales que los habilitan a ejercer un pensamiento crítico pero, en la mayoría de los casos al tratarse de grupos heterogéneos va a haber siempre un grupo de alumnos que no podrá desarrollarlo porque aún no cuentan con las habilidades necesarias para llevarlo a cabo, para ello el docente le proporcionará esas herramientas y el objetivo, obviamente que si existe esta falla tenemos que detectarla, no es solo el desarrollo del pensamiento crítico dentro del aula sino que lo puedan trasladar a su vida en sociedad. Hay autores (Presseisen 1986: 35) consideran que, con: "el pensamiento crítico se forman estudiantes no solo para el trabajo sino para ser ciudadanos que piensen críticamente"; como también "su aplicación como técnica o estrategia de aprendizaje, entrena a los alumnos en la elaboración de soluciones válidas para los posibles problemas de carácter complejo que se presenten en la realidad futura...el caso enseña a vivir en sociedad"

El pensador crítico, en el campo de las ciencias sociales, se espera que sea, en la medida de lo posible cuestionador constructivo, bien informado en su saber o ciencia, que confía en la razón; de mente abierta; flexible; justo cuando se trata de evaluar; honesto cuando confronta sus sesgos personales; prudente al emitir juicios; dispuesto a reconsiderar y si es necesario a retractarse, porque el docente tiene sus limitaciones, no puede saberlo y abarcarlo todo, tiene que ordenado cuando se enfrenta a situaciones complejas; diligente en la búsqueda de información relevante; razonable en la selección de criterios; enfocado en preguntar, indagar, investigar; persistente en la búsqueda de resultados tan precisos como las circunstancias y el problema o la situación lo permitan.

No debemos dejar de lado ciertas realidades en la que nos encontramos con grupos o alumnos en

---

aleatorio, lo imprevisto, el azar.

<sup>36</sup> En CAMPARI, S. ob.cit. página 111; se refiere a los procesos que el alumno despliega en la resolución del caso.

<sup>37</sup> En CAMPARI, S. ob.cit. página 113 resalta la importancia de fomentar el desarrollo de habilidades cognitivas en los estudiantes.

<sup>38</sup> En RINAUDO, María Cristina-SQUILLARI, Rosana; "El aprendizaje en las aulas universitarias". En: Revista IRICE, febrero 2000, 61-77; en la página 65 proponen el estímulo a los alumnos en el aula a través de diversas acciones que los mismos explican.

particular que tienen muchas dificultades para la elaboración del pensamiento argumentador basado en un raciocinio lógico, atribuible en parte a ciertas falencias de formación del nivel inicial y medio, en los se observa que no cuestionan la información brindada por el docente, hay dificultades de comprensión de textos, dificultades también para realizar elaboraciones propias (conclusiones), poco lenguaje para expresarse por escrito o verbalmente, faltas ortográficas, por mencionar algunas al momento de llegar a la instancia universitaria, aspectos sobre los cuales se dificulta mucho trabajar luego, porque el mejoramiento de éstas cuestiones que requieren de largos procesos mentales en el tiempo, cuando la realidad y los tiempos de una cursada impiden ésta clase de procesos que tenían que ser solucionados en otras instancias previas. Esto lleva a situaciones de desborde como los alumnos repetitivos, que rinden cuatro o más veces la misma materia y los alumnos crónicos en la carrera que les lleva más de diez años recibirse, habilitándoseles con facilidad la restitución de la condición de alumnos regular.

Pero para no perder el eje rector del presente trabajo que me ocupa, lo que hoy conocemos como pensamiento crítico, ya era desarrollado desde tiempos muy antiguos, así vemos en la Universidad de Bologna que fomentaban el estudio de casos de la siguiente forma:

“La “Lectio” que consistía en la lectura y comentario de los textos o lecciones, y; la “Disputatio” o discusión en la que el maestro contestaba las objeciones que se hacían con respecto a un tema que en esos momentos se abordaba, fuera este propuesto por antelación o planteado sorpresivamente durante la cátedra. Para las discusiones los pasos a seguir eran: se requerían tanto la exposición de la tesis y; de los argumentos a favor, como; el planteamiento de las objeciones y la solución a éstas”. (Aramburu, R, 2006:447); de ésta manera vemos claramente como en la enseñanza del Derecho Romano no se trataba de un mero aprendizaje de las normas jurídicas sino que se les enseñaba a los alumnos a generar por sí mismos la acción de retrucar las posturas a través de las argumentaciones y contrarréplicas, como resultado final la búsqueda de soluciones; siendo muy productivo ese entrenamiento para el posterior ejercicio de la docencia y para la labor litigante de los abogados en defensa de sus clientes.

Ahora, que sucede entonces cuando aplicamos esta forma de pensar en el sistema educativo, sistema que a mitad del siglo XX, ha pasado de pertenecer a la elites para masificarse y ello visto dentro del contexto intimo entre el desarrollo económico (López Facal 2004:94), y la educación que fue criticado por los intelectuales de izquierda, y por las renovaciones pedagógicas de las distintas acciones políticas de turno enfrentadas además con dos ámbitos curriculares, como lo son la enseñanza religiosa y la historia de las ciencias sociales. Siendo esta ultima esencial para mantener los Estados cierta cohesión social.

### **VIII. Definiciones de Pensamiento Crítico:**

Hasta ahora hemos visto las ventajas del pensamiento crítico, pero ¿qué es? Ennis, R. 1985:35, lo define como: “La actividad cognitiva asociada a la evaluación de los productos del pensamiento y es un

elemento esencial para resolver problemas, tomar decisiones y ser creativo”.

Mientras que (Presseisen 1986: 35) lo define como: “Un pensamiento racional pensado en el análisis y la evaluación para facilitar la comprensión de significados e interpretaciones”.

Por lo que también podemos agregar otra definición, sosteniendo que el pensamiento crítico es ese modo de pensar – sobre cualquier tema, contenido o problema – en el cual el pensante mejora la calidad de su pensamiento al apoderarse de las estructuras inherentes del acto de pensar y al someterlas a estándares intelectuales.-

El individuo naturalmente es potencialmente capaz de pensar/solucionar/problemas por sí mismo tomando decisiones que son aceptadas individual y colectivamente, por lo tanto no es descabellado que los alumnos puedan llevarlas a cabo, es innato, a lo que se sumaría un proceso de ejercitación de esas habilidades innatas. Las habilidades incluyen el pensamiento creativo, los alumnos no deberán ajustarse solamente a lo que conocen de la materia, se aspira como objetivo a la creatividad/originalidad de sus tareas en el aula, implica el desarrollo de habilidades para decidir y resolver problemas, tiene que surgir de los mismos estudiantes, porque si lo proponemos nosotros deja de ser original, en caso que ello no ocurra, se deberán buscar estímulos a través de propuestas interesantes, sin dejar de analizar todos los argumentos posibles, porque sino caeríamos de manera indirecta en compartimentos estancos lo que atentaría contra la idea de fomentar el pensamiento crítico.

### **IX. Habilidades y destrezas necesarias para desarrollar el Pensamiento Crítico:**

El pensamiento crítico *se* “consigue adquiriendo dominio de habilidades de nivel superior que se relacionan con la capacidad de clarificar la información, también con la capacidad para elaborar un juicio sobre cual es el fin de la información; también la capacidad de evaluar la información” (Piette, P. 1998: 35).

Se necesita del conocimiento pero no es suficiente, porque tal como lo señala el autor se ha demostrado que después de muchos años que han pasado de escolarización, ya que “Hay personas que no desarrollan competencia para pensar y terminan sus estudios sin haberlo hecho en forma crítica” (Piette, P. 1998: 35), por ello es necesario que ante falencias de pensamiento crítico por parte de los alumnos que se presenten tal como lo refiere Paul, 1985:36 de la siguiente manera: “Hay que transmitir y enseñar el pensamiento crítico en un sentido profundo que sirve para resolver los problemas de aprendizaje y para elaborar estrategias de resolución de situaciones conflictivas, en la vida real, lo que fundamentaría también la necesidad de realizar una planificación para que los estudiantes desplieguen éstas habilidades”.

Los docentes no nos tenemos que permitir en la medida de lo posible fallas en las que los alumnos no aprendan y practiquen el desempeño de éstas habilidades, porque que si hay una persona que no haya ejercido el pensamiento crítico y obtuvo un título universitario en éstas condiciones de falta de pensamiento crítico estaríamos ante una situación grave.

La planificación de la enseñanza del pensamiento crítico es el resultado de un largo ejercicio de la

docencia, ya que como refiere Yinger 1980: 36: “Para poder enseñarlo es necesario tener un amplio bagaje de conocimientos para poder tomar decisiones y solucionar problemas, luego con la experiencia áulica desarrollar estrategias, la búsqueda de información, evaluar la incidencia, comparar información de distintas fuentes”.

Por mencionar algunas, por supuesto, entendemos, que no vamos a poder hacer un despliegue amplio de ésta clase de habilidades para que desarrollen los alumnos si somos novatos en la docencia, para ello hay que recorrer un largo camino.

Podemos decir que una educación liberal en sentido amplio, consiste en aprender a aprender, a pensar por uno mismo, de manera independiente y en colaboración con otros. Aprender a pensar críticamente y cultivar el espíritu crítico, no son solo medios para conseguir ese fin, hacen parte del objetivo mismo. Está la sensibilidad, apreciación y evaluación crítica de todo lo que es bueno y lo que es malo en la condición humana. A medida que la mente se despierta y madura y, con el suministro de la adecuada nutrición y alimentación educativas, estas otras facetas fundamentales de la educación liberal se desarrollan también. El pensamiento crítico juega un papel fundamental para alcanzar estos propósitos.

Por ello consideramos muchas veces complicado aplicar el objetivo del pensamiento crítico:

“Tenemos que luchar contra políticas concretas sobre el currículo y la enseñanza” (López Facal 2004: 99); pero hay que hacerlas visibles aprovechando entre otros, los medios de comunicación, darlo a conocer, tratando de llegar a todos los sectores de la sociedad, haciéndoles distinguir entre las diferencias ideológicas y epistemológicas respecto a los distintos proyectos político económicos.

Lo anterior depende de las características del grupo y que los alumnos puedan llevarlo a cabo.

#### **X .Establecer las pautas de calificación de la resolución de casos:**

Se tendrán en cuenta los aspectos ya mencionados como son:

- Realización de trabajo en grupo, individual, domiciliario o en clases.
- Cumplimiento de las consignas.
- Cumplimiento de los objetivos establecidos por el docente y de los cuales fueron previamente informados los alumnos, a saber:
  - a Interés puesto por el alumno para resolver el caso, a pesar de las dificultades o limitaciones con las que se pudo haber encontrado, no obstante puso en evidencia su voluntad de sortear dichos inconvenientes y así quedó demostrado.
  - b Evaluar si solo se sirvió de la bibliografía sugerida por el docente de acuerdo con el programa de estudios o el alumno indagó en una variada gama de material bibliográfico, éste aspecto también forma parte del pensamiento crítico desplegado por estudiante, de no quedarse solo con lo que el profesor le pueda dar sino tener una apertura mayor y ver que el mundo no es limitado para la resolución de un caso y que se puede investigar por cuenta propia.
  - c Haber estudiado y analizado los aspectos teóricos previamente por recomendación del docente, como un requisito para la comprensión y posterior resolución del caso.

- d La interacción entre los miembros del grupo<sup>39</sup>, en las etapas anterior, previa y posterior de resuelto el caso, independientemente de que se hayan formado voluntariamente o los haya agrupado el docente. Se espera que en las etapas mencionadas los alumnos participen activamente.

### XI. Objetivos a largo plazo<sup>40</sup>:

- a Saber aplicar la teoría a la práctica del derecho, para que ésta no sea aprendida por el alumno para satisfacer un requerimiento docente que va a ser evaluado, como algo aislado de la realidad, por lo tanto es menester la toma de conciencia de su importancia, para ello se requiere activa participación del estudiante, para esgrimir argumentos y rebatir posturas<sup>41</sup>.
- b Que la toma de decisiones para la resolución de un caso, les pueda servir a los estudiantes para aplicarlo en otras materias y trascender el ámbito universitario y poder utilizar esas destrezas y habilidades en distintas instancias de la vida diaria.
- c Fomentar el trabajo en equipo, en todos los órdenes posibles de la vida, no solo en el académico.
- d Argumentos esgrimidos para arribar a la solución final.
- e Fundamentos utilizados basados en las normas jurídicas, doctrina y jurisprudencia.

### XII. Nacimiento del debate en la puesta en común del caso:

Una vez que el alumno puso en marcha los mecanismos del pensamiento crítico estaría *prima facie* en condiciones de resolver el caso, digo, en primera instancia porque aún no sabemos si la solución propuesta es la correcta; no obstante la secuencia de mecanismos lógicos para inferir la respuesta y su fundamentación en las normas jurídicas es un gran paso dado.

La puesta en común grupal es el paso inicial para que aparezcan o no coincidencias entre los alumnos, a partir del momento que surge la posibilidad de respuestas diferentes aparecerán según lo permitan las características del grupo, los argumentos, las réplicas y las contrarréplicas lo que entrena indirectamente al alumno en el ejercicio de una práctica habitual del abogado en los juicios orales, en las ponencias en los congresos para la defensa de los trabajos presentados, solo por mencionar algunos.

Se les debe dar a todos los alumnos la posibilidad de hacer el uso de la palabra de manera equitativa, respetándose las diferencias de opiniones y sustentando las propias en base a fundamentaciones certeras sin descalificar al oponente, todo lo que un alumno quiera exponer forma parte del aprendizaje,

<sup>39</sup> En El método del caso en la enseñanza del Derecho: *experiencia piloto de un piloto novel*; Carlos Vargas Vasserot; En *Revista de Formación e Innovación Educativa Universitaria*. Vol. 2, N° 4, 193-206 (2009); [webs.uvigo.es/refiedu/Refiedu/Vol2\\_4/arti\\_2\\_4\\_2.pdf](http://webs.uvigo.es/refiedu/Refiedu/Vol2_4/arti_2_4_2.pdf), en la página 198, muestra como la disparidad no depende solamente de la heterogeneidad de los alumnos en el mismo grupo sino también, como el autor hace un análisis de las diferencias entre los estudiantes de las universidades españolas y de las de América Latina para plantear el método de casos o la resolución de conflictos.

<sup>40</sup> Se relacionan con las ventajas que ofrece el método que aquí se analiza en *Técnicas didácticas: método de casos*; en UNIBE informa..al docente. Modelo en acción: experiencia de trabajo con la técnica de método de casos. Autora: Maritza Cabrera; año 2009 en [www.unibe.edu.do/acerca\\_unibe/innovacion/boletin\\_enero-abril.pdf](http://www.unibe.edu.do/acerca_unibe/innovacion/boletin_enero-abril.pdf).

aún en la instancia propia del debate, en el que los argumentos sirven para enriquecer las diferentes posturas desde distintos puntos de vista.

Cuando se dan éstas situaciones los docentes no debe emitir juicios propios para no condicionar a los alumnos, su posición debe ser neutra, y dirigir las diversas situaciones que se puedan producir para las cuales deberá estar preparado y ante las cuales deba interceder, como pueden ser discusiones carentes de fundamentos, discusiones por cuestiones ideológicas que no aporten a la resolución de caso, descalificaciones directas o indirectas sin sustento jurídico o lógico, desviaciones involuntarias hacia temas o contenidos que no son los propios de la resolución del caso.

También para que todos puedan hacer un uso de la palabra equitativo, el docente será el eje rector de distribución del tiempo, para que nadie salga perjudicado, ya que la participación activa de los alumnos requeridas para éstos casos forman parte de la evaluación.

Los alumnos no siempre tienen un pensamiento crítico ejercitado, de modo que cada docente debe detectar la falencia del mismo y le debe proporcionar al alumnos herramientas mínimas que le servirán para pensar, razonar, manifestar conformidad/disconformidad, fundamentar, rebatir, investigar, analizar, acceder a la bibliografía, las que implican una serie de conductas activas.

Ante una situación como la planteada anteriormente, se debe indagar a los alumnos para ver mínimamente que clase de formación pre-universitaria traen y plantearse la posibilidad de que ellos mismos puedan hacer una autocrítica de por qué tienen falencias en el pensar crítico, indispensable para manejarse no solo de la vida jurídica si en el hacer diario. El profesor se constituye como una guía necesaria, primero para detectarlo y después para tratar de combatirlo.

### **XIII. ¿Este método plantea Inconvenientes?**

Como toda práctica docente siempre plantea algunas dificultades al momento de implementarlo, entre ellas puedo mencionar las siguientes:

- Pasividad y falta de participación de los alumnos en la resolución de caso<sup>42</sup>.
- Falta de búsqueda de información de apoyo para la resolución del caso o que ésta sea insuficiente.
- Ausencia de consultas al docente que hicieron que los alumnos resolvieran de forma errónea.
- Falta de experiencia del docente para el manejo de grupos<sup>43</sup>, para preguntar o repreguntar, entre otras cuestiones.
- Que no todos los casos que se planteen tengan una resolución exacta, quedando una respuesta abierta y

<sup>41</sup> Ver en Joseph, A; ob. Cit. 45 realiza un análisis de cómo en la resolución de casos se propone estimular el debate entre los estudiantes y como debe intervenir el docente en ese caso.

<sup>42</sup> Ver en Joseph, A; ob. Cit. 45 relata el rol pasivo asumido por los estudiantes en un trabajo de campo realizado en universidades de nuestro país y cuál debe ser el rol del docente.

<sup>43</sup> En VARGAS VASSEROT, C.; El método del caso en la enseñanza del Derecho: *experiencia piloto de un piloto novel*; En *Revista de Formación e Innovación Educativa Universitaria*. Vol. 2, N° 4, 193-206; 2009; [ebs.uvigo.es/refiedu/Refiedu/Vol2\\_4/arti\\_2\\_4\\_2.pdf](http://ebs.uvigo.es/refiedu/Refiedu/Vol2_4/arti_2_4_2.pdf), en la página 196 el autor relata cómo tuvo que explicarles los alumnos la existencia del método de resolución de casos y el desconocimiento de éstos al respecto, por lo que no se constituye en una tarea fácil para el docente implementarlo por primera vez en un grupo inexperto.

amplia en su flexibilidad:

-Puede ocurrir que sean muchos alumnos y aunque estén agrupados en formaciones menores no se les pueda hacer un seguimiento más personalizado cuando son de resolución en clases. Solo por mencionar algunos.

### CONCLUSIÓN:

El método de casos y su resolución es una herramienta básica en cualquier ámbito docente, no solo en el espacio universitario, la práctica es necesariamente inherente a la teoría y los alumnos deben desarrollar aptitudes propias del estudiante para poder implementar soluciones basadas en la toma de decisiones, es necesario que el alumnos indague, cuestione, analice, desarrolle estrategias resolutivas. Todas estas cuestiones deben trascender del ámbito educativo y ser aplicadas en la vida diaria.

En el estudio de las ciencias sociales y en especial del derecho es indispensable porque introduce al alumno en la práctica del abogado en los distintos ámbitos que pueda desarrollarse una vez que se haya recibido, porque como tal deberá tomar decisiones para resolver un caso y cual es el derecho que se aplicará en cada situación.

Es indiscutible que éste método aporta la práctica para poder llevarla a cabo y hace que el sujeto indague, averigüe, investigue sobre aquellos aspectos teóricos que le puedan llevar arribar a una solución satisfactoria. Éste método entra en el campo experimental y el éxito de su aplicación depende del desempeño docente, del tema curricular elegido y las características intrínsecas de los grupos de alumnos en los que se pretenda llevar a cabo, siendo el margen de dificultades mínimas.

### BIBLIOGRAFÍA:

- CAMPARI, Susana y ots; *Formación Pedagógica en Derecho. Procesos comunicativos y recursos didácticos*. Fernando Fischman y Juan A. Seda (comps). Editorial Mio y Dávila. Capítulo VII: "El método de casos: Historia y perspectivas".
- ENNIS, R. A. *Taxonomy of critical dispositions and abilities*. In Baron, J.B.and Stenberg, J. (Eds). 1987.
- GVIRTZ, Silvina- PALAMIDESSI, Mariano, *El ABC de la tarea docente: currículum y enseñanza*, capítulo V: "Enseñanzas y filosofía de la enseñanza". Aique. 1998. 1 edición.
- LOPEZ FACAL, Ramón. *El Pensamiento crítico, debe ser en primer lugar autocrítico*, IES de Ponteperña, Santiago de Compostela, en: Revista Debates en la Enseñanza de las Ciencias Sociales, Madrid, 2004, 3 Madrid. 2004.
- PRESSEISEN, B. *Critical Thinking and Thinking Skills. State of the Art Definitions and Practice in Public Schools*, Philadelphia; 1986.
- YINGER; R.J. *Can we really teach them to think*. In Young, R.E. (Ed.), *Fostering Critical Thinking*, San

Francisco: Jossey-Bass Inc. 1980.

- VARGAS VASSEROT; Carlos; *El método del caso en la enseñanza del Derecho: experiencia piloto de un piloto novel*; En *Revista de Formación e Innovación Educativa Universitaria*. Vol. 2, N° 4, 193-206 (2009), [webs.uvigo.es/refiedu/Refiedu/Vol2\\_4/arti\\_2\\_4\\_2.pdf](http://webs.uvigo.es/refiedu/Refiedu/Vol2_4/arti_2_4_2.pdf)
- WASSERMANN, Selma; *El estudio de casos como método de enseñanza*. Amorrortu Editores; 1994.
- ARAMBURU, Romina. "La Universidad de Bologna y su importancia jurídica"; en: *ANALES*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata; 2006, 3-37-, 447 a 452.
- Cabrera Maritza; Técnicas didácticas: método de casos; en UNIBE informa.al docente. "Modelo en acción: experiencia de trabajo con la técnica de método de casos".2009 En [www.unibe.edu.do/acerca\\_unibe/innovacion/boletin\\_enero-abril.pdf](http://www.unibe.edu.do/acerca_unibe/innovacion/boletin_enero-abril.pdf)
- COLS, Estela; "Programación de la enseñanza". Didáctica I Ficha de cátedra; en : [www.buenastareas.com/materias/estela-cols/0](http://www.buenastareas.com/materias/estela-cols/0)
- El Método del Caso © Servicio de Innovación Educativa de la Universidad Politécnica de Madrid 2008 <http://innovacioneducativa.upm.es/guias/MdC-guia.pdf>
- HERVAS AVILES, Rosa Maria, y otro, (2000); "La Importancia de enseñar a pensar en el aprendizaje de la historia ",Educar en el 2000, MIDE, 2000. "Las estrategias y técnicas didácticas en el rediseño. El estudio de casos como técnica didáctica". <http://www.sistema.itsm.mx/va/dide/inf-doc/estrategias> Dirección de Investigación y Desarrollo Educativo Vicerrectoría Académica, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey.
- JOSEPH, Andrea; "Papeles de trabajo sobre tecnología Educativa", Buenos Aires, mayo de 1990. Capítulo: "Recursos metodológicos para enseñar en el aula".
- MASTACHE, Anahí ; "Planificación estratégica", 2002. Planificación estratégica. Buenos Aires, Versión mimeografiada.
- PIETTE, J. "Una Educación para los medios centrada en el desarrollo del Pensamiento Crítico" , en: <http://www.doe.uva.es/alfonso/web/forPiette.htm>; 1998.
- RINAUDO, Mara Cristina-SQUILLARI, Rosana; "El aprendizaje en las aulas universitarias". En: Revista IRICE, febrero 2000, 61-77.

# **IMPACTO DE LAS NORMAS DE SOFT LAW EN EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

**Por Pablo Damián Colmegna**

## **RESUMEN**

En el presente trabajo se procederá a indagar acerca del papel que desempeña el soft law en el derecho internacional de los derechos humanos. Para ello se realizará un análisis del concepto a la luz del derecho internacional en general, para luego pasar a examinar las particularidades propias del soft law en materia de derechos humanos. La idea que motiva este análisis está centrada en la convicción de que remarcar la relevancia de las normas soft law en la materia deviene una tarea ineludible si lo que se busca generar compromisos claros por parte de los Estados en la protección y el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

## **PALABRAS CLAVE**

Soft law – Derecho Internacional de los Derechos Humanos – Naciones Unidas – Comisión Interamericana de Derechos Humanos

# THE IMPACT OF SOFT LAW RULES ON THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

By Pablo Damián Colmegna

## SUMMARY

In the following investigation it will be analyzed the role that soft law rules play in the development of international human rights law. Accordingly, it will be developed the concept within the framework of general international law, and then it will be exposed the particularities of soft law in relation to human rights rules. The idea that spurs this analysis is the conviction that it is an unavoidable task to underline the relevance of soft law rules in relation to human rights in the search for real State commitments in the protection and development of international human rights law.

## KEY WORDS

Soft law – International Human Rights Law- United Nations – Inter-American Commission on Human Rights

# IMPACTO DE LAS NORMAS DE SOFT LAW EN EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por Pablo Damián Colmegna\*

*“El examen de las recomendaciones de las organizaciones internacionales no debe detenerse en la constatación de su carencia de fuerza obligatoria... Su verdadero problema estriba en la determinación de sus efectos jurídicos más allá de la imposibilidad de crear obligaciones jurídicas inmediatas.”<sup>1</sup>*

## I - Introducción

Resulta indudable que las normas soft law han desempeñado un rol destacado en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tal como se comprueba cuando se observa que el primer instrumento que dio contornos precisos a lo que se hoy se conocen como derechos humanos era precisamente una norma de soft law nacida de una organización internacional. Sin embargo, mucho se ha discutido acerca de lo que debe entenderse por soft law, originándose debates respecto de si constituye una fuente autónoma del derecho internacional o si necesariamente debe entenderse que está relacionado con las fuentes históricamente reconocidas. También se ha investigado sobre las posibles razones por las cuales los Estados recurren a este tipo de instrumentos, pero no se han analizado las particularidades que se presentan en relación con el derecho internacional de los derechos humanos. Por otra parte, se ha analizado el supuesto carácter vinculante de las resoluciones de organismos internacionales, y en gran parte se ha arribado a una conclusión que les niega la posibilidad de obligar jurídicamente a los Estados. Sin embargo, intentaré demostrar que, como sucede en todos los órdenes, la materia en análisis admite matices.

El objetivo del presente trabajo será examinar esa relación particular que se da entre las normas de soft law y los derechos humanos, con la idea de demostrar que éste resulta un campo en donde se refleja con mayor claridad la tensión entre las nociones de consensualismo y justicia como base del ordenamiento jurídico internacional. Se analizarán particularmente las resoluciones emanadas de la Asamblea General de las Naciones Unidas, los trabajos emanados de los Comités creados por los tratados de derechos humanos y en el plano regional, serán analizadas las recomendaciones que emite la Comisión Interamericana de

\* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ayudante alumno en la materia Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Catedra de la Dra. Mónica Pinto Integrante del Proyecto UBACyT La responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos humanos: sus particularidades frente al derecho internacional general. Directora: Silvina S. González Napolitano (2011-2012). Integrante del equipo que representó a la Facultad de Derecho (UBA) en la World Human Rights Moot Court Competition 2011, celebrada en la Universidad de Pretoria, Sudáfrica

<sup>1</sup> MAZUELOS BELLIDO Ángeles, *Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, N°. 8, 2004, p. 7. Disponible en: <http://www.reei.org/>.

Derechos Humanos. Mi hipótesis es que todas ellas constituyen una especie dentro del género soft law, las cuales poseen más que un valor meramente simbólico.

Comenzaré por analizar los alcances del concepto mismo de soft law en el derecho internacional para luego adentrarme en las distintas definiciones que existen respecto del término soft law, tanto en la jurisprudencia de tribunales internacionales como en la doctrina, y enunciaré cuál es la acepción del concepto que se utilizará a lo largo de la presente investigación. Posteriormente expondré las razones principales por las cuales los Estados recurren al dictado de normas soft law. Seguidamente, explicaré la posible caracterización del soft law como fuente autónoma de derecho internacional y los argumentos que se esgrimen en contra de esa concepción. Una vez establecido ello, procederé a demostrar de qué manera la evolución que sufrió el Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde mediados del siglo XX contribuye en gran medida a que hoy en día resulte imposible considerar que las normas de soft law en esta materia carecen de valor jurídico vinculante para los Estados.

## **II – Conceptualizaciones acerca el alcance de las normas soft law**

Las normas soft law pueden tener diversas denominaciones, tales como resoluciones, recomendaciones, guías, códigos o estándares de conducta (SHAW, 2008: 118). Incluso se ha llegado a sostener que la jurisprudencia constituiría una forma de soft law (GUZMAN & MEYER, 2009). Sin embargo, de la lectura de numerosas obras de doctrina se observa que no existe una definición precisa del término soft law, sino que el mismo varía dependiendo de los atributos que se predicen del mismo. Así es como Bodansky, distinguiéndolas de los tratados internacionales, enumera una serie de características de los instrumentos soft law: están formulados en términos exhortatorios; no cuentan con disposiciones finales relativas, por ejemplo, a la ratificación o a la entrada en vigor; tampoco cuentan con un cuerpo de normas que regulen su creación, aplicación, interpretación modificación, terminación y validez. Pero quizás el punto más destacable es que no tienen una limitación vinculada a la expresión del consentimiento, lo cual implica que si bien no vincula a los Estados que la formulan tampoco permite que los Estados que no la votaron se desentiendan de ella (BODANSKY, 2010: 156).

Por otra parte, se ha dicho que lo que le otorga valor jurídico al soft law es el hecho de que se trata de “instrumentos previstos en los tratados constitutivos de organizaciones internacionales, que se adoptan en el ejercicio de poderes conferidos y de acuerdo con un determinado procedimiento” (MAZUELOS BELLIDO, 2004: 13). Sin embargo, dicha posición no explica cómo se insertarían en el mundo jurídico aquellas normas no vinculantes que se adoptan por fuera de una organización internacional, como sucede con los memorandums de entendimiento.

En otro sentido, Shaw propone como criterio de identificación de una normas soft law un análisis literal del instrumento en cuestión, de manera de identificar la existencia de la voluntad de las partes en obligarse (SHAW, 2008: 118).

Pero las anteriores constituyen posturas que se apartan de la regla, la cual consiste en considerar que los instrumentos soft law poseen dos características: a) dudosa juridicidad; b) dudosa fuerza vinculante (MAZUELOS BELLIDO, 2004: 2). A continuación analizaremos estas dos facetas.

### **III – Hacia la calificación de las normas soft law como fuente del Derecho Internacional**

En gran medida, la calificación de una norma soft law como norma jurídica reproduce las discusiones que se han dado en torno a si corresponde considerar que el derecho internacional tiene carácter jurídico, de manera tal de ser considerado como Derecho.

Una de las teorías esbozadas para dar cuenta del contenido jurídico del derecho internacional fue elaborada por Jellinek, quien en su momento sugirió que se podría considerar que se está frente a una norma jurídica cuando el comportamiento posterior del Estado se adecua a dicha norma (DIEZ DE VELASCO, 2007: 104). Sin embargo, esta posición resulta inadecuada para explicar el fenómeno, ya que no da cuenta de cual sería la situación de esa norma respecto de los Estados que ya venían comportándose conforme a ella con anterioridad. Además, recurrir a la eficacia como pauta para la identificación de una norma conlleva el problema de no saber cuándo ni de dónde ella surge, provocando que todo y nada pueda ser considerado como una norma jurídica.

También resulta interesante analizar el criterio propuesto por Akehurst, quien menciona que para distinguir el derecho internacional de las reglas no jurídicas debe indagarse si los Estados consideran a esa regla como norma de derecho internacional (AKEHURST, 1994: 14). El problema es que no existe una pauta fija para determinar cuándo los Estados consideran que están frente a una norma jurídica y, si se recurre al concepto de obligatoriedad, aparece el problema de qué debe entenderse por el mismo en el derecho internacional.

Duguit se ha inclinado por considerar, de una u otra manera, que lo que caracteriza a una norma jurídica es el hecho de que se encuentra disponible el uso de la fuerza institucional por parte de un ente que monopoliza el uso de la coerción – que generalmente es el Estado - para forzar su cumplimiento (DIEZ DE VELASCO, 2007: 106). Pero esta postura no puede ser trasladada sin más al derecho internacional ya que en el derecho internacional nunca ha existido, en forma centralizada, un aparato coercitivo capaz de forzar el cumplimiento de las normas, con excepción, hasta cierto punto, de las normas que contribuyen al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales respecto de cuyo cumplimiento el Consejo de Seguridad desempeña un rol preponderante. Más aún, como lo explica Hart, la existencia de una sanción que respalde a la norma internacional no se revela como un elemento esencial del derecho internacional, como sí ocurre respecto de las normas de derecho interno, dadas las diferencias que existen entre uno y otro ordenamiento jurídico (HART, 1998: 270). Por otra parte, creer que la sanción existe porque los Estados tienen a su disposición la adopción de contramedidas o el derecho a la legítima defensa significa no comprender que la aplicación de sanciones no puede descansar en los sujetos del ordenamiento, sino que deben emanar del ordenamiento mismo (SHAW, 2008: 5).

Es desde esta última perspectiva que debe analizarse el fenómeno del soft law. Sobre el mismo se ha dicho que resulta difícil caracterizarlo como derecho en sentido estricto ya que constituye un derecho programático o en formación, es decir un derecho que cuenta con una vocación de obligatoriedad pero que no llega a ser obligatorio (ANDORNO, 2007). De esa manera, una norma soft law podría verse como un reflejo del derecho internacional sólo para aquellos autores que consideran al derecho internacional como un conjunto de normas morales, tales como Hobbes, Austin y Binder (DIEZ DE VELAZCO, 2007: 103). Como consecuencia, al tratarse de una obligación moral su incumplimiento solo provocaría un reproche por parte del resto de los Estados de la comunidad internacional (HART, 1998: 281), sin que se genere la responsabilidad internacional del Estado infractor. Pero, como hemos visto, la obligatoriedad no resulta un elemento adecuado para calificar a una norma como jurídica en el plano del derecho internacional debido a la dificultad para definir qué debe entenderse por obligatoriedad.

Por esta dificultad es que debe concluirse en que no existe ningún obstáculo para considerar que el derecho internacional está integrado por el soft law. Más aún, el soft law constituye un elemento de incidencia considerable en el desarrollo del derecho internacional (SHAW, 2008: 117). Y aún cuando se sostuviera que la obligatoriedad es un elemento característico del derecho internacional, la falta del mismo no debe detener el análisis del fenómeno del soft law. En palabras de Mazuellos Bellido, uno no debe quedarse sólo con la afirmación de que el soft law no es vinculante, sino que ese hecho debe impulsarnos a buscar cuáles son efectos más allá de su imposibilidad de crear obligaciones jurídicas (MAZUELOS BELLIDO, 2004: 7). Con ese espíritu es que se encara el presente trabajo de investigación.

#### **IV - Razones por las cuales los Estados recurren al dictado de normas soft law**

Se ha sugerido la idea de que las normas soft law, caracterizadas por carecer de fuerza vinculante para los Estados que las adoptan, presentan ciertas ventajas por sobre los tratados internacionales, los cuales constituyen los acuerdos vinculantes por excelencia. Así es como las normas soft law pueden ser adoptadas y modificadas más rápida y flexiblemente que los tratados, ya que las mismas no requieren ratificación; son más fáciles de negociar ya que implican un menor nivel de compromiso; mitiga los posibles efectos adversos que para el Estado podría tener el dictado de la norma, ya que la misma resulta no vinculante (BODANSKY, 2010: 156). También se ha dicho que su utilidad reside en constituir una herramienta útil para el juez al aplicar el derecho, para el legislador al elaborar las normas, para el jurista al tiempo de pensar las reglas y para el operador jurídico en general (DREYZIN DE KLOR, 2006). Por último, se ha señalado que en realidad su existencia debe verse como una manifestación de la intención política de un Estado de comportarse de determinada manera (SHAW, 2008: 118).

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) el recurso al soft law puede decirse que apunta a persuadir a un Estado infractor para que modifique su comportamiento. Así es como se suele recurrir a debates públicos sobre el comportamiento del Estado incumplidor tanto en la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) como en el Consejo de Derechos humanos, los cuales culminan

con resoluciones condenatorias; publicidad de informes realizados por grupos de trabajo o relatores nombrados por un órgano internacional para la investigación de violaciones, etc (STEINER, 2000: 37).

A continuación se procederá a analizar el impacto y alcance de las normas soft law en relación con los sistemas de protección de los derechos humanos.

### **V - ¿Son las normas soft law una fuente autónoma del derecho internacional?**

Cualquiera que se dedique al estudio del derecho internacional sabe que predomina la postura que considera que todas las normas que pretendan ser hechas valer por los Estados deben necesariamente tener una conexión con las fuentes enumeradas por el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) (MAZUELOS BELLIDO, 2004: 6). Así es como Sorensen señala que la aparición de nuevas fuentes siempre va a estar vinculada, de una u otra manera, con las fuentes de derecho históricamente reconocidas: los tratados o la costumbre (SORENSEN, 1994: 154).

La vinculación entre una norma de soft law y un tratado estaría dada por el hecho de que, aún cuando los redactores de la Carta hubiesen previsto que las resoluciones de la AGNU fueran obligatorias, ellas no podrían considerarse como una fuente autónoma, toda vez que su fuerza vinculante estaría necesariamente ligada al tratado que les otorga ese carácter. Es decir, se considera que la resolución encuentra su valor jurídico en virtud de haber sido adoptada por un órgano respecto del cual su tratado constitutivo expresamente le confiere esa facultad (AKEHURST, 1994: 45). Y, en el caso de las resoluciones dictadas por la AGNU, ese valor jurídico es el de una recomendación por expresa disposición de la Carta.

Por otro lado, en relación a la vinculación entre soft law y costumbre internacional, se sostiene que en virtud de que son los Estados los que participan en la AGNU las resoluciones que adopten deben verse como práctica en el camino hacia la formación de una norma consuetudinaria (SHAW, 2008: 1212)<sup>2</sup>. De esa manera, se considera que una resolución de la AGNU podría tener un efecto declarativo, cristizador o constitutivo de una norma consuetudinaria (DIEZ DE VELASCO, 2007: 146)<sup>3</sup>. Una manera de mensurar el impacto de una resolución en la costumbre internacional sería a través de la observación de la cantidad de votos en contra que la misma obtuviese, ya que esa información sería relevante para considerar que existe un obstáculo que impide la formación de una norma consuetudinaria o, al menos, permitiría la identificación de los objetores persistentes<sup>4</sup>.

También se ha esgrimido que cuando dos o más Estados votan a favor de una resolución la misma resulta oponible entre ellos por aplicación del principio de la buena fe y del *estoppel* (MAZUELOS BELLIDO, 2004: 4). Sin embargo, consideramos que ello carece de asidero ya que en primer lugar debe

<sup>2</sup> Por su parte, Akehurst considera que no existen obstáculos para tal caracterización, ya que no solo debe tenerse en cuenta lo que los Estados hacen sino también lo que dicen.

<sup>3</sup> Este autor pone como ejemplo de Resolución 2626 (XXV) como ejemplo de una resolución declarativa; a la Resolución 1962 (XVIII) como ejemplo de resolución cristalizadora; y a la Resolución 1514 (XV) como prueba de una resolución constitutiva de una norma de derecho internacional.

<sup>4</sup> Sin embargo, esta postura es pasible de crítica toda vez que no se estaría tomando en cuenta la práctica de los Estados que no integran esa organización internacional.

examinarse el texto del tratado que dio nacimiento a la organización internacional para conocer sobre el posible valor vinculante de una resolución así adoptada.

Finalmente la CIJ, en el caso de la *Legalidad de la Amenaza o el Uso de las Armas Nucleares*, ha dejado entrever una opinión en relación con las resoluciones de la AGNU. Allí la Corte destacó que la repetición de resoluciones de la Asamblea sobre una misma cuestión puede significar un importante paso adelante en la consecución de un objetivo, como lo era lograr el desarme nuclear para este caso en particular<sup>5</sup>. Es decir, la CIJ reconoce que las resoluciones dictadas por la Asamblea tienen un valor que va más allá del de una mera recomendación, dado su potencial transformador de la realidad para la consecución de los objetivos que los Estados consideren necesario alcanzar. Sin embargo, resulta difícil catalogar esta afirmación como netamente jurídica, dado el lenguaje descriptivo que la CIJ utiliza al decir que constituyen "un importante paso". Es decir, no queda del todo claro si la Corte se refería a la opinio iuris, a la práctica de los Estados, o en realidad se estaba refiriendo a una característica propia de una norma de soft law.

En mi opinión, no existe ningún fundamento para considerar que las fuentes mencionadas en el art. 38 del Estatuto son las únicas existentes y las únicas que los tribunales internacionales deban tener en cuenta al momento de emitir sus sentencias (siempre y cuando no se trate de la propia CIJ). El reconocimiento de la existencia de actos unilaterales como fuente de derechos y obligaciones, tal como lo reconoció la CIJ en el *Caso relativo a los ensayos nucleares*, prueba que la existencia de otras fuentes de derecho internacional es posible. Esta postura se refuerza al tener en cuenta lo dicho por Hart, en el sentido de que el derecho internacional se caracteriza por la ausencia de una regla de reconocimiento que permita individualizar cuáles son sus fuentes y qué criterios deben utilizarse para la identificación de sus normas (HART, 1998: 264). En el mismo sentido, Diez de Velasco afirma que la elaboración del derecho queda sometida a los dictados de la práctica y de la manifestación concreta del *consensus generalis*, con independencia de la forma en que dicho consenso se manifieste (DIEZ DE VELASCO, 2007: 146-147). De esa manera no existirían obstáculos que, *a priori*, impidieran la consideración de las normas de soft law como fuente autónoma del derecho internacional. Al menos, esta posición es la que parece adoptar Barberis, quien sugiere que las resoluciones de las organizaciones internacionales pueden ser consideradas como fuente autónoma del derecho internacional, pero siempre que cumplan con ciertos requisitos (BARBERIS, 1994: 159-167).

## VI - Soft law y Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Si bien el dictado de normas de soft law se observa con mayor frecuencia en relación con el derecho internacional económico y con el derecho internacional ambiental (SHAW, 2008: 118) no debe perderse de vista el importante rol que ellas desempeñan en el DIDH. En este último sector las normas de soft law han probado ser de gran utilidad. Baste con mencionar que el Acta Final de Helsinki (1975), un instrumento no vinculante (MAZUELOSS BELLIDO, 2004: 15), produjo un aporte invaluable para

<sup>5</sup> ICJ, *Legality of the threat or use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of July 1996, p. 226.

generar consciencia en los Estados de Europa del Este respecto de la importancia que revisten los derechos fundamentales de los individuos (SHAW, 2008: 118).

El recurso al soft law en el DIDH se explica por la especial naturaleza de esta rama del derecho internacional ya que, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos del derecho internacional, en esta no existe una práctica previa de los Estados que le de sustento a la creación de una norma jurídica. Es otras palabras, los Estados suelen recurrir al dictado de normas de soft law para dar a conocer su posición respecto de determinados temas en un determinado momento para luego comenzar a actuar en consecuencia y, eventualmente, recurrir a la adopción de un tratado sobre la materia en cuestión. Así es como cobra sentido lo dicho por Steiner en el sentido de que el DIDH puede caracterizarse, por la existencia de una serie de aspiraciones a ser alcanzadas en el futuro (STEINER, 2000: 26).

Distintas son las funciones que el soft law puede desempeñar en el DIDH. En virtud de cómo han acontecido los hechos puede decirse que las normas soft law, además de cumplir una función moralizadora, también orientan el desarrollo posterior del DIDH, tal como sucedió con la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) (DIEZ DE VELASCO, 2007: 656). Más específicamente, en relación con los órganos creados por los tratados sobre DDHH, puede advertirse que las recomendaciones que emiten son de gran utilidad para exponer ante la comunidad internacional los índices de cumplimiento o incumplimiento del tratado en cuestión. De esa manera, puede decirse que las normas de soft law no sólo pueden afectar la imagen de un Estado a nivel internacional sino que también son susceptibles de desencadenar una opinión crítica de las políticas públicas que se desarrollen en el mismo y, de esa manera, favorecer la consolidación de una sociedad civil activa que reclame el cumplimiento de las obligaciones asumidas internacionalmente por el Estado (ABBOTT & SNIDAL, 1998: 27).

El soft law adquiere mayor protagonismo en lo que respecta al sistema universal de protección de los derechos humanos, entendiendo por tal a aquel nacido en el marco de la Organización de Naciones Unidas. Ello en virtud de que los tratados allí celebrados tienen la particularidad de prever la creación de un órgano cuasi-jurisdiccional cuya función es la de interpretar y supervisar el cumplimiento del tratado por parte de los Estados a través de la emisión de Observaciones finales, Observaciones Generales y Comunicaciones, documentos estos que pueden clasificarse dentro de lo que se conoce como soft law dado que carecen de valor jurídico vinculante para los estados (DIEZ DE VELASCO, 2007: 651). Sin embargo, corresponde destacar que los Estados no siempre concibieron el sistema como uno que debiera implementarse a través de mecanismos de supervisión laxos como los que existen actualmente sino que, al momento de redactar la DUDH, los Estados habían manifestado la necesidad de crear un Tribunal Internacional encargado de velar por la protección de los derechos humanos (McGOLDRICK, 1994: 5)

En opinión de quien escribe, lo que puede evidenciarse como un factor que le da mayor fuerza al soft law en el DIDH es el hecho de que, actualmente, pareciera que las de derechos humanos gozan de una jerarquía superior a la de otras áreas del derecho internacional. Ello en virtud de que desde el dictum de la CIJ en el caso Barcelona Traction, se reconoce que todos los Estados tienen un interés jurídico en

que las normas de derechos humanos sean respetadas, consagrando lo que luego serían denominadas obligaciones *erga omnes*<sup>6</sup>. Esa postura fue luego recogida durante la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos. En ella se sostuvo que “la promoción y protección de los derechos humanos es una cuestión prioritaria para la comunidad internacional”<sup>7</sup>, remarcando a su vez que “los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”<sup>8</sup>. Más aún, la Comisión de Derecho Internacional ha sugerido la idea que la prohibición de la violación grave de los derechos fundamentales del hombre constituye una norma de *Ius cogens* (AKEHURST, 1994: 48)<sup>9</sup>.

Como consecuencia de esta vinculación con el concepto de obligaciones *erga omnes* y normas *ius cogens*, el DIDH se ha transformado en un campo en el que se manifiestan valores fundamentales para la comunidad internacional, entre los cuales se pueden mencionar la prohibición del apartheid, la descolonización y la protección del medio ambiente (HILLGENBERG, 1999: 499-515). Así es como actualmente debe considerarse que esta rama del derecho internacional escapa a la tradición consensualista que predomina desde que en el caso Lotus la Corte Permanente de Justicia Internacional estableciera que no cabía presumir limitaciones a la libertad de acción de los Estados, ya que para que estos resultaran obligados debía mediar una manifestación de su consentimiento<sup>10</sup>.

Por esa razón, considero que corresponde darle mayor protagonismo al soft law en el ámbito internacional, ya que el mismo puede verse como una expresión del grado de consenso que existe en la comunidad internacional en relación con el contenido del DIDH, resultando irrelevante discernir si se trata de un instrumento vinculante o no. Así es como una norma de soft law permitiría identificar no sólo cuáles son esos derechos y libertades fundamentales que han sido ascendidos a la categoría de obligaciones *erga omnes* e *ius cogens*, sino que también permitiría un mejor discernimiento del alcance de los derechos contenidos en un tratado internacional de derechos humanos. En suma, se podría decir que el soft law en DIDH constituye una manifestación que se adecua a la noción de nuevo derecho internacional esbozada por el Juez Álvarez en el caso del Canal de Corfú<sup>11</sup>.

Las normas soft law en el DIDH emanan principalmente de las organizaciones internacionales, ya que son estas últimas las que estructuran todo el sistema de protección y promoción de los derechos humanos (DIEZ DE VELASCO, 2007: 651). Entre ellas puede mencionarse al Consejo de Derechos Humanos, la AGNU y los Comités creados para cada uno de los tratados celebrados en el marco tanto del sistema universal como del sistema regional. A continuación se analizará cada una de estas variantes.

<sup>6</sup> ICJ, *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962)(Belgium v. Spain) Second Phase*, Judgment of 5 February 1970, pars. 33 y 34.

<sup>7</sup> Conferencia Mundial de Derechos Humanos, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, 25 de junio de 1993, Preámbulo.

<sup>8</sup> *Ibid*, párr 5.

<sup>9</sup> Sea que los derechos humanos pertenecen a una u otra categoría es una cuestión que va allá de los objetivos de la presente investigación

<sup>10</sup> PCIJ, *The case of the S.S. "Lotus" (France vs. Turkey)*. Judgment of September 7, 1927, p. 18.

<sup>11</sup> CIJ, *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania – Corfu Channel* – Sentencia del 9 de abril de 1949. Opinión individual del Juez Álvarez, p. 40.

### VI.1 – Las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas

Corresponde señalar que, en relación con las resoluciones de la AGNU, podría predicarse que las mismas cuentan con un valor superior a las resoluciones de cualquier otra organización internacional con fundamento en tres elementos: a) la propia Carta de la ONU (Carta) establece que los Estados miembros deben hacer que los Estados que no son parte de la organización se conduzcan de acuerdo a los propósitos y principios de la Carta<sup>12</sup>, lo cual implica que el respeto universal por los derechos humanos mencionado en la misma y que pudiera ser fomentado a través de una resolución de la Asamblea, no puede lograrse sino mediante la participación de todos los Estados de la comunidad internacional (PINTO, 2009: 18); b) el art. 103 de la Carta insinúa que la misma consagra un orden público internacional, concepto que alcanzaría a los derechos humanos (PINTO, 2009: 22); c) existe un acuerdo en que las prácticas de obstrucción sistemática y de rechazo total de las recomendaciones de las Naciones Unidas contravienen lo dispuesto en el art. 56 de la Carta (PINTO, 2009: 20). Además, en el año 1955 Lauterpacht sostuvo que si bien las resoluciones de la AGNU no pueden considerarse fuente de obligaciones, en ciertas ocasiones pueden servir de autorización legal a los Estados Miembros determinados a actuar individual o colectivamente<sup>13</sup>. También la CIJ, en el caso sobre la *Legalidad de la Amenaza o el Uso de las Armas Nucleares*, expresó que las resoluciones de la AGNU, aunque no son vinculantes pueden, en ocasiones, tener valor normativo<sup>14</sup>.

Sin embargo, las observaciones anteriores resultan aplicables a todas las resoluciones de la AGNU, por lo que corresponde preguntarse ¿existe un elemento adicional que coloque a las resoluciones sobre DDHH que las coloque en una categoría especial en el marco general de las resoluciones adoptadas por la AGNU? La respuesta debe ser afirmativa, basándonos en nuestra postura anteriormente expuesta en el sentido de que el soft law en DIDH tiene la virtud de expresar valores compartidos por la comunidad internacional.

Es decir, tomando en cuenta que la promoción y protección de los derechos humanos parece encontrarse más allá de del consentimiento de los Estados en obligarse a respetarlos y garantizarlos debe necesariamente concluirse en que las resoluciones que la AGNU adopte en la materia deberán incorporarse al cuerpo normativo del DIDH. Prueba de ello es que el procedimiento extraconvencional nacido en 1968, mediante la resolución 1235 del ECOSOC, establecía que la Comisión de Derechos Humanos (hoy reemplazada por el Consejo de Derechos Humanos) se encontraba facultada a analizar situaciones de violaciones a los derechos humanos, para lo cual podía utilizar como fundamento a la

<sup>12</sup> Naciones Unidas, Carta de las Naciones Unidas, 24 de octubre de 1945, 1 UNTS XVI, Art. 2.6.

<sup>13</sup> CIJ, *Voting Procedure on Questions Relating to Reports and Petitions Concerning the Territory of South West Africa*. Opinión Consultiva del 7 de junio de 1955, opinión individual del Juez Lauterpacht, p. 115.

<sup>14</sup> CIJ, *supra* nota 5, para. 70.

DUDH y al resto de las declaraciones adoptadas no sólo por la AGNU sino por todo otro órgano de Naciones Unidas<sup>15</sup>.

Además, se considera que, en general, el cuerpo normativo del DIDH, además de estar integrado por tratados, está constituido por algunas declaraciones emanadas de la AGNU, como por ejemplo la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones del año 1981 (DIEZ DE VELASCO, 2007: 658).

### **VI.1.a) Hacia un mayor protagonismo de la AGNU en la protección de los DDHH**

Es la opinión de quien escribe que resulta conveniente que las resoluciones de la AGNU en materia de DIDH sean consideradas obligatorias, al menos por las siguientes razones. Se entiende que la negativa a considerar a la AGNU como un órgano legislativo se debe, principalmente, a la sobre representación de Estados del Tercer Mundo en la misma, los cuales tendrían una mayoría automática en la toma de decisiones y, por lo tanto, tendrían el poder para imponer su voluntad a la del resto de los Estados (BARBERIS, 1994: 283). Pero se olvida que una AGNU con facultades legislativas en relación al DIDH podría servir de contrapeso al Consejo de Seguridad (CS), el cual es un órgano representado por cinco de los Estados con mayor poderío militar y económico que cuenta con el poder de emitir resoluciones obligatorias para el resto de la comunidad internacional. Dicho contrapeso se revela imperioso si se considera que el CS ha intervenido ante crisis humanitarias por considerarlas incluidas dentro de las situaciones previstas en el art. 39 de la Carta, siendo que en todos los casos esas intervenciones se llevaron a cabo en países del Tercer Mundo y no fue precisamente el CS el que actuó, sino que se dedicó a dictar resoluciones autorizando a los Estados a recurrir al uso de la fuerza (BLOKKER, 2000: 543-544). De esa manera, una AGNU fortalecida estaría en condiciones de poner un freno en aquellos casos en que no queda claro si el CS realmente autorizó a los Estados a recurrir al uso de la fuerza, tal como sucedió con las resoluciones 688 (Irak), 1199 y 1203 (Kosovo) (BLOKKER, 2000: 546).

La AGNU debería funcionar como contrapeso aún en el caso de que el CS se encuentre entendiendo en una cuestión distinta a una crisis humanitaria, ya que los derechos humanos de los Estados involucrados se verían igualmente afectados, aún si solo se tratase de la aplicación de sanciones económicas. La AGNU debería estar allí para recordarle al CS que en su accionar se encuentra limitado por los principios y propósitos de la Carta<sup>16</sup>, entre los cuales figura el respeto por los derechos humanos<sup>17</sup>.

### **VI.1.b) Un caso particular: la Declaración Universal de los Derechos Humanos**

<sup>15</sup> Sin embargo, hay que destacar que mediante este procedimiento también se utilizaba como base normativa todo tratado en vigor respecto del Estado bajo escrutinio.

<sup>16</sup> Así lo establece el art. 24.2 de la Carta.

<sup>17</sup> En efecto el art. 1.3 establece como principio realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales.

Si bien se suele decir que aún cuando las resoluciones de la AGNU reciban el nombre de declaración o Carta no es indicativo de un status jurídico especial (MAZUELOS BELLIDO, 2004: 9), ello no parece aplicable en relación con la DUDH. El desarrollo del DIDH posterior a la adopción de la DUDH demuestra la relevancia que una resolución de la AGNU en la materia puede llegar a adquirir

La DUDH surgió el 10 de diciembre de 1948 mediante el dictado de la Resolución 217 A (III) de la AGNU, hecho que en gran medida puede explicarse por la preocupación que los Estados sintieron respecto de la debilidad de las disposiciones de DDHH contenidas en la Carta, lo cual hacía necesaria la adopción de una Carta de Derechos (SHELTON, 2007: 14). Los Estados que la firmaron lo hicieron sin considerar que la misma establecía obligaciones jurídicas a su cargo, pero el hecho de que haya sido adoptada sin votos en contra revela que la misma podría ser encasillada como una interpretación auténtica de la Carta, desarrollando el contenido del término derechos humanos allí contenido (FERNANDEZ, 1996: 56). Además, durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968, se adoptó otra resolución por la cual se expresó que la DUDH debía considerarse como una fuente de obligaciones para los Estados (AKEHURST, 1994: 84). En razón de que “un instrumento jurídico debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema normativo en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar”<sup>18</sup>, la voluntad originaria de los Estados debe ser contrastada con el desarrollo normativo posterior, de manera tal de considerar la norma tal como rige en el momento de ser interpretada<sup>19</sup>. Esto nos conduce a sostener que, en vista del desarrollo del DIDH desde 1948, tal como se lo expuso y, a pesar de que la DUDH surgió de una resolución de la Asamblea, existen varios indicios que demuestran el valor vinculante de la DUDH.

El valor jurídico de la DUDH también puede extraerse de la postura que considera que las resoluciones adoptadas por la AGNU deben entenderse a la luz de la función que cumple la ONU como vehículo para interpretar, monitorear y hacer cumplir las obligaciones que emanan de los tratados (ALVAREZ, 2005: 317). En ese caso, la DUDH podría verse como una interpretación del término “derechos humanos” que en varias ocasiones figura en la Carta, postura a la que adhiere Shelton (SHELTON, 2007: 15).

Por otra parte, no debe olvidarse que el carácter universal de la DUDH se ve reforzado por el hecho de que los instrumentos constitutivos de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos hacen referencia a ella (SHELTON, 2007: 21). Así es como la DUDH está mencionada en los preámbulos de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.

Desde un punto de vista histórico, la DUDH también debe verse como el primer paso hacia la consolidación del DIDH ocurrida en 1966, año en que los derechos humanos terminan por insertarse en

<sup>18</sup> CII, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Opinión Consultiva de 21 de junio de 1971, p. 31.

<sup>19</sup> Esa misma postura fue la adoptó la Corte IDH en relación con la Declaración Americana de Derechos Humanos. Ver: Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del art. 64 de la Convención Americana de derechos Humanos*, Opinión consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, para 37.

la escena internacional al ser consagrados en tratados internacionales con fuerza vinculante para los Estados, tales como el PIDESC y el PIDCP.

En síntesis, la DUDH constituye paradigma respecto del valor que puede llegar a adquirir una resolución de la AGNU. Sin embargo, permanece abierta la cuestión de si ese status especial con respecto a otras resoluciones se debe al momento en que fue creada, a su contenido intrínseco, a la conducta posterior de los Estados en relación a la misma, o es resultado de la suma de estos tres factores.

## **VI.2 – Los órganos de los tratados sobre derechos humanos en el sistema universal**

Por sistema universal de protección de los derechos humanos me refiero a aquel que está formado por los distintos tratados sobre derechos humanos que nacieron al amparo de la ONU. Este sistema fue calificado como uno en el que conviven normas que demandan un cambio profundo en el comportamiento del Estado con un sistema frágil para su implementación (STEINER, 2000: 25). Es decir, tomando en cuenta la tipología de Abbot y Snidal, se podría calificar a los tratados de DDHH como obligatorios (*O*), con un nivel medio de precisión (*p*) y de delegación (*d*) (ABBOT & SNIDAL, 2000: 424).

En cuanto a la delegación, los órganos creados por estos tratados (en adelante, los denominaré Comités) se caracterizan por las siguientes funciones: recibir informes periódicos de los Estados y emitir Observaciones Finales sobre los mismos para que el Estado dedique mayores esfuerzos en aquellas áreas en la que registra un menor cumplimiento; realizar Observaciones Generales que interpretan el alcance y contenido de los derechos enunciados por los tratados; y algunos de ellos reciben peticiones de los individuos que alegan la violación de los derechos establecidos en el tratado del cual están encargados de supervisar (mayormente se decide la adopción de un Protocolo abierto a la firma de los Estados para que los órganos cuenten con esta última atribución). Sin embargo, se considera que estas tres funciones están íntimamente entrelazadas unas con otras (STEINER, 2000: 21). Así es como, por ejemplo, las Observaciones Finales en relación a los informes periódicos, o a las comunicaciones sirven de base, a su vez, para la elaboración de las Observaciones Generales (STEINER, 2000: 52). Pero todas estas decisiones y recomendaciones tienen en común la característica de no ser vinculantes para los Estados parte en el tratado en cuestión.

Sin embargo, cabe preguntarse ¿por qué los Estados han formulado un sistema tan laxo para la implementación de los tratados de DDHH? Una primera respuesta consiste en decir que el sistema fue diseñado de esa manera para lograr que el mayor número posible de Estados se incorpore al sistema de protección creado (STEINER, 2000: 19). Como segunda explicación puede esgrimirse el desacuerdo que a nivel global existe sobre el concepto de derechos humanos, en donde muchas veces los Estados alegan cuestiones de relativismo cultural para desligarse de todo el desarrollo experimentado por el DIDH (SHELTON, 2007: 29). Este desacuerdo se evidenció, fundamentalmente, cuando entre 1946 y 1948 los Estados decidieron darle contenido a la expresión “derechos humanos”, que por primera vez se enunciaba

en la Carta de la ONU<sup>20</sup>, a través de lo que luego se convertiría en la DUDH<sup>21</sup>. Una tercera explicación posible es que ellos perciben a los mecanismo de protección como atentatorios de sus derechos soberanos (STEINER, 2000: 18). Sin embargo, en la actualidad está fuera de discusión que los Estados no pueden oponer su soberanía para impedir el escrutinio de la comunidad internacional respecto del cumplimiento de las obligaciones que emanan de las normas de DIDH (DIEZ DE VELASCO, 2007: 650).

De esta forma, pareciera ser que el sistema universal fue ideado de manera tal que su máxima contribución al DIDH sea la de desarrollar, a través de los Comités, el contenido y alcance de los derechos consagrados en cada uno de los tratados (STEINER, 2000: 42). Por esta razón se ha argumentado que la calificación de las elaboraciones a cargo de los Comités como soft law en realidad no es tal, ya que en realidad precisan el contenido del DIDH y complementan las posibles lagunas que pudieran llegar a existir (MAZUELOSS BELLIDO, 2004: 26). Y está bien que así sea, ya que no se justificaría llamar a una conferencia internacional para la reforma de un tratado cada vez que surgieran desacuerdos acerca de la interpretación que corresponde otorgarle a una determinada disposición. O peor sería si se dejase la determinación del contenido de la obligación en cabeza de los Estados, lo cual podría llevar a que se pusiera en duda la existencia misma de esa obligación (MAZUELOSS BELLIDO, 2004: 33).

Ahora bien, en vistas de lo anteriormente expuesto corresponde preguntarse: ¿es realmente posible considerar que el sistema ideado resulta inadecuado para proteger los derechos humanos? Considero que no. A pesar de que se sostiene que los Comités desempeñan una escasa o nula función respecto de la protección de los DDHH, corresponde decir que los mismos constituyen la herramienta que permite el anclaje de las normas de derechos humanos en una determinada institución encargada de velar por su observancia (STEINER, 2000: 19). Así es como los tratados no se limitan a expresar el comportamiento que los Estados deben observar, sino que establecen órganos encargados de supervisar su cumplimiento. Además, las recomendaciones que estos órganos emitan, aun cuando no sean obligatorias para los Estados, producen importantes efectos. Como señala Steiner, la publicidad que a las mismas se les puede afectar negativamente la imagen internacional del Estado, el cual, guiado por su propio interés, iniciará cursos de acción para revertir esa situación. Más importante aún, Steiner puntualiza que las recomendaciones de un Comité pueden convertirse en materia de debate al interior del propio Estado, provocando que ONGs y grupos opositores tengan argumentos legítimos para sustentar sus reclamos ante el gobierno de turno (STEINER, 2000: 51).

También debe remarcarse que es la debilidad de los Comités la que induce a los Estados a integrarse al sistema, ya que ratificar el tratado no se traduce en costos considerables, sino que les genera el beneficio de aparecer ante la comunidad internacional como un Estado respetuoso del DIDH. Más aún, en la práctica puede observarse cómo la debilidad del mecanismo de protección es sólo aparente ya que

<sup>20</sup> La Carta hace mención a los derechos humanos en los arts. 1.3; 13.b; 55.c; 56; 62.2; 68; y en el Preámbulo, párr. 2.

<sup>21</sup> Sin embargo, no debe perderse de vista que los Estados no optaron por la firma de un tratado sino hasta 1966 y aún así lo hicieron dividiendo los derechos humanos en categorías tales como derechos civiles y políticos por un lado y económicos, sociales y culturales por el otro. Con posterioridad irían apareciendo otros tratados que protegían grupos específicos de personas o de derechos.

los órganos de DDHH han ampliado sus facultades con el paso de los años. Piénsese como el Comité de DDHH estableció, en relación con las comunicaciones individuales, que el hecho de que el Protocolo PIDCP guarde silencio respecto a la naturaleza de las observaciones emitidas por el Comité no significa que un Estado pueda libremente elegir si cumplirla o no hacerlo (STEINER, 2000: 30). En consecuencia, el Comité puede requerir al Estado que, pasados 90 días desde el dictado de la observación, le informe qué medidas ha tomado para dar efecto a la misma<sup>22</sup>.

También la Comisión de DDHH, mediante los procedimientos 1235 y 1503, amplió el ámbito de protección más allá del que originariamente se le había conferido (STEINER, 2000: 20).

En lo que respecta al funcionamiento de los Comités en general, utilizo como muestra lo que sucede con el Comité de Derechos Humanos, cuyo diseño ha servido de modelo para el desarrollo posterior del resto de los Comités creados en el marco de los tratados de DDHH (DIEZ DE VELASCO, 2007, 669).

En primer lugar, en el proceso de examen de los informes periódicos se producen discusiones entre los miembros del Comité y los representantes del Estado que está siendo examinado, las cuales tienen lugar en reuniones públicas (STEINER, 2000: 22). Ello le da al Estado la posibilidad de conocer en qué áreas puede estar incurriendo en responsabilidad internacional por violaciones de DDHH, lo cual resulta útil toda vez que en muchas ocasiones los Estados, por falta de conocimiento del sistema universal de protección, pueden no ser conscientes de que se hayan en un estado de incumplimiento del tratado en cuestión. Así quedaría delineada lo que podría denominarse la función pedagógica que cumple el sistema, al poner una serie de expertos independientes al servicio de los Estados para que le señalen al Estado cuál es la forma de mejor cumplir con sus obligaciones (STEINER, 2000: 51)<sup>23</sup>. Debe ser por esta razón que se considera que el sistema de examen de informes periódicos se considera más efectivo que el trámite de las comunicaciones para inducir un cambio en el comportamiento del Estado (STEINER, 2000: 37). Además, este mecanismo fue el que mejor ha colaborado con la instalación del discurso de los derechos humanos en la escena internacional (STEINER, 2000: 50).

En segundo lugar, el carácter soft del procedimiento de las comunicaciones se revela por el modo cómo está regulado, utilizando un lenguaje tal que no deja lugar a que el Comité pueda ser considerado como un órgano de adjudicación (STEINER, 2000: 22). Por otra parte no está del todo claro el valor vinculante de las comunicaciones que se adoptan en el sistema de petición individual, por lo que no se sabe si son obligatorias o sólo recomendatorias (STEINER, 2000: 23). A pesar de ello, este sistema sí produce sus efectos ya que las comunicaciones también se presentan como una oportunidad para que el Comité desarrolle el contenido del tratado que le dio nacimiento (STEINER, 2000: 39).

El tercer mecanismo de implementación, característico del sistema universal, refiere a la elaboración de observaciones generales. La importancia que las mismas puedan tener en el

<sup>22</sup> Comité de Derechos Humanos, *Eustace Henry and Everaldo Douglas v. Jamaica*, Comunicación No. 571/1994, UN Doc. CCPR/C/57/D/571/1994, 25 de julio de 1996.

<sup>23</sup> Este autor lo considera un diálogo constructivo entre el Comité y el Estado.

comportamiento de los Estados dependerá, en gran medida, de la argumentación jurídica utilizada y de que se desarrolle el tratado de manera seria (STEINER, 2000: 52). Pero sin duda, su elaboración promueve el debate acerca del tratado en análisis, todo lo cual redundará en beneficio del desarrollo del DIDH (STEINER, 2000: 52).

Por último, no debe olvidarse que las elaboraciones realizadas por los Comités sirven de ayuda a órganos jurisdiccionales. Así es como la Corte Interamericana de Derechos Humanos resaltó que cuando sea aplicable la CADH y otro tratado internacional procederá a aplicar el que resulte más favorable para la protección de los DDHH<sup>24</sup>. De ello se deduce que al aplicar ese tratado lo hará teniendo en cuenta los estándares elaborados en torno al mismo por el Comité respectivo.

En síntesis, se observa que, aunque la estructura institucional del sistema universal puede parecer inadecuada para lograr una protección eficaz de los derechos fundamentales, produce importantes resultados para la causa del DIDH, por lo que puede decirse, en palabras de Steiner, que por más precaria que su estructura pueda parecer sigue siendo preferible que al menos ella exista (STEINER, 2000: 52).

### **VI.3 – Los órganos de derechos humanos en los sistemas regionales**

Del análisis del Sistema Europeo, del Sistema Interamericano y del Sistema Africano de protección de los derechos humanos se observa que los mismos prevén el establecimiento de órganos de tipo cuasi-judicial<sup>25</sup> respecto de cuyos actos pueden predicarse las características que se les atribuye a las normas soft law.

En relación al Sistema Interamericano ese órgano es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). De la historia de la CIDH se observa la misma lógica que se presenta en el sistema universal: crear un órgano aparentemente débil e ir ampliando progresivamente sus facultades. Así es como la CIDH, que nació en 1959 como un órgano para promover el respeto por los derechos humanos posteriormente, se transformó en órgano competente para recibir comunicaciones, requerir información a los Estados y formular recomendaciones para lograr una mayor efectividad en el cumplimiento de los DDHH (SHELTON, 2007, 18). Actualmente, también está facultada para supervisar que los Estados cumplan con la Convención Americana de Derechos Humanos.

Entrando en el análisis de las funciones de la CIDH, se observa que la misma cuenta con una serie de herramientas que, si bien producen resultados que no son vinculantes, no por ello se revelan menos efectivas en la modificación de la conducta del Estado bajo examen. En primer lugar deben mencionarse a las visitas in loco y los informes que resultan de ellas, un mecanismo que se considera que ha contribuido de manera decisiva para lograr un cambio de actitud en los Estados americanos debido a la difusión que de los derechos humanos logró realizarse (VARGAS CARREÑO, 2003: 507). Ello resulta aún más

<sup>24</sup> Corte IDH, *La colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, para 52.

<sup>25</sup> Si bien en el sistema Europeo, la Comisión, desapareció en el año 1998 luego de la adopción del Protocolo No. 11 Asimismo, en el SIDH cabe resaltar que la CIDH tuvo su origen con anterioridad a que se adoptara la Convención Americana sobre Derechos humanos.

llamativo en aquellos casos en que la CIDH actuó fundándose en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, instrumento no vinculante, respecto de aquellos Estados no parte de la Convención Americana de Derechos humanos<sup>26</sup>. Pero corresponde señalar que en la práctica se ha visto que son los propios Estados los que piden asesoramiento jurídico de la CIDH tanto para conocer la situación de los DDHH en su territorio (como sucedió con Panamá) (VARGAS CARREÑO, 2003: 514) como para cumplir con sus recomendaciones (VARGAS CARREÑO, 2003: 508). La autoridad moral y el prestigio de la CIDH es tal que, aún sin existir ninguna norma al respecto, las partes en un conflicto interno llegaron a someter el mismo a la mediación de la CIDH, acatando lo que esta finalmente resolvió (VARGAS CARREÑO, 2003: 509).

Un comentario especial debe hacerse en relación con los informes de solución amistosa y los informes definitivos que la CIDH emite. En un relevamiento de medidas adoptadas por los órganos del Sistema Interamericano entre los años 2001 y 2006 se observa que paradójicamente, los Estados han mostrado mayor voluntad para cumplir con las soluciones amistosas a las que se arriba por intermedio de la Comisión Interamericana, mientras que las sentencias de la Corte Interamericana registran un incumplimiento del 59%. Pero, también corresponde destacar que las medidas recomendadas a través de los informes finales de la CIDH registraron un incumplimiento del 71% (BASCH y otros, 2010: 20). Sin embargo, no se observa la misma predisposición para cumplir con los informes finales, los cuales sólo son cumplidos en un 11%. Ello resulta llamativo dado que tanto estos como los informes de soluciones amistosas carecen de fuerza vinculante, si bien se sostiene que, respecto de los informes de solución amistosa, los Estados tienen la obligación de cumplirlos (KRSTICEVICH, 2007: 22). Sin embargo, corresponde destacar que si las decisiones adoptadas en el marco del SIDH no se cumplen no es debido a la falta de voluntad política de los Estados sino que se trata de un problema que, en más de una ocasión, se vincula con cuestiones de orden legal como administrativo (KRSTICEVICH, 2007: 18). Además, puede suceder que para reparaciones distintas de las dinerarias, exista la necesidad de la participación de varias instituciones al interior del Estado, lo cual torna dificultosa la implementación de las decisiones emanadas del SIDH (BASCH y otros, 2010: 28). Otras cuestiones, como el mayor o menor grado de consolidación de las instituciones democráticas o la situación económica, también constituyen factores que inciden en el cumplimiento de las recomendaciones formuladas por la CIDH.

## VII - Conclusiones

En el desarrollo de la presente investigación pudo observarse como el soft law debe considerarse integrado al derecho internacional, ya que a pesar de ser caracterizado por no contar con la obligatoriedad como uno de sus atributos, hemos probado cómo ese no es un elemento esencial para la definición del ordenamiento jurídico internacional. También se demostró cómo el DIDH escapa a la impronta consensualista que ha caracterizado al derecho internacional, provocando que los instrumentos soft law adquieran mayor protagonismo. En este sentido, se ha demostrado cómo las normas soft law facilitan la

<sup>26</sup> Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1979, Art. 1.

determinación de lo que constituyen los valores fundamentales para la comunidad internacional en un momento dado, destacándose la importante función que desempeñó y aún desempeña la DUDH. Así fue como se sostuvo que los instrumentos soft law deben ser considerados como parte integrante del DIDH. También se esbozó una propuesta para la consideración de las resoluciones de la AGNU en materia de derechos humanos como obligatorias, al menos respecto de aquellas que están relacionadas con el DIDH.

En relación con los sistemas de protección, se mostró cómo al anclar los tratados en instituciones débiles, se promueve la mayor participación de los Estados de la comunidad internacional. Pero esa debilidad es solo aparente ya que nada impide que posteriormente esas mismas instituciones adquieran su propia dinámica y amplíen sus facultades a favor de una mayor protección de los DDHH. Por último vimos cuáles han sido los efectos de los instrumentos soft law generados tanto en las instituciones del sistema universal como en las instituciones del Sistema Interamericano.

Sin embargo, con el desarrollo realizado no se propone sustituir la celebración de tratados por la adopción de normas soft law. En cambio, nuestra propuesta estuvo guiada por el convencimiento de que las normas soft law no sólo integran el DIDH sino que constituyen una herramienta fundamental para lograr su afianzamiento en la comunidad internacional.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABBOTT K. & DUNCAN S. (2000), "Hard and Soft Law in International Governance" en *International Organization* 54, 2000, 3, 421-456.
- ABBOTT K. & SNIDAL D (1998)., "Why States Act Through Formal International Organizations". En *Journal of Conflict Resolution*, 1998, 42, 1, 3-32.
- AKEHURST M. (1973), *Introducción al Derecho Internacional*, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1994.
- ALVAREZ J. (2005), *International organizations as law-makers*. New York, Oxford University Press, 2006.
- ANDORNO R. (2007), "The Invaluable Role of Soft Law in the Development of Universal Norms in Bioethics", UNESCO, 2007. Disponible en: <http://www.unesco.de/1507.html>. Última consulta: 19 de marzo de 2012.
- BARBERIS J. (1994), *Formación del Derecho Internacional*. Buenos Aires, Editorial Rodolfo Ábaco Desalma, 1994.
- BASCH F. y otros (2010), "La efectividad del sistema interamericano de protección de derechos humanos: un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones". En *SUR Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2010, 7, 12, 9-35.
- BLOKKER N. (2000), "Is the Authorization Authorized? Powers and Practice of the UN Security Council to Authorize the Use of Force by Coalitions of the "Able and Willing", *EJIL*, 2000, 11, 3, 541-568.

- BODANSKY D. (2010), *The Art and Craft of International Environmental Law*. London, Harvard University Press, 2010.
- DREYZIN DE KLOR A. (2006), "Comercio en el MERCOSUR y desarrollo. Límites a propósito del laudo once y del primer laudo del Tribunal Permanente de Revisión". En Biblioteca Jurídica Virtual. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt11.htm#P15>. Última consulta: 18 de marzo de 2012.
- FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ C. (1996), *La interpretación de las normas internacionales*. Navarra. Ed. Aranzadi, 1996.
- GUZMAN A. & MEYER T. (2009), "International Common Law: the soft law of international tribunals". En *Chicago Journal of international Law*, 2009, 9, 2, Simposio de Jueces Internacionales.
- HART H. (1961), *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- HILLGENBERG H. (1999), "A Fresh Look at Soft Law". En *EJIL*, 1999, 10, 3, 499-515.
- KRSTICEVIC V. (2007), "Reflexiones sobre la ejecución de las decisiones del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en CEJIL, *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. Buenos Aires, 2007.
- MAZUELOS BELLIDO A. (2004), "Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?". En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. 2004. Disponible en: <http://www.reei.org/>. Última Consulta, 3 de marzo de 2012.
- MCGOLDRICK D. (1994), *The Human Rights Committee. Its role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*. Oxford, Clarendon Press, 1994.
- PINTO M. (1997), *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.
- SHELTON D. (2007), "An introduction to the History of International Human Rights Law". *The George Washington University Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 346*, 2007. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1010489>. Última consulta: 5 de marzo de 2012.
- SORENSEN M. (1973), *Manual de Derecho Internacional Público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- SHAW M.(1997), *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- STEINER H. (2000), "Individual Claims in a World of Massive Violations: What Role for the Humans Rights Committee?", en ALSTON P. & CRAWFORD J. (2000), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- VARGAS CARREÑO E. (2003), "Funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Observaciones in loco e informes sobre situaciones derechos humanos", 2003, pp.506-527. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/33.pdf>. Última consulta: 28 de febrero de 2012.

- DIEZ DE VELAZCO M. (1973), *Instituciones del Derecho Internacional Público*. Madrid, Tecnos, 2007.

## JURISPRUDENCIA

- PCIJ, *The case of the S.S. "Lotus" (France vs. Turkey)*. Judgment of September 7, 1927.
- ICJ, *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania – Corfu Channel*, Judgment of 9 April 1949. Separate opinion by Judge Alvarez
- ICJ, *Voting Procedure on Questions Relating to Reports and Petitions Concerning the Territory of South West Africa*. Advisory Opinion of 7 June 1955, Separate Opinion of Judge Lauterpacht.
- ICJ, *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962)(Belgium v. Spain) Second Phase*, Judgment of 5 February 1970.
- ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 21 June 1971.
- ICJ, *Legality of the threat or use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of July 1996.
- Corte IDH, *La colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.
- Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombres en el marco del art. 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos*, Opinión consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989.
- Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*, Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo). Serie C. No. 33.
- *Eustace Henry and Everald Douglas v. Jamaica*, Communication No. 571/1994, UN Doc. CCPR/C/57/D/571/1994.

# LA ECONOMIA POLITICA DEL SISTEMA DEL BOTIN Y LA DECADENCIA DE LA REPUBLICA

Por Eduardo Conesa

## RESUMEN

El tema de la reforma constitucional para permitir la reelección indefinida del Presidente de la República está íntimamente relacionado con la facultad de nombrar ilimitada que en nuestro país tiene el Poder Ejecutivo. A su vez las reelecciones despiertan una gran ansiedad en la opinión pública argentina por el ataque que ellas implican para la forma republicana de gobierno, especialmente si se trata de la reelección indefinida. Por ello venimos aquí a analizar las causas *profundas* de la presión anti-republicana que implica el sistema de reelección indefinida.

## PALABRAS CLAVE

Gobierno - Estado - Bien común - Sistema del botín - Reforma constitucional.

# THE POLITICAL ECONOMY OF THE SPOILS SYSTEM AND THE DECLINE OF THE REPUBLIC

By Eduardo Conesa

## SUMMARY

The issue of constitutional reform to allow indefinite reelection of the President is closely related to the unlimited power to appoint in our country that has the Executive Power. Re-election turn aroused a great public anxiety in Argentina for the attack that they pose to the republican form of government, especially if it is indefinite reelection. So we come here to analyze the root causes of anti-republican pressure involving indefinite reelection system.

## KEY WORDS

Government – State - Common good - Spoils system - Constitutional Reform.

# LA ECONOMIA POLITICA DEL SISTEMA DEL BOTIN Y LA DECADENCIA DE LA REPUBLICA

Por Eduardo Conesa\*

## Introducción

El tema de la reforma constitucional para permitir la reelección indefinida del Presidente de la República esta íntimamente relacionado con la facultad de nombrar ilimitada que en nuestro país tiene el Ejecutivo. A su vez las reelecciones despiertan una gran ansiedad en la opinión pública argentina por el ataque que ellas implican para la forma republicana de gobierno, especialmente si se trata de la reelección indefinida. Por ello venimos aquí a analizar las causas *profundas* de la presión anti-republicana que implica el sistema de reelección indefinida. El tema tiene un gran vigencia actual porque en el acto de apertura de las sesiones del Congreso de 2011, la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner desmintió las fuertes versiones circulantes echadas a correr por sus propios partidarios en el sentido de que se propiciaría por el oficialismo una reforma constitucional que permitiera la reelección indefinida del Presidente de la República, adornada y disimulada, por supuesto, nada menos que con el cambio del sistema presidencialista a un sistema parlamentario de gobierno. La reelección indefinida del ejecutivo está prevista, después de todo, en la Constitución de la provincia de Santa Cruz de la cual proviene la Presidenta. También estaba prevista en la Constitución de 1949. Esa reelección indefinida fue desechada inicialmente por el Presidente, General Juan Domingo Perón, pero luego fue aceptada por éste: parece que se trata de un clásico, primero se niega la intención de la reelección, pero después las presiones del entorno presidencial se imponen, y la reelección es finalmente aprobada. Así ocurrió también en 1994 con el "pacto de Olivos". La reelección indefinida quita legitimidad al sistema democrático pues los oficialismos cuentan siempre con las ventajas del clientelismo y el uso discrecional del presupuesto a su favor, con lo cual las elecciones suelen convertirse en una farsa. Luego la farsa electoral hace estallar la caldera política y el país se torna ingobernable.

Las transiciones violentas con muertes y revolución, son en realidad típicas de países con sistemas políticos de reelección indefinida. Los ejemplos más recientes acaban de ocurrir en el norte de Africa con los gobiernos "eternos" de Hosni Mubarak, en Egipto, y Muammar Khadafy en Libia. Estos regímenes terminan muy mal y suelen caer estrepitosamente ante la presión de la opinión pública, o de rebeliones militares, después de largos años de goce del poder mediante elecciones amañadas.

---

\* Doctor (Ph.D.) University of Pennsylvania, U.S.A., 1982. Master en Economía, University of Pennsylvania, U.S.A., 1971. Master en Desarrollo Económico, Williams College, Williamstown, Massachusetts, U.S.A., 1969. Abogado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1963. Contador Público, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1960. Investigador permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "A. L. Gioja" y profesor de Economía y Finanzas en la Facultad de Derecho de la

En el caso de nuestro país, el sentimiento republicano contra las reelecciones tuvo su punto más fuerte después de la caída de Juan Manuel de Rosas a manos de Justo José de Urquiza en la batalla de Caseros, el 3 de febrero de 1852. Rosas se hacía reelegir todos los años por la Legislatura de Buenos Aires y lo hizo durante más de 20 años con la suma del poder público. Y además obtenía de sus colegas, los gobernadores de provincia, otra reelección anual para conducir las relaciones exteriores de la Confederación Argentina. Contra estos abusos, el artículo 29 de la Constitución de 1853, convocada por Urquiza dispuso que:

*El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.*

En la antigua república romana el "dictador" era una institución venerable. Las funciones ejecutivas estaban a cargo de dos cónsules elegidos anualmente por el Senado. Uno era "intramuros" y se ocupaba de las cuestiones de gobierno interno de la ciudad-república. El otro Cónsul, el de "extramuros", se ocupaba de las relaciones exteriores y la guerra. Sin embargo cuando Roma estaba en peligro, ambas magistraturas se unían en cabeza de un solo cónsul que concentraba la suma del poder público por el término de 6 meses y recibía el nombre de "dictador". Como se ve, como contrapartida de la concentración del poder se exigía el acortamiento del mandato. La historia romana presenta el famoso interregno del general Cincinato, quien asumió la dictadura ante un peligro externo. Salvó a Roma y volvió antes de los 6 meses a trabajar en su pequeña chacra cubierto de gloria y honor por sus conciudadanos. El punto de la limitación temporal del mandato, era de la esencia del sistema de gobierno de la república. Las instituciones romanas funcionaron tan bien que la ciudad llegó a dominar todo el mundo antiguo alrededor del mar mediterráneo. Sin embargo, acercándonos al año uno de la era cristiana, el general Julio César intentó constituirse en dictador perpetuo o "imperator", y por ello fue asesinado en el mismo senado por senadores republicanos recalcitrantes. Desde esos tiempos antiguos se sabía que la prolongación excesiva de los mandatos genera obsecuencia y baja en los gobernados. La reelección, se sabe, es siempre el festín de los más ruines elementos de una sociedad.

Una parte considerable de la opinión pública argentina considera que los políticos en el poder se solazan con ideas acerca de cómo conservar y prolongar en el tiempo sus prebendas, antes que en hacer que prevalezcan los intereses generales y que sea preferido "el bien común" sobre los intereses propios, o los de su partido. Se hace evidente que las crisis de nuestro sistema político residen en su incapacidad de decidir según "el bien común". Las demandas que surgen de la sociedad no se examinan según criterios de justicia y de moralidad, sino más bien según la fuerza electoral o financiera de los grupos que las sostienen y el interés de los que gobiernan. De aquí se deriva una incapacidad creciente para encuadrar los intereses particulares en una visión coherente del

---

Universidad de Buenos Aires. Director del Departamento de Ciencias Sociales de la misma casa de altos estudios. Es autor y coautor de diversos libros y trabajos de su especialidad.

bien común. En efecto, éste no es la simple suma de los intereses particulares, sino que implica su valoración y composición hecha sobre la base de una jerarquía de valores equilibrada y en último análisis, de una comprensión de la dignidad y de los derechos de la persona. En tal sentido, la actividad política debiera ser una forma eminente, aunque no única, del servicio al prójimo.

La tesis que sostendremos en este artículo, y los dos que le seguirán, consiste en que las transiciones democráticas fluidas de un partido gobernante hacia la oposición solamente ocurren en regímenes políticos donde los cargos administrativos del Estado son adjudicados sobre la base del mérito y existe una carrera administrativa estrictamente estructurada sobre la base del bien común, que cierre las puertas a los nombramientos de favor y al clientelismo. Se trata de una condición necesaria para obtener continuidad institucional con elecciones democráticas.

### **Gobierno, Estado y el bien común**

En la República Argentina, la incapacidad de la política para alcanzar “el bien común” radica en que, a diferencia de las naciones más desarrolladas, nuestro país no presenta una tajante diferencia, por una parte, entre el nivel político del gobierno que debe determinar los fines, las metas, los valores a perseguir, y a ejercitar la alta conducción del país, y por la otra parte, el nivel instrumental del Estado. El Estado debe ser la maquinaria técnica eficiente que permite implementar las acciones conducentes al logro de los objetivos y metas fijados por el poder político. El poder político define “el bien común” y el Estado es el instrumento técnico que permite alcanzarlo. En la Argentina actual, el Estado, en lugar de ser el gran instrumento para el logro del bien común, suele ser el mero botín de guerra del partido que gana las elecciones, el que entonces procede a llenar los cargos del Estado, incluso los menores, con sus propios militantes. Este sistema lleva a confundir “el bien común” con el enriquecimiento de políticos, de funcionarios, de empleados públicos o de sectores particulares, a costa del empobrecimiento del resto de la sociedad. Esto significa falsificar el bien común. Es rebajarlo, malversarlo, malinterpretarlo. Implica apuntar muy bajo.

### **Estados Unidos frente al “spoils’ system” en el siglo XIX**

El sistema de gobierno de bajas miras, donde el objeto de la política es nombrar a los amigos y apropiarse del presupuesto del Estado, puede denominarse “democracia clientelar” y existió en los Estados Unidos y en la mayoría de los países europeos hasta bien entrado el siglo XIX. En los Estados Unidos hacia fines del siglo XIX hubo una reacción contra este sistema al que se denominó “the spoils system”, “sistema del botín” o “sistema del despojo”. Ocurrió que ante la perspectiva de perder las elecciones que implicaba el riesgo de perder su puesto público de favor, los funcionarios del partido gobernante recurrían a la corrupción para hacerse de un tesoro que les permitiera subsistir en el llano. Así fue que la corrupción en el Estado norteamericano llegó a límites intolerables. Por ello fue que hacia 1883 se sancionó la ley de reforma del servicio civil, también llamada “Pendleton Act”, por el nombre del legislador que la propuso. Dado el evidente desgano y resistencia con que los políticos estadounidenses finalmente aprobaron esta ley, resulta conveniente detenerse brevemente en las circunstancias que rodearon su sanción. También debe aclararse que se vivían tiempos de liberalismo

económico en los Estados Unidos, y, por consiguiente, la participación del Estado en el PBI era solamente del 5%. El Estado mínimo limitaba enormemente los perjuicios del "spoils' system"

El sistema del botín estadounidense descansaba en la idea de que la rotación en la función pública administrativa era "democrática". El Presidente Andrew Jackson en 1829 declaró:

*"ningún hombre tiene un derecho intrínseco a un cargo público mas que otro... los deberes de todos los oficiales públicos son, o al menos debe admitirse que son, hechos tan llanos y simples que hombres de inteligencia común pueden rápidamente calificar para desempeñarlos".*

Este juicio del Presidente Jackson era de dudosa validez en 1829, y completamente falso cincuenta o cien años mas tarde con la creciente especialización en los conocimientos. El constante cambio en los funcionarios borraba la memoria institucional; los empleados del gobierno eran presa de pánico en cada elección y carecían de lealtad hacia sus funciones y al Estado, porque su estabilidad era excesivamente volátil. Era voz corriente que los funcionarios y empleados públicos después de una elección se parecían a los habitantes del Cairo cuando aparecía una plaga: nadie sabía cuan próximo estaba el golpe de la muerte.

### **El sistema del botín solo puede ser eliminado en medio de una crisis política**

Con el transcurso de los años, los defectos de este sistema se hicieron más evidentes. Los líderes políticos requirieron que la clientela por ellos nombrada dedique tiempo y dinero a los asuntos del partido. Después de cada elección los ganadores eran acosados por famélicos buscadores de cargos públicos y las disputas entre el Presidente y el Congreso con motivo de la clientela partidaria se hizo endémica. En el decenio de 1880, después de una elección, era común abrir un periódico en Washington DC y encontrar avisos como éste:

*"Solicito un empleo público con un salario no inferior a 1000 dólares por año. Daré 100 dólares de recompensa a cualquiera que me lo pueda conseguir. "*

Los presidentes vivían perseguidos por buscadores de empleo público. Cuando James Garfield asumió la Presidencia se encontró con grandes cantidades de famélicos buscadores de cargos públicos esperándolo ansiosos como buitres dando vueltas alrededor de un bisonte herido.

La exagerada ansiedad de los buscadores de empleo público de favor y la corrupción generada por el sistema del botín generó una reacción en la opinión pública que clamaba por un servicio civil profesional. Este movimiento se hizo fuerte en Nueva York hacia 1877, y, aunque adquirió considerable apoyo, los políticos eran muy reacios a adoptarlo. Hasta que ocurrió el asesinato del Presidente James Garfield por Charles Guiteau, un buscador de puestos públicos despedido. Fue entonces cuando, en medio de la crisis política resultante, el clamor del popular a favor de una ley moderna de servicio civil no pudo ser ignorado por mas tiempo.

La ley Pendleton clasificó ciertos puestos y los removió del sistema clientelista. Y estableció una Comisión de Servicio Civil para administrar el sistema fundado en el mérito, en lugar de los contactos políticos.

La lista de los puestos públicos fuera de la política se fue expandiendo con los años. Este sistema proveyó a Estados Unidos con una burocracia competente y permanente. En 1883 menos de 15.000 puestos estaban clasificados como pertenecientes al servicio civil de mérito. Cuando McKinley asumió la presidencia en 1897 había 86.000, casi la mitad de los empleados del gobierno federal. Hoy en día con excepción de algunos cientos de nombramientos políticos de muy alto nivel, prácticamente todos los puestos federales son administrados dentro del sistema del servicio civil.

### **El botín como una causal de la decadencia argentina**

En nuestro medio, el Presidente Sarmiento estableció el Colegio Militar y la Escuela Naval que eliminaron el clientelismo en el ámbito castrense. Para esa época la dirigencia política de nuestro país tenía muy altas miras. Teníamos un verdadero proyecto nacional plasmado en la Constitución de 1853-60. Teníamos grandes metas en materia de inmigración, de educación, de construcción de puertos y de ferrocarriles. También en esa época se hizo un gran esfuerzo por eliminar el clientelismo en el ámbito del Ministerio de Educación. Sin embargo, en los demás ministerios y en la justicia, el clientelismo continuó siendo la norma. Ello creó una gran resistencia antirrepublicana para ceder el poder político a un partido distinto del Partido Autonomista Nacional, pues ello significaba transferir "el poder de nombrar" y reemplazar los nombramientos del partido en el poder por la clientela alternativa. Por eso fue que hubo tanta resistencia a la alternancia republicana desde 1890 hasta 1916. La única vía que quedaba a la oposición era llamar a la puerta de los cuarteles, como lo hizo efectivamente la UCR en 1890, 1893, y 1905.

Sin embargo, el sistema del botín de fines del siglo XIX y comienzos del siglo, aunque malsano, no era tan dañino para el crecimiento económico como lo es en la actualidad. En efecto, el Estado, en su conjunto, no significaba ni el 10% del PBI en tanto que en la actualidad la participación del Estado argentino en el PBI es del 40%. No olvidemos que en los viejos tiempos el liberalismo económico reinaba sin desafíos en la política económica de la Argentina y por lo tanto el papel del Estado era muy limitado, excepto en educación, concesiones ferroviarias y puertos. Así fue en la época de Roca, de Sáenz Peña, de Yrigoyen y Alvear. Por eso fue posible que durante esas presidencias, el PBI per cápita de la Argentina alcanzara a los más altos del mundo, aunque algo por debajo de Gran Bretaña y los Estados Unidos, pero casi igual al de Francia y Alemania.

### **El botín hace difícil la alternancia republicana**

Hacia 1916 la Argentina vivía gozando del éxito del proyecto político de 1853-60 que contenía un sistema de botín limitado. Sin embargo, a pesar del sistema vigente entonces, se produjo milagrosamente la primera gran alternancia republicana gracias a la ley Sáenz Peña de 1912. El "sistema del botín", sin embargo, continuó operando. Hubo intervenciones en casi todas las provincias para ubicar a la nueva clientela que de esta manera multiplicaba votos a favor del partido gobernante que ahora, paradójicamente, se tornaba tan inexpugnable y tan adverso a la alternancia republicana como el antiguo régimen. En 1922 el oficialismo nominó como candidato presidencial al Dr. Marcelo Torcuato de Alvear, quien no hizo campaña pues se desempeñaba en París como embajador del Presidente Yrigoyen, y se suponía dócil a sus órdenes y a su clientela. Sorprendentemente no fue

así. El nuevo Presidente demostró gran independencia. Pero fue reacio a seguir la metodología de exagerar los nombramientos de favor hacia sus propios partidarios para consolidar apoyos incondicionales, y en 1928, en consecuencia, tuvo que devolver el poder a su antiguo benefactor de 1922. En 1930, 14 años después, el régimen renovador de 1916 agonizaba desprestigiado por las prácticas del sistema del botín, y fue víctima de la metodología del golpe militar. La misma metodología que cuando joven había intentado él mismo para su propio beneficio tantas veces sin éxito desde 1890 en adelante. El nuevo régimen de 1930 a 1943 recurrió en menor proporción al fraude indirecto de los nombramientos partidarios de favor, y más al fraude electoral abierto y desembozado para mantenerse en el poder. Pero el sistema del botín, se fue haciendo más gravoso para el país y sus instituciones a partir del intervencionismo de Estado del decenio de los años treinta. Dicho intervencionismo fue necesario para combatir la depresión económica y el desempleo mundial de aquellos tiempos. Fue así que en los años treinta de siglo pasado, la participación del Estado en el PBI, no fue del 10% como en los tiempos de Roca o Yrigoyen, sino que llegó al 18% del PBI en 1943. Cuando mayor es la cantidad de empresas del estado, juntas reguladoras, etc. , tanto más necesario se hace se contar con un Estado meritocrático. Finalmente, agotado por su incapacidad republicana para renovarse por medios legítimos, el régimen conservador fue víctima a su vez de un golpe. El mismo gobierno de 1930-1943 que había nacido de un golpe militar, parecía esta vez, también anquilosado e incapaz de renovarse por medios republicanos, a manos de otro golpe: el del 4 de junio de 1943.

### **La experiencia justicialista con el sistema del botín**

Se originó así una nueva experiencia dominada por la personalidad estelar del General Juan Domingo Perón. A partir de entonces ocurrió una variante con respecto al sistema del despojo norteamericano, superado ya en aquel país. En el nuestro se fueron agregando capas geológicas a los funcionarios de la administración pública porque se nombraban nuevos funcionarios clientelares por los sucesivos gobiernos, sin despedir a los nombrados por el gobierno anterior. Fue así que la administración pública empezó a crecer en tamaño llegando al 40% del PBI y más aun. Cuando el Estado es de gran tamaño en relación al PBI, debe ser eficiente y meritocrático, pues de lo contrario la carga del Estado grande e ineficiente sobre la economía se torna insostenible. Esto último fue lo que ocurrió en la realidad. El nuevo gobierno surgido a partir de 1943 se perpetuó hábilmente decretando el aguinaldo dos meses antes de las elecciones de 1946, dando así una sensación de euforia que determinó su triunfo en las elecciones de febrero de ese año. Este método, el aumento masivo de salarios nominales cuando no va acompañado de aumentos correlativos en la productividad, genera inflación de precios. La inflación de precios deteriora el tipo de cambio real lo cual provoca déficits externos y finalmente una crisis de balanza de pagos que frena el desarrollo. Así ocurrió en 1949. El gobierno recurrió, además a la exacerbación de los nombramientos de favor, y sobre todo al uso del monopolio estatal de los medios de difusión que lo tornaron absolutamente invencible en todas las pujas electorales.

En 1949 se sancionó constitucionalmente la posibilidad de la reelección indefinida del Presidente. El nuevo régimen rechazaba implícitamente a la forma republicana de gobierno establecida teóricamente en el artículo primero de la Constitución Nacional, pero burlada en la práctica. Se fundaba en la personalidad rutilante

y extraordinaria de Perón que no quería ni necesitaba formas de sucesión. Pero, lamentablemente, el poder corrompe, y el ejercicio continuado de un poder omnímodo corrompe absolutamente. Es una ley inexorable de las historias que se cumple en todas las sociedades humanas y también afectó, obviamente, al partido justicialista. Ante la corrupción, la Iglesia Católica, que apoyó inicialmente al justicialismo de los primeros tiempos, se enfrentó finalmente al gobierno. El desgaste del régimen unido a la sobre-valoración cambiaria de 1948-54 que arruinó al sistema de precios y de asignación de los recursos, determinó un crecimiento del PBI per cápita nulo en 6 años. Esto contribuyó al estallido de la caldera, corroída por la economía y la falta de auto-renovación del gobierno: así ocurrió inexorable 12 años después de 1943, el nuevo golpe del 16 de septiembre de 1955.

### **Inestabilidad institucional y el sistema del botín**

Luego desde 1955 a 1973 encontramos 18 años de alta inestabilidad institucional en cuya raíz estuvo por una parte la ausencia de un proyecto nacional actualizado y por el otro, preponderantemente el tema del "botín de guerra" del Estado: como los partidos políticos no se ponían de acuerdo acerca de cómo repartirlo, intervenían las Fuerzas Armadas como mediadoras. En 1973, cuando los partidos políticos, principalmente el justicialismo y el radicalismo, Perón y Balbín, se pusieron de acuerdo, terminó el gobierno militar. Pero aparecieron nuevos actores, sin duda conocedores de la falta de ideales superiores en el sistema del botín, y acicateados además por los principios igualitarios del socialismo pro-soviético o pro-cubano dentro del contexto global dado por la guerra fría del comunismo contra el capitalismo. Sobre esas bases buscaron apoderarse del gobierno por la fuerza. Fuerza por fuerza fueron derrotados y se impusieron las tradicionales Fuerzas Armadas nuevamente. Se venía por largos años, un ocaso de la democracia.

### **Diagnóstico monetarista equivocado, Malvinas y el fin del militarismo**

Pero el gobierno militar tuvo inesperadamente una conducción incompetente en lo monetario y cambiario: altísimas tasas de interés libres con garantía estatal de los depósitos bancarios las que combinadas con una fuerte sobre-valoración del peso destruyeron la industria y el agro, generando además un gran endeudamiento externo con caída del PBI per cápita. Ante el desprestigio causado por el fracaso monetarista, en 1982, el gobierno militar intentó reivindicarse ante la opinión pública con la ocupación de Malvinas. Sin embargo, la derrota de Malvinas a manos de Margaret Thatcher determinó el ocaso, no de la democracia, sino de los gobiernos militares en la Argentina.

Y el gobierno militar tuvo que llamar a elecciones de apuro sin modificar el "sistema del botín". Posiblemente sin darse cuenta siquiera que allí estaba la clave de los fracasos de la democracia en la Argentina en el transcurso del siglo XX. Y ganó las elecciones un demócrata ferviente, quien se apresuró a enterrar mediante el juicio a las Juntas Militares al muerto político, ya liquidado por Margaret Thatcher, esto es a las Fuerzas Armadas como fuente de poder político en la Argentina. Tuvo la astucia política de limitar los juicios por crímenes de lesa humanidad a los cometidos después del 24 de marzo de 1976. Nunca por los anteriores, para no enemistarse con el justicialismo. Es decir, promovió una "Justicia" parcial con los ojos sin vender. En Brasil país en el cual las fuerzas armadas también reprimieron ferozmente al terrorismo guerrillero de los años setenta,

no hubo juicios políticos contra las fuerzas armadas, ni contra los dictadores, simplemente porque las fuerzas armadas de este país tuvieron la prudencia de no meterse en aventuras riesgosas como la guerra de Malvinas. Además, la gestión económica de esos gobiernos militares brasileños fue excelente desde 1964 hasta 1984. Tan es así que en 1964 el PBI de Argentina era similar al de Brasil, pero en 1984 el del país hermano nos superaba tres veces.

### **Vuelve el sistema del botín con su resistencia a la alternancia democrática**

Las nuevas autoridades surgidas de las elecciones de octubre de 1983 cumpliendo fielmente con las reglas de juego del sistema que proponemos modificar, nombraron partidarios a manos llenas y repartieron créditos hipotecarios de favor sin indexar a rajatabla. Sus beneficiados le hicieron soñar al Presidente con la idea de un tercer movimiento histórico superador del Radicalismo y el Justicialismo que le permitiría modificar la Constitución de 1853-60, para obtener la reelección presidencial. El fuerte aumento del gasto público resultante unido a la pesada carga de la deuda externa contratada por las Juntas Militares, la que fue convalidada en 1987 en lugar de declarársela nula, provocaron la hiperinflación de 1989, que arruinó el sueño reeleccionista. Dicha hiperinflación determinó en aquellos tiempos un desprestigio para el Radicalismo, y por reacción, provocó la victoria del Justicialismo en las elecciones presidenciales del 14 de mayo de 1989.

### **Reforma constitucional, reelección y continuismo**

Las autoridades surgidas de las elecciones del 14 de mayo de 1989, como todas, procedieron a inflar los cuadros del Estado con afiliados partidarios pero, desorientadas y perplejas ante la devastadora hiperinflación, adoptaron primero las ideas del liberalismo con privatizaciones masivas del Ing. Álvaro Alsogaray para luego caer en manos de su mesianico Ministro de Economía, el Dr. Domingo Cavallo. Este economista logró conjurar la inflación con la sobre-valoración de nuestra moneda, la dolarización de los depósitos bancarios y una enorme emisión de deuda pública externa en dólares para financiar un creciente gasto público. En otras palabras, sustituyó la emisión monetaria como fuente de financiación del gobierno por el endeudamiento externo. En consecuencia, desde 1991 estos métodos fueron sembrando la semilla de la crisis que luego hizo eclosión en el 2001. Pero mientras tanto, en 1994, Menem pudo llevar a cabo el tradicional sueño anti-republicano gracias, a la excelente estabilidad de precios obtenida: modificó así la Constitución de 1853-60 para permitir su propia reelección. Se verificó así una vez más la tendencia de nuestro sistema político hacia la perpetuación en el poder de sus titulares, inducidos por su clientela ansiosa de continuar usufructuando el botín y evitar la sana rotación y renovación que exige el verdadero régimen republicano. Así fue que en el afán de posibilitar la reelección de Presidencial, y como precio a esa concesión, se firmó el célebre "Pacto de Olivos" donde se propusieron diversos cambios adicionales que arruinaron la impecable lógica federal-republicana-presidencialista de la gloriosa Constitución histórica. En efecto, se anuló el Colegio Electoral y se estableció la elección popular directa del Presidente y Vice, con lo cual se dio una importancia desmesurada al conurbano bonaerense y se lo convirtió en árbitro de las elecciones presidenciales en detrimento de las provincias. Por arriba de ello, y para satisfacer apetencias menores de puestos del partido opositor, se creó un inútil tercer senador por provincia y

una “cuasi provincia” en la ciudad de Buenos Aires, en la cual ahora coexisten dos autoridades en conflicto, el Presidente de la República por una parte, y el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma por la otra, que disputan entre sí sobre la represión de la delincuencia y otras cuestiones en detrimento de las soluciones que reclama el pueblo de la capital de la República, que sufre por esas desavenencias. Se olvidó así la experiencia histórica de 1880 que merced a la batalla de “Los Corrales”, la mas grande de nuestra historia, el país aprendió que no conviene tener dos autoridades competitivas en el territorio de la Capital. Por encima de todo ello, se establecieron el Consejo de la Magistratura y el Jefe de Gabinete, dos instituciones típicas de los regímenes constitucionales parlamentarios, cuando el nuestro es claramente presidencialista. Además, los constituyentes de 1994 en su afán de pasar a la historia con más y numerosas reformas, le dieron poderes legislativos al Presidente de la República con lo cual dieron un golpe de gracia a la clásica división de los poderes. Y así llegamos al régimen constitucional vigente de 1994. Como si ello fuera poco, negros rumores circulaban en todos los corrillos políticos. En ellos se hablaba de la compra previa de voluntades para llegar al pacto de Olivos. Esos rumores fueron reforzados por la estridente renuncia del joven ministro del Interior Dr. Gustavo Beliz, quien se opuso a esos métodos.

### **La excepcional alternancia democrática de 1999**

No satisfecho con la reelección de 1995, el Presidente de 1999, acuciado sin duda por su clientela, comenzó a planear su segunda reelección. Pero la devaluación brasileña del 13 de enero lo persuadió de que el esquema de la convertibilidad estaba agotado. Se esperaba un estallido y era necesario evitar las esquirlas de dicha explosión. Por eso en las elecciones presidenciales de 1999 se permitió el triunfo de la UCR, que ganó con el apoyo de una fracción disidente del justicialismo. El nuevo Presidente no percibió los peligros del estallido económico inminente, y fue derribado a fines de 2001 por las esquirlas del fracaso del sistema de la convertibilidad que derivó a una situación económico- social catastrófica.

### **Transición y éxito económico de Duhalde-Lavagna**

La devastadora crisis económica de 2001 y 2002 puso en peligro la existencia misma de la Argentina y una vasta porción de la ciudadanía exigió “que se vayan todos” y además sindicó a las autoridades de 1989-2001 como las principales responsables de la crisis. El Presidente de transición, Dr. Eduardo Duhalde, electo por el Congreso, logró finalmente reencauzar la economía con la ayuda del ministro Dr. Lavagna y luego bloqueó la vuelta del poderoso ex Presidente de 1989-1999. Mientras tanto, el nuevo tipo de cambio competitivo de 2002-2003 sirvió para aligerar el peso del gasto público dentro del PBI y permitió a la economía comenzar a correr a tasas chinas. Finalmente, el piloto de tormentas de 2002-2003 cometió un error: favoreció la candidatura del Gobernador de Santa Cruz como Presidente aportándole sus votos y maquinaria electoral. Este último, como es clásico en la política, apenas llegado al poder, procedió a liberarse de la tutoría de su benefactor, y a fundar su propio liderazgo sobre la base de la continuación de la política económica iniciada en abril de 2002. También de la exageración hasta paroxismo del tradicional “sistema del botín”, sazonado esta vez con nombramientos abundantes de militantes setentistas. En pocos años, los nombramientos de favor, las estatizaciones y la

sobrevaluación creciente del peso llevaron a que la participación del Estado dentro del PBI volviera a superar el 40%. Con alto gasto público los efectos perjudiciales sobre la economía del Estado ineficiente y del sistema del botín, se maximizan.

### **La era Kirchner: nuevamente la alternancia democrática se torna difícil debido al sistema del botín**

En el 2006 el gobernador de la provincia de Misiones, intentó modificar la Constitución provincial para habilitar su propia reelección. Pero esta vez se despertó sorprendentemente el viejo y dormido espíritu republicano argentino de 1853 y el pueblo de Misiones rechazó la reforma. La tendencia republicana pareció generalizarse pues en La Rioja y en otras provincias abortaron numerosos proyectos re-eleccionistas.

En el 2007 asistimos a un nuevo episodio reeleccionista, aunque esta vez disimulado bajo las formas matrimoniales. El Presidente saliente decidió impulsar la candidatura de su esposa, quien siguió fielmente sus órdenes. Para conseguir esta reelección, el gasto público aumentó en un 50% durante el año 2007, lo cual indujo la ruina del modelo de crecimiento basado en las exportaciones sobre la base del tipo de cambio real alto y el superávit fiscal, inaugurado en el 2002-2003.

Para disimular el impacto inflacionario del descomunal incremento del gasto público y de los aumentos de salarios nominales del orden del 30% decretados en las convenciones colectivas de trabajo no acompañadas de un aumento en la productividad, el gobierno del santacruceño, siempre fértil en ardides, decidió falsificar los índices oficiales de inflación que preparaba el INDEC. Lo hizo mediante la intervención del organismo y la expulsión de los funcionarios competentes de carrera y su reemplazo por su clientela partidaria. El sistema clientelar de dominio completo de la administración pública mostraba así su más cuestionable faz.

La Presidenta, aconsejada por su marido ex Presidente, ante la necesidad de solventar el aumento del gasto público del 2007 provocado por el clientelismo, decidió a mediados del 2008, aumentar las retenciones a las exportaciones a niveles exageradamente altos, lo cual generó protestas en el sector agropecuario y la derrota parlamentaria del gobierno en julio de 2008, cuando el Congreso no convalidó dichos aumentos.

No satisfecho con esos intentos, el matrimonio presidencial, aconsejado nuevamente por funcionarios clientelares, decidió echar mano a la recaudación de los fondos de jubilaciones y pensiones (AFJP) a fines del 2008. Estos fondos proveen una recaudación adicional mensual de unos 15 mil millones de pesos. Nuevamente se hizo evidente que al no existir un sistema de cuadros permanentes de carrera en la administración, los poderes presidenciales argentinos se expanden hasta hacerse casi similares a los de Luis XIV en la Francia pre-revolucionaria.

### **Esperanza democrática-republicana en el 2009 versus el sistema del botín**

Sin embargo, hacia octubre del 2009, el gobierno enfrentaba elecciones de medio término de diputados y senadores y ante la probabilidad de una derrota ante el deterioro creciente de la economía, debido a la crisis mundial, decidió adelantar los comicios desde octubre del 2009, hasta junio del mismo año. No contento con esta triquiñuela, decidió además que la candidatura a diputado nacional por Buenos Aires del ex Presidente fuera acompañada de candidaturas a diputados "testimoniales" como la del gobernador de Buenos Aires, el

vicegobernador y los intendentes. Aun así, con los refuerzos estas maniobras, fue derrotado.

El acicate de conservar para siempre el manejo discrecional del presupuesto nacional, equivalente a unos 100 mil millones de dólares es siempre muy tentador. Tan tentador que el matrimonio Presidencial, según circula en los mentideros políticos, intentó comprar el grupo multimedia del diario Clarín para hacer su propio juego electoral y poder obtener así el voto de la clase media desprevenida. Ante la negativa de los dueños del diario, hicieron aprobar un proyecto de ley de medios audiovisuales que parece en algunos aspectos, inconstitucional. El propósito de la ley fue permitir la adjudicación de nuevos espacios de radio y televisión para que sectores oficialistas se apropien de la televisión y las radios. La intención detrás de esta estrategia fue captar la voluntad popular a su favor para poder ganar en las elecciones presidenciales de 2011 y alternarse matrimonialmente el poder hasta el 2027, por lo menos.

Está claro de este relato que el país necesita una verdadera reforma constitucional que refuerce definitivamente el régimen republicano de renovación y rotación del poder. Es evidente que durante el siglo XX casi todos los presidentes aguijoneados por su clientela partidaria, buscaron con excesiva crudeza perpetuarse a sí mismos o a su régimen, lo cual es contrario a la forma republicana de gobierno. Casi todos los intentos de perpetuación de un régimen terminaron en gobiernos desprestigiados y anacrónicos, y, por reacción, causaron los golpes de Estado. Es que el gobierno de una verdadera República es "res publica", es cosa pública, es de todos los ciudadanos, y no propiedad de las elites partidarias que toman para sí al Estado y luego rodean a los presidentes y los incitan a perpetuarse para poder seguir usufructuando del botín.

### **Conclusión: la necesidad de una reforma constitucional**

La solución al enigma argentino se impone pues claramente: eliminar el sistema del botín para fortalecer las instituciones republicanas, y por sobre todo dignificar la política y a los políticos como artífices del bien común. En los países civilizados los partidos políticos son órganos esenciales de la democracia y tienen por función proveer solamente los candidatos a los cargos políticos. Al Gobierno, es decir a la cúpula del Estado. Pero nunca a todo el Estado. Nunca a los cargos administrativos del Estado, los que deben ser provistos por exámenes y carrera administrativa y criterios objetivos apolíticos. Esos cargos deben ser no-partidarios, pues el funcionario de carrera debe servir a gobiernos de diferente persuasión política. En otras palabras, los partidos políticos no deben ser el instrumento del sistema del botín. En esta hipótesis, cuando perder las elecciones no implica perder cientos de miles de cargos administrativos de favor, sino solamente los de Presidente, sus ministros, secretarios de Estado y subsecretarios, la transferencia del poder se hace elegantemente. Caballerescamente. Sin hecatombes. Se convierte en una verdadera fiesta de la democracia.

En la Argentina todas las transiciones del poder a un partido opositor, exceptuando la de 1916, transcurrieron en medio de verdaderos dramas, convulsiones sociales o revoluciones. Recordar 1930, 1943, 1955, 1962-3, 1967, 1970, 1973, 1976, 1982-3, 1989 y 2001-2. La única transferencia no dramática a un partido opositor fue la de diciembre de 1999. En realidad fue trágica pues el presidente entrante no se dio cuenta que recibía una bomba de tiempo de la convertibilidad empaquetada.

A mediados del 2010 se hizo evidente que el matrimonio presidencial había encontrado la fórmula

para superar la limitación de los ocho años (4+4) establecida en el artículo 90 de la C.N. y así perpetuarse en el poder, mediante la cesión recíproca del turno. Sin embargo, esta idea cayó con el fallecimiento del ex Presidente en octubre de 2010.

Como es clásico en nuestro país, a los pocos meses de ese deceso, el entorno presidencial empezó a pensar en la reelección presidencial para el 2015. Todavía no estaban definidas las elecciones del 2011, pero la ansiedad de la clientela por asegurarse el usufructo de los poderes del Estado la indujo a pensar por anticipado en la re-reelección de 2015. Un cuadro incondicional del oficialismo, la diputada Diana Conti comenzó a hablar públicamente "Cristina eterna" y de la ya consabida "re-re". Como esta ansiedad era inoportuna ante la opinión pública, la Presidenta poniendo de manifiesto un sentido político notable, en pleno mensaje de apertura de las sesiones del Congreso de 2011, acto formal en toda democracia preguntó:

*"¿Alguno me ha escuchado decir que voy a ir a la reelección en el 2011. No se hagan rulos. ¿A quien se le ocurre que habrá una reforma constitucional?"*

Desmintió así a la diputada Conti, recordándole su pasado en el P.C., en el FREPASO y en el delaruisimo: *"hay compañeras que ahora me quieren un poquito mas que antes"*, la Presidenta le enrostró luego a la diputada. Pero la experiencia histórica indica que Diana Conti estaba en lo cierto. Estas desmentidas presidenciales por lo general terminan siendo falsas, salvo en caso de problemas de salud del incumbente. En definitiva, la comprensión de los efectos perniciosos del "spoils' system" es esencial para entender la verdadera trama de la historia constitucional argentina. Sentada esta premisa, aparece la racionalidad de una reforma constitucional para cambiar de raíz este estado de cosas, si queremos ser un gran país.

# **JURIDICIDAD PARADÓJICA, POLIFONÍA Y APERTURA TALMÚDICA DE LA LEY PARA UNA POLÍTICA DEL LEER JURÍDICO**

**Por Marina Gorali**

## **RESUMEN**

El presente trabajo pretende mostrar cómo las filosofías de la alteridad pueden constituir una herramienta para resignificar al derecho; herramienta que permite sustraerlo de aquella vieja pretensión de clausura, completitud y univocidad. Este desafío supone, ante todo, asumir el carácter exílico de la ley. Una ley que ya no es cierre, certeza y permanencia sino apertura, errancia y circulación.

## **PALABRAS CLAVE**

Alteridad – Polifonía – Interpretación jurídica – Sentido - Errancia

# **PARADOXICAL LEGALITY, POLYPHONY AND TALMUDIC OPENING OF THE LAW FOR A POLICY OF LEGAL READ**

**By Marina Gorali**

## **SUMMARY**

This work intends to show how philosophies of alterity may make up a tool for re-meaning law, that is, a tool removing law from that old claim of closure, wholeness and univocity. This challenge means, above all, assuming the exilic nature of law –a law being no longer closing, certainty and continuance but opening, wandering and movement.

## **KEYWORDS**

Alterity – Polyphony – Legal interpretation – Meaning – Wandering

# JURIDICIDAD PARADÓJICA, POLIFONÍA Y APERTURA TALMÚDICA DE LA LEY PARA UNA POLÍTICA DEL LEER JURÍDICO

Por Marina Gorali\*

*En griego, en nuestra lengua, en una lengua enriquecida con todos los aluviones de su historia, en una lengua que se acusa a sí misma de un poder de seducción, del que disfruta sin cesar, este pensamiento nos aboca a la dislocación del logos griego; a la dislocación de nuestra identidad, y quizás de la identidad en general; nos aboca a abandonar el lugar griego, y quizás el lugar en general, hacia lo que no es ya siquiera una fuente ni un lugar (demasiado acogedores de los dioses), hacia una respiración, hacia una palabra profética que ha soplado ya no solamente antes de Platón, no solamente antes de los presocráticos, sino más acá de todo origen griego, hacia lo otro de lo Griego. J. Derrida. "Violencia y metafísica"*

*"...voy a ocultarme en el lenguaje" A. Pizarnik*

En un artículo titulado "The Third Question: the creative use of paradoxes in Law and Legal History", Niklas Luhmann comenta el comienzo de un libro de Henri Atlan<sup>1</sup> que rescata una famosa historia de origen sabidamente talmúdica. (Luhmann, 1988) Un profesor fue preguntando opiniones sobre una cuestión discutida entre algunos de sus alumnos. El primer estudiante explicó su punta de vista. Luego de una larga reflexión, el profesor respondió: "Usted está en lo cierto". Un segundo estudiante, que no había sido oído hasta entonces, protestó y dio sus argumentos. El profesor respondió nuevamente: "Usted está en lo cierto". Frente a ello, otros estudiantes alegaron que no podía aceptar las dos opiniones si éstas se contradecían. "Ustedes están en lo cierto". La tercera pregunta también recibió una respuesta positiva.<sup>2</sup>

\* Abogada por la Universidad de Buenos Aires – Licenciada en Ciencia Política por la Universidad de Buenos Aires – Doctoranda de la Facultad de Derecho (UBA) – Investigadora tesista Proyecto UBACYT "La deriva del sentido y los límites de la interpretación judicial" dirigido por el Dr. Carlos M. Cárcova – Docente "Teoría General del Derecho" y "Lecturas contemporáneas acerca del Derecho", Cátedra Cárcova (Ruiz), Facultad de Derecho (UBA). Miembro Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (AAFD)

<sup>1</sup> Atlan, Henri es profesor emérito de biofísica en las universidades de París VI y Jerusalén. Su trabajo como investigador se ha centrado en las teorías sobre la autoorganización de los seres vivos en un escenario de complejidad. Su pensamiento transita entre la biología y la filosofía (estudioso de B. Spinoza), de ahí su progresivo interés por el estudio de las relaciones entre ciencia y ética, bioética, inteligencia artificial, ingeniería genética, teoría de la información. Luhmann cita el libro "A tort et à raison: intercritique de la science et du mythe", Seul, Paris, 1986. Agradezco al **Dr. Cárcova** por innumerables motivos, entre ellos haberme puesto en contacto con este maravilloso artículo. También una mención especial a las **Dras. Alicia Ruiz y Diana Sperling**, por su profundo apoyo y siempre osada enseñanza.

En aquel artículo, Luhmann se propone utilizar la mano invisible de las paradojas del derecho como una guía para investigar la historia del pensamiento jurídico. Si la suposición sustenta que hay siempre una necesidad primaria de evitar las paradojas, diversas pueden ser las maneras de llevar a cabo dicha tarea. Las formas de desparadojizar las paradojas ofrecen pues la posibilidad de conectar reflexiones lógicas e históricas analizando las correlaciones entre los cambios en las estructuras sociales y los cambios en la semántica jurídica.

Las paradojas tienen una larga tradición en la historia del pensamiento. Ya el Talmud había hecho un uso claro de ellas.

Emmanuel Lévinas nos advertía tiempo atrás que no somos tan sólo hijos de los griegos. Para Lévinas esto implica que hemos de repensar aquella tradición sustentada en la búsqueda

insaciable de “una verdad”<sup>3</sup>, sirviéndonos para ello de los principios de solidaridad y responsabilidad por el prójimo que nos otorgó Jerusalén.<sup>4</sup>

La obra de Lévinas es legataria de la voz de Franz Rosenzweig. El pensamiento para Rosenzweig es atemporal; quiere anudar mil vínculos de un golpe; lo último, la meta, es para él lo primero. En cambio, el hablar<sup>5</sup> está ligado con el tiempo, se nutre del tiempo, no sabe por anticipado hacia dónde se dirige; deja que el otro le dé pie para entrar en conversación. La diferencia entre el pensamiento lógico y el pensamiento gramático (el autor también lo denomina “el hablar” o “nuevo pensamiento”), no reside en el hecho de que uno es silencioso y el otro habla en alta voz, sino en la necesidad del otro o lo que es lo mismo, en tomar en serio al tiempo.” (Rosenzweig, 1921)

Temporalidad y Alteridad constituirán entonces las piedras angulares de este nuevo pensamiento, que algunos identificarán a la par de Wittgenstein como la cuna histórica de lo que más tarde se dio en llamar el “giro lingüístico”. (Ruiz) Proviendo de tradiciones completamente distintas ambos coincidirán en su crítica al esencialismo, y distinguiéndose del imperio de la lógica positivista o la dialéctica hegeliana se inclinarán por la gramática, y con ella, por el tiempo.

Lo interesante del pensamiento lévinasiano es precisamente que éste no se inscribe en el rechazo categórico de la técnica. Para Lévinas la técnica completa de alguna manera el proceso de desencantamiento. La secularización se presenta para él como la continuadora de la lucha del monoteísmo contra el poder del paganismo; vehiculizando así la posibilidad de aplicar prácticamente el principio básico de la responsabilidad por el prójimo (Maidan).

La técnica, por otro lado, resulta menos peligrosa que los genios del Lugar. Si bien Lévinas en un claro deudor de la filosofía de Heidegger, es quizás también uno de sus más fervientes críticos. Para Lévinas la adhesión política de Heidegger al Nazismo, lejos de ser un hecho aislado, se encuentra

<sup>3</sup> Referencia a la tradición platónica. Por supuesto, habría que oponerle a ésta toda la línea del pensamiento sofista reivindicada tardíamente en la historia de la filosofía occidental.

<sup>4</sup> Cfr. Lévinas Emmanuel. Totalidad e infinito, Ediciones Sígueme, Salamanca, 2006. También Lévinas, Emmanuel. Dificil libertad. Ed Lildmod, Buenos Aires, 2008. y Lévinas, Emmanuel. Humanismo del otro hombre. Siglo XXI editores, 2006.

<sup>5</sup> Métafora que refiere a lo que Rosenzweig denomina nuevo pensamiento o pensamiento gramático.

íntimamente ligado a los fundamentos de su filosofía. En "Heidegger, Gagarin y nosotros" escribe: "La implantación en un paisaje, el arraigo al Lugar sin el cual el universo se volvería insignificante y apenas existiría, es la separación misma entre autóctonos y extranjeros. Desde esta perspectiva la técnica es menos peligrosa que los genios del Lugar. La técnica suprime el privilegio de ese arraigamiento y del exilio que a él se refiere. Libera de esa alternativa."(Levinas, 1963:317)

Desde otra vertiente filosófica no tan disímil, Bajtín plantea que el mundo que nos rodea, está poblado de voces de otras personas, voces que son palabras en el sentido de "enunciados": "Vivo en un mundo poblado de palabras ajenas". Las voces de las que habla Bajtín son constructoras del sentido de nuestras enunciaciones, por incitarnos a la respuesta (Bubnova). La palabra referida (al otro) constituye también un esfuerzo por llamar la atención hacia los efectos de confusión, de equivocidad, de indecibilidad que produce el lenguaje.

Resulta interesante ver la familiaridad teórica que puede encontrarse en autores de tradiciones tan diversas. Quizás pueda hallarse ahí la influencia de Hermann Cohen. Y ciertamente, la impronta ética de I. Kant. Para Bajtín un hombre que piensa "participativamente" no separa su acto de su producto.

Para forjar un nuevo **sentido** a partir de las voces ajenas nos involucramos en un proceso de comprensión de lo que se dijo antes de nosotros, y tratamos de oír, anticipándola, la posible respuesta de nuestros interlocutores. Es en el lenguaje, como uno se hace sujeto forjando su propio yo. El "yo" sólo existe en la medida en que está relacionado a un "tú". **Alteridad** que se constituye como falta, punto de sutura de aquello que no está, de aquello que escapa. Por ello la palabra enunciada se lanza esperando una respuesta, ofreciéndose siempre como un enunciado abierto al tiempo. Porque el **sujeto** mismo es una unidad abierta al tiempo, en el que cada sentido tendrá siempre su fiesta de resurrección.

La conciencia creativa monologizada a menudo reúne y personaliza las palabras ajenas, "la voz de la naturaleza", "la voz del pueblo", "la voz de Dios", etc. Aparece entonces la palabra autoritaria que cosifica y anula la infinitud del sentido.

A la palabra monológica Bajtín le opone la palabra dialógica, aquella que, originada por el contacto con la ajena perturba el binarismo sígnico y desmiente el respectivo carácter concluyente del proceso. **La palabra inconclusa**, abierta, supone también una relación particular con el poder. Iris Zabala explica que la palabra no concluida es una de las formulaciones bajtinianas más elaboradas; y que en ese punto toma relieve la perspectiva hegeliana del discurso concluido que reelabora Lacan. El discurso concluido no equivale solo al silencio, a la no necesidad de hablar, sino que este discurso es encarnación del saber absoluto, el instrumento del poder, "el cetro y la propiedad de quienes lo saben". (Zabala, 1997:184).

En "Estética de la creación verbal" Bajtín señala que el monólogo sobrevive sin el otro y por eso en cierta medida cosifica toda la realidad. El monólogo pretende ser la última palabra.(Bajtin, 1979:330)

La alteridad propuesta por Bajtín, no es, sin embargo, ajena a la conflictividad. Por el contrario la dialogía supone ante todo lucha y antagonismo. Lo social es siempre un terreno en disputa donde "todo significado no es sólo inestable, sino ambivalente" (Zabala, 1997).

Todo proceso de identificación que nos otorgue una identidad sociosimbólica fija está destinado al fracaso. Porque en el terreno de lo social (dialógico), todo significado no es sólo inestable, sino ambivalente: el concepto de carnavalización nos hace tropezar con esta incidencia. El carnaval (y la carnavalización<sup>6</sup>) son el medio de encarnar la imposibilidad última de todo proyecto totalitario (Zabala, 1997)

El **carnaval** es una forma sincrética de espectáculo ritual. El carnaval ha elaborado todo un lenguaje de formas simbólicas organizadas bajo categorías de inversión, parodia, desjerarquización, contacto libre y unión dialéctica de los opuestos. El carnaval es un espectáculo sin escenario, sin separación entre actores y espectadores, **un espacio de horizontalización. "Sólo los pares ríen entre sí"**. Jean-Baptiste Clamence, el abogado (luego juez penitente) de "La caída" de Camus afirmaba con ironía: "cuando seamos todos culpables, tendremos la democracia"(1956:87).<sup>7</sup>

Surge así la inquietud de una pregunta ¿Cuál es la implicancia jurídica de este legado? ¿Es posible sustraer al Derecho de la lógica de la "desparadojización" y comenzar a aceptar la contradicción, la ambigüedad, la apertura, la horizontalización del sentido como aspectos propios de la juridicidad?

El fluido mundo contemporáneo nos impone más que nunca la necesidad de explorar nuevas maneras de pensar y leer el Derecho; formas que se alejen de la univocidad lógica del sentido y nos permitan pensar el derecho como un enorme encuentro de fuerzas discursivas que jamás se sintetizan, fuerzas que jamás se logran resolver.

Quizás rastrear la productividad jurídica de este legado pueda contribuir a afrontar este desafío. Una tradición que, no aboga ya por una búsqueda insaciable de la *Αλήθεια* sino que, por el contrario, apuesta por el desplazamiento de sentidos, por su polisémica multiplicidad.

Andrés Claro escribía en un maravilloso trabajo sobre la Inquisición y la Cábala, que en el pensamiento hebreo de la escritura hay una tendencia que cuestiona los supuestos de la ontología griega, desde el instante mismo en que se levanta en defensa de la contingencia y particularidad del significante frente a la necesidad y universalidad del significado. (Claro, 1996)

La forma como griegos y hebreos asimilaban el alfabeto, el hecho de que los primeros lo hicieran cada vez más analítico, mientras los segundos conservasen en su escritura una reserva de ambigüedad, indeterminación y ocultamiento, ilustra aquella insalvable distancia.

Mientras que todos los alfabetos de Medio Oriente eran consonánticos (las letras no tienen un sonido permanente sino que funcionan como un soplo consonántico<sup>8</sup>), la escritura griega incorporó las vocales eliminando así toda ambigüedad.

Claro señala, muy lucidamente, que lo que ha cegado a los lingüistas, (quienes sugieren que la ausencia de vocales se debe a una simple economía lingüística), es suponer que la escritura fue inventada

<sup>6</sup> "Llamaremos carnavalización – dice Bajtin- a esta transposición del carnaval al lenguaje de la literatura".

<sup>7</sup> La Carnavalización es transponer el lenguaje del carnaval a la literatura, y por qué no al Derecho, al campo de la ley. Carnavalizar es ante todo horizontalizar, desjerarquizar el sentido, descorrerlo del inexorable callejón sin salida del platonismo metafísico del ideal.

unilateralmente para comunicar cuando en realidad lo que muchas veces se intentaba era ocultar aquello que se le confiaba, por lo que su distanciamiento de la voz resultaba crucial. Durante siglos la escritura constituyó un lugar de resguardo del saber. La escritura hebrea al omitir las vocales constituía una forma de resguardar el poder como polisemia del significante, asegurando a su vez el monopolio mismo de ese saber.

El Talmud representa la interpretación de la Torá y surgió de la necesidad que tuvieron los judíos, una vez destruido el templo de Jerusalén, de recopilar sus prescripciones. El Talmud constituyó entonces el resultado final de una práctica hermenéutica, cuya redacción data de fines del siglo II de nuestra era, recopilación atribuida al Rabí Iehuda Ha-Nasí. Aunque, como decíamos, desde un punto estrictamente histórico, el Talmud nunca se ha completado, nunca se ha declarado oficialmente terminado. El final propuesto por el Talmud es siempre un final abierto y no falta de paradoja. El sentido no surgirá pues sólo del maestro sino también del discípulo, o si se quiere inclusive del lector.

El Talmud supone así el tiempo de lo abierto, de lo incompleto, de lo que nunca se ha de terminar. Por ello a cada estudioso le incumbe seguir añadiendo siempre algo más.

Ha-Nasí apodó a esta obra Mishná<sup>9</sup> que significa repetición, aprendizaje o enseñanza por repetición. Aunque escrita, la Mishná continuará llamándose la "Ley Oral", símbolo de la palabra viva. En realidad podemos hablar de dos talmudim, el Talmud de Jerusalén, y el Talmud de Babilonia. Aunque rivales, ambos concordarán en una característica fundamental: el diálogo como forma, como método.

El Talmud no será, sin embargo, sólo la Mishná (repetición) sino también la Guemará (complemento), que es su comentario e interpretación. Dentro del texto pueden distinguirse dos poderosas corrientes: la Halajá, término hebreo equivalente a Ley y la Agadá, el elemento narrativo no legal creado por la libre imaginación tanto de maestros individuales como de la fantasía popular. (Morris, 1964)

A diferencia del Midrash, que se apega a los versículos cuyo significado elabora, la Mishná se torna, por así decirlo, físicamente independiente del texto. La Mishná no es un comentario corriente, es por el contrario, una estructura distintiva de la ley y del saber, que se alza sobre los fundamentos de la Torá, pero operando siempre en la órbita de sus reglas de interpretación, de su propia autonomía.

En la tradición hebrea, el lenguaje, la palabra no serán pues la representación mimética propia de los griegos sino que constituirán la intimidad misma de las cosas. Esta intimidad estará dada por la equivalencia de la palabra "Davar" palabra y cosa a la vez. La realidad se nos ofrecerá así como

<sup>8</sup> En el alfabeto hebreo aún hoy las vocales no se escriben sólo se pronuncian al leerse el texto.

<sup>9</sup> Rabi Hanasí murió en torno al año 219 dc., siendo muy posible su última redacción de la Mishná poco anterior a su muerte. Es también muy posible que contenga adiciones posteriores y es indudable que recoge materiales muy anteriores. Tenemos noticias de dos posibles compilaciones anteriores a la de R. Yehudá: la Mishná de R. Aquiva y la de R. Meír; pero no existen documentos concretos de ellas, por lo que cabe pensar -y es opinión admitida- que o bien no fueron puestas por escrito y mantuvieron su carácter oral, o bien, una vez que fueron asumidas globalmente en la Mishná de R. Yehudá, dónde se hace referencia a ellas, desaparecieron.

acoplamiento, cópula de lenguaje, escritura y ley. Una ley habitada ya por la palabra, su alteridad y su deseo.

**Quizás el desafío del derecho sea poder acusar recibo de esta herencia, redescubriendo siempre allí el tono de un inexorable anudamiento, el nexo indisoluble entre memoria y razón.**

Desafío que supone ante todo asumir el carácter exílico de la ley. Una ley que ya no es cierre, certeza y permanencia sino apertura, errancia y circulación.

En el "Diálogo inconcluso" Blanchot nos explica que la errancia no sólo incita a una residencia sin lugar sino que revela, también frente a la exigencia del todo, otra exigencia, la del otro, la de lo abierto. Ser pagano es fijarse, plantarse en tierra, cerrar el sentido, establecerse certificando la certidumbre del suelo. Por ello el tono bello y esperanzador de su pregunta: "¿no se afirmaría este movimiento nómada no como la eterna privación de una morada, sino como una manera auténtica de residir, como una residencia que no nos liga a la determinación de un lugar, ni al asentamiento junto a una realidad desde ya fundada, segura, permanente?" (Blanchot, 1974)

**El derecho merece aquella posibilidad, la posibilidad de su resignificación. Las filosofías de la alteridad puedan, tal vez, constituir una brújula en esta compleja y enigmática travesía.**

Aunque probablemente Jean-Baptiste Clamence (el abogado, luego juez penitente de "La caída" de Camus) diría, "Hace algunos años era yo abogado en Paris, y por cierto que un abogado bastante conocido (...) Tenía yo una especialidad: las causas nobles. Las viudas y los huérfanos, como suele decirse; aunque ignoro por qué, pues al fin de cuentas hay viudas aprovechadas y huérfanos feroces." (Camus, 1956:21)

La ironía sea quizás la posibilidad misma de aquella imposibilidad: las paradojas que la literatura de Camus nos ofrece en el misterioso escenario de nuestro polifónico carnaval.

## BIBLIOGRAFÍA

- Adler, M. (1964) El mundo del Talmud. Paidós, Buenos Aires, 1964.
- Bajtín, M. (1979) "Para una reelaboración del libro sobre Dostoievski" en Estética de la creación verbal. Siglo XXI, Buenos Aires, 2002.
- Bajtín, M. (1924) Hacia una filosofía del acto ético. De los borradores y otros escritos. Anthropos, Universidad de Puerto Rico, San Juan, 1997.
- Blanchot, M. (1974) El diálogo inconcluso. Monte Ávila Editores, Caracas, 1996.
- Bubnova T. "Voz, sentido y diálogo en Bajtín" en Acta Poética, Instituto de Investigaciones Filológicas, UNAM.
- Camus, A. (1956) La caída. Losada, Buenos Aires, 2009.

- Claro, A. (1996) *La Inquisición y la Cabalá. Un capítulo de la diferencia entre Metafísica y exilio*, LOM ediciones Universidad ARCIS, Santiago de Chile, 1996.
- Lévinas, E. (1963) *Difícil Libertad*. Ed. Lilmód, Buenos Aires, 2008.
- Lévinas, E. (1971) *Totalidad e Infinito*. Ed. Sigüeme, Salamanca, 2006.
- Lévinas, E. (1972) *Humanismo de otro hombre*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2006.
- Luhmann, N. (1988) "A terceira questao – O uso creativo dos paradoxos no Direito e na historia do Direito". Traducción Cicero Krupp da Luz y Jeferson Luiz Dutra. *Estudos Jurídicos*. Volumen 39, Enero –Junio 2006. Unisinos
- Maidan, M. "Idolatría, Desacralización y filosofía". [www.fundacionauge.org.ar](http://www.fundacionauge.org.ar). Ponzio, A. *La revolución bajtiniana: el pensamiento de Bajtín y la ideología contemporánea*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1998.
- Rosenzweig, F. (1921) *El nuevo pensamiento*, Adriana Hidalgo editores, Buenos Aires, 2005,
- Rosenzweig, F. (1921) *La estrella de la redención*. Ed. Sigüeme, Salamanca, 2006.
- Ruiz, P. (2005) "Del Tú al nosotros en judíos y cristianos" en *El nuevo pensamiento*, Adriana Hidalgo editores, Buenos Aires, 2005.
- Zabala, I. (1997) "Bajtín y el acto ético: una lectura al reverso" en *Hacia una filosofía del acto ético. De los borradores y otros escritos*. Anthropos, Universidad de Puerto Rico, San Juan, 1997.

# LA CUESTIÓN GENERACIONAL Y LA HERENCIA RAWLSIANA

Por Axel Gosseries

## RESUMEN

En este artículo, el autor analiza el legado de Rawls en lo que respecta a la comprensión de las cuestiones de justicia intergeneracional. Se abordan tres cuestiones. En primer lugar, ¿cuáles son las dificultades enfrentadas por Rawls en sus intentos de definir una posición original capaz de arrojar luz sobre las cuestiones intergeneracionales? En segundo lugar, ¿cómo debe evaluarse y entenderse el principio de Rawls de "ahorro justo"? Aquí, varias interpretaciones se enfrentan, incluyendo una maximin y una suficientista. En tercer lugar, ¿Es en algo significativo que Rawls añada a la evaluación filosófica "la tasa social de descuento"? El autor concluye haciendo hincapié tanto en la importancia de la obra de Rawls como en algunos elementos claves ausentes entorno a la justicia intergeneracional.

## PALABRAS CLAVES

Rawls, justicia Intergeneracional, reciprocidad, posición original, maximin.

# INTERGENERATIONAL JUSTICE AND RAWLS'S LEGACY

By **Axel Gosseries**

## ABSTRACT

In this paper, the author looks at Rawls's legacy with regard to our understanding of issues of intergenerational justice. Three issues are addressed. First, what are the difficulties faced by Rawls in his attempts at defining an original position able to enlighten us on intergenerational matters? Second, how is Rawls's principle of just savings to be understood and assessed? Here, various interpretations are confronted, including a maximin and a sufficientarian one. Third, does Rawls add anything significant to the philosophical assessment of the social discount rate? The author concludes by emphasizing both the significance and some key missing elements in Rawls's work on intergenerational justice.

## KEY WORDS

Rawls, Intergenerational justice, reciprocity, original position, maximin.

# LA CUESTIÓN GENERACIONAL Y LA HERENCIA RAWLSIANA

Axel Gosseries<sup>1</sup>

## Introducción<sup>2</sup>

Ya sea que discutamos sobre la (in)aceptabilidad de una deuda pública, sobre la necesidad de prever recursos para el futuro desmantelamiento de las centrales nucleares, sobre la manera de distribuir entre activos y pasivos el riesgo financiero asociado a las pensiones de vejez, sobre la preservación perpetua de los cementerios judíos o sobre los valores que creemos necesario transmitir a los niños, en todos esos casos estaremos debatiendo sobre aspectos clave de la justicia entre generaciones. ¿Cuál fue el aporte del filósofo John Rawls a nuestra conceptualización de la justicia intergeneracional? Esa es la cuestión que nos proponemos abordar en este texto.

Hacia fines del siglo XIX, Jefferson (1789) y Paine (1791), en debate con Burke, ya argumentaban en términos de generaciones.<sup>3</sup> Sólo que su enfoque era muy diferente del rawlsiano. Ellos estaban interesados en saber si la rigidez de una Constitución, o el hecho de sentirnos obligados por una deuda contraída por nuestros ancestros, eran compatibles con la idea de *soberanía* generacional.<sup>4</sup> Desde fines del siglo XIX, en cambio, autores como Sidgwick y Mill empezaron a examinar el tema desde el ángulo de la justicia.<sup>5</sup> Esa transición no había terminado cuando, en 1971, fue publicado *A Theory of Justice*. Ese libro fue uno de los motores de la renovación de la filosofía política en general, pero, al consagrar algunas páginas a la justicia intergeneracional, Rawls relanzó asimismo el debate sobre esta cuestión específica.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Investigador Permanente del Consejo Nacional de Investigación Científica (Bélgica) con base en el Centro Chaire Hoover de Economía y Ética Social, Universidad de Lovaina. El autor agradece a G. Asheim, V. Aubert, A. Barry, B. Barry, N. Daniels, S. Dumitru, R. Dworkin, S. Freeman, D. Hubin, Th. Nagel, D. Parfit, Th. Pogge, G. Ponthière, D. Richards, J. Roemer & A. Williams. El artículo ha sido traducido por Pablo da Silveira.

<sup>2</sup> Por razones de simplicidad, las referencias a John Rawls se hacen tomando en cuenta los títulos originales en inglés: *A Theory of Justice* (1971:607) (= TJ); *Political Liberalism* - with a new introduction and the «reply to Habermas», (1996:464). (= PL); *The Law of Peoples*, with «The idea of public reason revisited», (1999a:199). (= LP); *Justice as Fairness. A Restatement*, (2001:214). (= JF); *A Theory of Justice – Revised edition*, (1999b: 538) (= TJ’).

<sup>3</sup> Jefferson (1984:281).

<sup>4</sup> Para un excelente tratamiento del tema: Holmes (1995). Para un análisis más reciente: Gosseries (2008:32-37).

<sup>5</sup> Collard (1999:139-154).

<sup>6</sup> Debe notarse sin embargo que, al mismo tiempo que orientó nuestra atención sobre algunas cuestiones intergeneracionales, Rawls instaló en el corazón de su contractualismo una condición de irrevocabilidad applicable al acuerdo original (TJ: 1971§ 23, 29 et 86) que tal vez sería más adecuadamente discutida en términos de soberanía intergeneracional. Gracias a S. Dumitru por llamarme la atención sobre este punto.

Con el fin de percibir la relevancia de Rawls a este respecto, es útil establecer una comparación con otros dos teóricos de la justicia: Dworkin y Barry, respectivamente 10 y 15 años más jóvenes que Rawls.

Dworkin sólo dedica tres pasajes a la justicia intergeneracional. El primero data de 1983 y refiere a dos preocupaciones intergeneracionales relativas a los programas de redistribución. Una de esas preocupaciones alude al sacrificio de los menos favorecidos de la generación presente con el fin de prevenir mayores injusticias futuras o, simplemente, de hacer posible un futuro mejor.<sup>7</sup>

El segundo pasaje data de 1984 y se inscribe en el marco de una justificación del financiamiento público a la actividad artística en una sociedad liberal. Allí Dworkin defiende la noción de que “hemos heredado una estructura cultural y tenemos, *a simple título de justicia*, cierto deber de transmitir esa estructura al menos en un estado al menos igualmente rico que aquel en el que la hemos encontrado”.<sup>8</sup>

Por último, Dworkin vuelve brevemente sobre la temática en 1995 para centrarse en dos ideas. Por una parte, discute la posibilidad de justificar el carácter moral de la preocupación por la continuidad de la humanidad. Por otra, insiste la interrogación sobre la identidad numérica de las personas futuras – puesta magistralmente en la agenda por Derek Parfit– y concluye que “nuestra preocupación por las generaciones futuras no es para nada *una cuestión de justicia* sino que está vinculada con nuestro sentido instintivo de que el florecimiento humano, al igual que la supervivencia humana, tienen una importancia sagrada”.<sup>9</sup>

Brian Barry, por el contrario, prestó atención sostenidamente a las cuestiones intergeneracionales. El inicio del proceso probablemente deba ser colocado en el año académico 1962-1963, cuando tuvo acceso a una versión relativamente completa de la primera parte de *A Theory of Justice*. Allí todavía no se hablaba de cuestiones intergeneracionales, y el propio Barry tampoco lo hizo en su tesis doctoral, que se convertiría luego en su libro *Political Argument*.<sup>10</sup> Pero poco después Barry se embarcó en un análisis sobre la importancia de las “circunstancias de la justicia”<sup>11</sup> y criticó las tentativas rawlsianas de tratar la justicia intergeneracional a partir de la posición original.<sup>12</sup> De hecho, fue uno de los primeros en señalar las dificultades que plantea el intento de elegir el tamaño de las poblaciones futuras en las condiciones del velo de ignorancia.<sup>13</sup> Barry exploró también la idea de justicia como reciprocidad en el campo intergeneracional, en diálogo con Rawls y especialmente con su principio de equidad.<sup>14</sup> Defendió asimismo el abandono de una métrica welfarista de la justicia para las cuestiones generacionales, así como la necesidad de sustituirla por la noción de “potencial productivo”.<sup>15</sup> En el mismo artículo propuso

<sup>7</sup> Dworkin (1985: 210-213) (un texto a ser leído en confrontación con TJ Rawls 1971: 298)

<sup>8</sup> Dworkin, *Ibid.* (1985:233) itálicas añadidas.

<sup>9</sup> Dworkin (1995:77) itálicas añadidas. Obsérvese que el pasaje en itálicas va contra el que se incluye en la cita anterior.

<sup>10</sup> Barry (1965:364).

<sup>11</sup> Barry (1978: 204-248).

<sup>12</sup> La última versión de su posición aparece en Barry (1989:189).

<sup>13</sup> Brian Barry (1991: 242-258)

<sup>14</sup> Barry (1991: 211-241).

<sup>15</sup> Barry (1991: 259-273).

reflexiones originales sobre la medida en que nuestras obligaciones respecto de las próximas generaciones deben ajustarse a la voluntad de quienes nos precedieron.<sup>16</sup> En sus últimos años de trabajo, se ocupó de la articulación entre la idea de durabilidad y la de justicia intergeneracional, particularmente en su dimensión demográfica.<sup>17</sup> Barry tiene entonces el mérito de haber balizado una serie de dimensiones importantes para la justicia intergeneracional. Pero es claro que la obra de Rawls constituyó su fuente de inspiración esencial, aunque más no fuera para criticarla.

Prestemos atención entonces a Rawls. Quisiera concentrarme en tres aspectos de la cuestión intergeneracional a los que prestó una atención significativa: las dificultades que plantea el contexto intergeneracional al diseño de lo que él llama "la posición original", la definición y defensa de un principio de "ahorro justo" y, por último, la argumentación sobre la (in)aceptabilidad de una tasa social de descuento no nula. En este espacio no será posible, sin embargo, dar cuenta detallada de los desarrollos económicos, no carentes de interés filosófico, a los que dieron lugar esos aportes de Rawls.<sup>18</sup>

### Dudas en la posición original<sup>19</sup>

Recordemos que la "posición original" (PO) consiste en colocar hipotéticamente a un agente representativo detrás de un "velo de ignorancia" al tiempo que se postula un "desinterés mutuo" entre los individuos. Se trata entonces de predecir los principios de justicia que serían adoptados en tales condiciones (TJ Rawls 1971: §4). En el caso de la justicia entre generaciones, la pregunta a la que el agente representativo debe responder consiste en saber cuánto estaría dispuesta a ahorrar su propia generación, "sabiendo que todas las demás generaciones deberían ahorrar a la misma tasa" (TJ Rawls 1971: 287; ver también JF Rawls 2001:160). Más que considerar las posibles respuestas a esta pregunta, importa mostrar que Rawls osciló entre dos caracterizaciones de la PO a la hora de aplicar la hipótesis a la justicia intergeneracional.

Para percibir esta oscilación, es preciso notar que Rawls hace un doble diagnóstico sobre la dificultad de aplicar la PO al dominio intergeneracional. Por una parte, en relación al pasado, Rawls afirma que "las generaciones anteriores pueden haber ahorrado como no haberlo hecho. No hay nada que puedan hacer hoy las partes para cambiar este dato. Por lo tanto, el velo de ignorancia no consigue en este caso garantizar el resultado deseado" (TJ Rawls 1971:140). Por otra parte, en relación al futuro, Rawls sostiene que "podemos hacer algo a favor de la posteridad, pero ella no puede hacer nada por nosotros. Esta situación es inalterable, de modo que la cuestión de la justicia no se plantea" (TJ Rawls 1971:291). No es posible entonces establecer una *obligación ascendente*, o retroactiva, para garantizar beneficios descendentes (se entienden por obligación ascendente aquella que una generación impone a otra que la

<sup>16</sup> *Ibid.* (1991:266-267).

<sup>17</sup> Barry (1999:93-117).

<sup>18</sup> Para un ejemplo reciente: Roemer & Zusumura (2007:256).

<sup>19</sup> Para un tratamiento de esta cuestión: Attas (2009:190-219).

precede). Y tampoco es posible asegurar *beneficios ascendentes*, independientemente de cuál sea nuestra voluntad de garantizarlos.

Esta doble dificultad es esencial para una teoría que pretende tomar seriamente la idea de ventaja mutua. Para que cada uno pueda sacar provecho de los frutos de la cooperación, es necesario que esos frutos puedan beneficiar al conjunto de las generaciones (incluidas las precedentes) y que tal cosa pueda ser asegurada mediante una amenaza creíble de una generación a la otra. Pero ese no es el caso según Rawls. Obsérvese que su diagnóstico no incluye la cuestión de saber si es posible beneficiar (o bien obligar) a las generaciones futuras.

Este doble diagnóstico condujo inicialmente a Rawls a una predicción: "Dado que las personas en la PO saben que son contemporáneas (...) pueden favorecer su propia generación negándose a hacer ningún sacrificio en beneficio de sus sucesores; ellas reconocen simplemente el principio según el cual no hay un deber de ahorro ante la posteridad" (TJ Rawls 1971:141). El hecho de postular que nadie sabe a *cuál* generación pertenece no es suficiente para eludir este pronóstico.

Esta conclusión condujo a Rawls, especialmente tras una discusión con Nagel a fines de los años sesenta,<sup>20</sup> a proponer una descripción de la PO más adecuada al contexto intergeneracional. Se trata ante todo de postular que todos pertenecemos a la *misma* generación, pero ignorando a *cuál* de ellas (TJ Rawls 1971:292). Tal como observó Hubin, no quedaba demasiado claro por qué hay muchos individuos, en lugar de un único individuo representativo en la PO,<sup>21</sup> ni por qué es importante que todos pertenezcamos a una misma generación.<sup>22</sup> Pero lo esencial es que Rawls agrega un postulado motivacional, alejándose así de la idea de "mutuo desinterés". En efecto, la nueva versión incluye el postulado de que "una generación se preocupa de sus descendientes inmediatos" (TJ Rawls 1971:228)<sup>23</sup>, aunque con un agregado: "las partes son vistas como representando líneas continuas de reivindicaciones, como si fueran en cierta manera los delegados de un agente moral (o una institución) perpetuo. Ellas no deben tener en cuenta la completa extensión de esa existencia a perpetuidad, pero su buena voluntad alcanza al menos a dos generaciones" (TJ Rawls 1971:128).

Rawls introduce entonces un altruismo descendiente y *limitado* que *no* va acompañado de un altruismo ascendente. El abandono del postulado del desinterés mutuo es significativo, ya que al introducirlo Rawls no sólo se aparta del postulado de la racionalidad en el sentido del *rational choice*, sino también de la idea de imparcialidad. Ya no nos preocupamos sólo de nosotros mismos, pero sin llegar a preocuparnos de *todos* los otros en pie de igualdad. El altruismo que se introduce sólo es descendiente y limitado a dos generaciones. El altruismo intergeneracional, en la medida en que no beneficia en el mismo grado al conjunto de las generaciones futuras, obliga a Rawls a abandonar en el contexto intergeneracional las dos ideas centrales cuya conjunción constituye la fuerza de la PO. En lugar de ver en esto un signo de

<sup>20</sup> Thomas Nagel, *in litt.* (26 sept. 2008)

<sup>21</sup> Hubin (1976:72). Ver también Barry (1978: 234) y Barry (1989:196).

<sup>22</sup> Hubin (1976:74). Ver también Richards (1971:81) (donde se propone incluir hipotéticamente en la PO a « todas las personas que vivieron, viven hoy o vivirán en el futuro »).

<sup>23</sup> Ver también, Rawls (TJ 1971:128-129, 140, 292). Comparar: Hayek(1981:159/214).

ingenuidad por parte de Rawls, probablemente debamos ver un síntoma de las dificultades propias de lo intergeneracional a la hora de justificar obligaciones que no nos empujen a la parcialidad.

Diversos autores reaccionaron ante esta modificación posterior a la publicación de *A Theory of Justice*. En un artículo de 1976, Hubin empieza por preguntarse si es correcto el pronóstico que hace Rawls tras modificar el postulado motivacional. El principio del ahorro justo que supuestamente deriva de un altruismo descendente limitado a dos generaciones, ¿no se reduciría más bien, por ejemplo, a la exigencia de ahorrar lo necesario para las dos generaciones siguientes?<sup>24</sup> Luego Hubin propone otra manera de integrar el altruismo descendente a la PO. Su sugerencia consiste en considerar que el agente representativo sabe que las personas que tienen hijos se preocupan de la suerte que ellos correrán, pero no sabe si él mismo tiene descendientes.<sup>25</sup> Este supuesto permite introducir la dimensión del altruismo descendente en el menú informacional del velo de ignorancia, en lugar de modificar el propio postulado motivacional. Pero hay un precio a pagar. Hubin pasa a analizar nuestra eventual insensibilidad hacia los intereses de las siguientes generaciones como propia de una injusticia entre contemporáneos y no entre generaciones.<sup>26</sup> Más específicamente, la trata como una injusticia cometida por quienes no son padres hacia aquellos que tienen hijos y se preocupan por su futuro.<sup>27</sup> Esta estrategia nos enfrenta a nuevas dificultades. ¿Cómo evitar, por ejemplo, que las preocupaciones de los padres en relación a sus hijos, al no poder ser analizadas en términos de justicia, pasen a ser vistas como simples gustos dispendiosos de cuyos costos no corresponde responsabilizar a quienes no tienen hijos?

English, en 1977, también criticó la postura de Rawls en relación a la PO intergeneracional y propuso un retorno al postulado del estricto respecto presente en la teoría ideal.<sup>28</sup> Por otra parte, algunos economistas exploraron en 1973 cuál sería el resultado de combinar el maximin intergeneracional con el altruismo descendente, y concluyeron que los resultados serían inconsistentes a lo largo del tiempo.<sup>29</sup> ¿Cuál fue la reacción de Rawls? La idea de una PO que se asemejara a una asamblea general del conjunto de generaciones no era una alternativa que estuviera dispuesto a considerar (TJ Rawls 1971:291, JF Rawls 2001:86,160). Como señala Barry, semejante opción lo alejaría demasiado de la idea de ventaja mutua.<sup>30</sup> Lo que finalmente hizo, siguiendo una sugerencia de English pero influido también por algunas discusiones con Nagel y Parfit (PL Rawls 1996: 274, n. 12; JF Rawls 2001:160, n.39), fue dar por hecho que, en el momento de elegir los principios de justicia, la elección recaería sobre aquellos principios que “aceptarían los miembros de cualquier generación (y por lo tanto de todas las generaciones) como aquellos que querrían que las generaciones precedentes hubieran seguido, independientemente de cuánto nos remontemos en el *pasado*” (JF Rawls: 2001:160, *italicas añadidas*; ver también PL Rawls 1996: 274).

<sup>24</sup> Hubin (1976:77-78).

<sup>25</sup> Hubin (1976:76, 81-82). Para una crítica: Barry (1978: 226-227).

<sup>26</sup> Hubin (1976:83). Para una crítica de este punto: De-Shalit (1999:106-107).

<sup>27</sup> Sobre este tema ver: Alstott (2004: 254).

<sup>28</sup> English (1977: 91-104, 98 en particular).

<sup>29</sup> Por ejemplo: Arrow (1973:323-335) y Calvo (1978: 97-102).

<sup>30</sup> Barry (1989:195-196).

¿Estamos simplemente ante una reformulación del postulado general de la PO que establece que los principios elegidos por los participantes “*serán* estrictamente respetados” (TJ Rawls 1971:145, itálicas añadidas)? ¿Se trata de un retorno a la senda de la teoría ideal? No es completamente seguro que las dos citas sean equivalentes. Y el hecho de que Rawls se haya creído inicialmente obligado a alejarse del postulado estándar del “estricto respeto” da motivo a la reflexión.<sup>31</sup> Como sea, la idea del estricto respeto hacia todos tiene el mérito de permitir un eventual tratamiento de las transferencias ascendentes y de evitar la parcialidad ligada al carácter limitado del altruismo descendente. Pero, evidentemente, el postulado del “estricto respeto” sólo es hipotético. La tentativa de fundar la justicia en una racionalidad entendida en el sentido de “mutuo desinterés” sigue quedando, por lo tanto, fuera de nuestro alcance.

Podría ser de utilidad aquí un examen más profundo de los posibles modelos de PO intergeneracional, al igual que de los principios que podrían derivarse de cada una de las posibles hipótesis. Pero es probable que lo esencial no esté allí. Lo que aquí está en juego es la dificultad que enfrenta la teoría de la elección racional para justificar principios de justicia intergeneracional. Es atendiendo a este frente específico, y no a través de una discusión exegética sobre las posibles variantes de la PO, que deberíamos verificar (particularmente sirviéndonos de los útiles de la teoría de juegos) la imposibilidad de derivar la justicia a partir de una racionalidad entendida en sentido estrecho. ¿Es posible identificar y *garantizar* beneficios realmente *mutuos* en un contexto intergeneracional? ¿Está Rawls en lo cierto cuando concluye que “suponiendo que las partes son mutuamente desinteresadas, nada las obliga a alguna forma de ahorro” (JF Rawls 2001:160, n. 39 ; cfr. TJ Rawls 1971:288)?

Gauthier y otros han enfrentado esta cuestión en el dominio filosófico, y han colocado como dimensión central el papel exacto que juega la superposición entre generaciones.<sup>32</sup> Pero todavía estamos lejos de contar con conclusiones definitivas en la materia. Por eso es importante considerar las conclusiones que podrían extraerse en el caso de que llegara a confirmarse la imposibilidad de derivar principios de justicia satisfactorios a partir de un enfoque en términos de elección racional. O bien podría concluirse, como sugiere Barry, que hay que ver la posibilidad de garantizar una ventaja mutua como una condición eventualmente suficiente pero ciertamente no necesaria para poder proponer principios de justicia<sup>33</sup>, o bien podría concluirse que no existen las obligaciones intergeneracionales (o al menos pasar a verlas como no derivables de los dos principios que conforman el corazón de la teoría de la justicia rawlsiana).

Más tarde volveré sobre la posibilidad de interpretar el principio de ahorro justo sin hacer referencia a los principios de igual libertad y de diferencia (maximin), pero sin por eso salirse fuera de la teoría rawlsiana. También es posible defender algunas opciones intermedias, como la que postularía, por ejemplo, que nuestras obligaciones no serían políticas sino morales. Pero aquí voy a inclinarme, al igual que Barry, por la primera opción, que me parece más en consonancia con mis intuiciones relativas al

<sup>31</sup> Si bien Rawls se pliega a esta nueva interpretación en JF Rawls 2001:160, nota 39, sigue mostrando dudas en TJ: Rawls 1999b:111).

<sup>32</sup> Gauthier (1999: 25-35).

dominio de la justicia, al tiempo que permite preservar una robusta teoría rawlsiana. En la sección siguiente mostraré como una posición semejante puede ser defendida. Pero de momento importa retener que es Rawls quien atrajo nuestra atención sobre una dificultad, formulándola en un lenguaje que le es propio: el de la PO. Sus dudas son sintomáticas de un desafío central. No se puede decir, sin embargo, que haya estado particularmente preciso en su diagnóstico, ni original en la movilización de instrumentos que permitieran buscar posibles soluciones.

### **¿Abandonar el maximin?**

Las dificultades que Rawls encontró a la hora de delinear la posición original son significativas. ¿En qué queda el principio substancial de justicia intergeneracional que él mismo propone? Los filósofos tienen tendencia a desatender esta dimensión, pero las lógicas subyacentes a los diferentes principios de justicia que podrían derivarse son distintas entre sí y siguen siendo mal comprendidas.

La posición de Rawls en términos de ahorro justo puede describirse como un modelo de “dos tiempos”, el primero de los cuales consiste en una fase de acumulación y el segundo en una fase de pleno régimen. Durante la primera fase, cada generación debe transferir a la generación siguiente *más* de lo que ha heredado de la precedente (TJ' Rawls 1999b: 255). En cuanto a la segunda fase, “una vez que las instituciones justas están firmes y que todas las libertades básicas están funcionando efectivamente, la acumulación neta exigida cae a cero” (TJ' Rawls 1999b:255). La idea consiste entonces en una fase de acumulación, seguida de una fase “de crucero” donde el ahorro generacional está autorizado y el desahorro generacional está prohibido. Los analistas coinciden generalmente en decir que este es el punto de vista de Rawls. Sin embargo, esta posición suscita tres dificultades esenciales. Primero: ¿cómo justificar una fase de acumulación? Segundo: ¿qué principio adoptar durante la “fase de crucero”? Tercero: en la hipótesis de exigencia de una tasa de ahorro positiva, ¿cómo calcularla?

En lo que hace a la justificación de la fase de acumulación, la exigencia de ahorro generacional positivo de la parte de lo que Rawls llama “las generaciones anteriores menos favorecidas” (TJ' Rawls 1999b:254) viola claramente el maximin. Esto se debe a que no conduce a un escenario intergeneracional tal que el miembro más desfavorecido –cualquiera sea la generación a la que pertenece– sea lo menos desfavorecido posible. Esta es una de las razones por las que Rawls rechaza el utilitarismo, tanto en el campo intergeneracional como en otros. ¿Por qué mantiene entonces la idea de una fase de acumulación, alejándose de la exigencia del maximin? Su explicación es que “cuando el principio de diferencia se aplica a la cuestión del ahorro a través de las generaciones, o bien conduce a la desaparición de todo ahorro, o bien a un ahorro insuficiente para poder mejorar las circunstancias sociales de manera tal que todas las libertades iguales puedan ser efectivamente ejercidas” (TJ' Rawls 1999b: 253-254). ¿Por qué es importante este punto? Porque, tal como Rawls lo señala, “el objetivo de la fase de acumulación es alcanzar un estado de la sociedad donde la disponibilidad material sea suficiente para establecer instituciones justas efectivas

---

<sup>33</sup> Barry (1978), *op. cit.*

que permitan poner en funcionamiento a todas las libertades fundamentales" (TJ Rawls 1999b: 256).

La cita anterior sugiere una primera manera de justificar la violación del maximin durante la fase de acumulación. Esta justificación remite a la *prioridad* del principio de igual libertad ("libertades fundamentales", según la fórmula usada en el pasaje) respecto del propio maximin. La acumulación de medios materiales aparece como una condición para garantizar el ejercicio de las libertades fundamentales. Según esta interpretación, la idea no sería tanto que el maximin sea *inaplicable* a la justicia intergeneracional –como el propio Rawls lo afirma en TJ Rawls 1971:291, así como en TJ Rawls 1999b:254– sino que, durante la fase de acumulación, el principio de igual libertad tomaría la delantera.<sup>34</sup>

Aun sin esta interpretación nos resulta convincente, importa señalar que hay una justificación alternativa que no apela a la prioridad del principio de igual libertad sino a la prioridad de un principio previo: el de *suficiencia*. Wolf, por ejemplo, defiende esta interpretación.<sup>35</sup> La idea es que la prioridad de las libertades sólo adquiere vigencia una vez que "ha sido alcanzado cierto nivel de riqueza" (TJ Rawls 1971:542). Rawls es explícito en este punto: "el primer principio, que refiere a los derechos y libertades fundamentales, puede ser fácilmente precedido por un principio léxicamente prioritario que exige que las necesidades básicas de los ciudadanos sean satisfechas, al menos en la medida necesaria para que puedan entender y ejercer fructíferamente esos derechos y libertades" (PL Rawls 1996:7). El principio de suficiencia predeciría entonces al de igual libertad, pero sobre todo al maximin. Y sería esta prioridad del principio de suficiencia lo que justificaría la violación del maximin a la que conduce la idea de una fase de acumulación.

Esta interpretación "suficientista" suscita, sin embargo, una dificultad análoga a la del maximin: excepto si suponemos la posibilidad de un ahorro intergeneracional que sea mutuamente ventajoso, ¿cómo justificar que, durante la etapa de acumulación, se le pida a las primeras generaciones que ajusten el cinturón en beneficio de unas generaciones posteriores cuyos miembros estarán en mejores condiciones de satisfacer sus propias necesidades de base? A menos que asumamos una total indiferencia hacia los costos –en términos de satisfacción de necesidades de base– que resulten necesarios para asegurar un umbral de recursos suficientes para la satisfacción de tales necesidades, vemos entonces que la prioridad de las libertades ofrece una base más robusta, aunque no totalmente exenta de problemas. Porque, si bien es cierto que el aumento del nivel de riqueza aumenta la probabilidad de que las instituciones estén en condiciones de garantizar las libertades de base, la acumulación no es incompatible con la *posibilidad* de que esas libertades fundamentales ya estén siendo respetadas *de facto*. En un mundo donde un ahorro mutuamente ventajoso no sea posible a nivel intergeneracional, la acumulación no implica *necesariamente* una violación del principio de igual libertad. Pero si la acumulación es justificada sobre una base sufficientista lo violará inevitablemente, aun si invoca ese mismo principio para legitimarse.

Rawls presenta al principio de ahorro justo como algo diferente del principio de igual libertad y del principio de diferencia/igualdad de oportunidades (TJ Rawls 1971:302, JF Rawls 2001:159). Aquí hemos

<sup>34</sup> Para desarrollos más amplios ver: Gaspart y Gosseries (2007:193-217).

examinado dos tentativas de justificar la fase de acumulación, ya sea como la traducción del principio de igual libertad o de un principio de suficiencia. Más tarde argumentaré que el principio de diferencia puede aplicarse una vez que se haya iniciado la fase “de crucero”. Aquellos que se sientan insatisfechos con tales análisis podrán optar por una tercera vía, consistente en reconstruir el principio rawlsiano de ahorro justo a partir de lo que el propio Rawls llama “los principios para los individuos”, por oposición a “los principios para la estructura de base”. Una manera de hacerlo consiste en combinar el enfoque de Barry – que insiste en el principio de equidad (TJ Rawls 1971:§18), lo que explica su interés por la idea de reciprocidad indirecta<sup>36</sup>– con el de Paden –quien insiste en la idea de deberes naturales (TJ Rawls 1971:§19)<sup>37</sup>. La forma general de dicha estrategia sería la siguiente.

Las dos fases estarían regidas por el deber natural de “sostener las instituciones justas” (TJ Rawls 1971:115), sobre el que Rawls habla de manera explícita: “el principio de ahorro representa una interpretación, elaborada en la posición original, del deber natural previamente aceptado de sostener y promover las instituciones justas” (TJ Rawls 1971:289). El principio de “nobleza obliga” (TJ Rawls 1971:116), aplicado a la fase de acumulación, podría por su parte justificar el carácter creciente de la tasa de ahorro esperada durante la fase de acumulación.<sup>38</sup> En cuanto al principio de equidad –en el sentido estrecho en el que Rawls lo utiliza– daría cuenta de la tasa justa de ahorro, principalmente en la “fase de crucero”. Un actor hipotético que se beneficiara de una tradición de ahorro intergeneracional determinaría su tasa de ahorro en cada estadio “poniendo en balance cuánto estaría dispuesto a ahorrar en beneficio de sus descendientes inmediatos por contraposición a cuánto se siente con derecho a exigir a sus inmediatos predecesores” (TJ Rawls 1971:289).

Sería posible entonces querer satisfacer estos dos principios (deber natural y principio de equidad). Sin embargo, Rawls insiste en que “los dos principios de justicia definen lo que es una distribución justa en el caso de las instituciones que pertenecen a la estructura de base”. Esto cubre claramente la “fase de crucero”, excepto que consideremos que no puede hablarse de estructura de base cuando abordamos la justicia intergeneracional. Y eso nos llevaría automáticamente a preguntarnos por qué habría que renunciar a los dos principios de justicia de la teoría que Rawls llama “especial”, dado que el principio de equidad que aquí se presenta como una alternativa nos debería precisamente conducir a ella. Una dificultad añadida es que, si se interpreta la exigencia de ahorro justo bajo el ángulo del principio de equidad, esto significa también que “no hay obligación en una generación dada a sostener un esquema intergeneracional de ahorro justo, si sus predecesores no lo hicieron”.<sup>39</sup>

Una cosa es justificar la necesidad de una fase de *acumulación*, y otra es determinar el principio aplicable a la fase “de crucero”. La posición de Rawls es clara: prohibición del des-ahorro y autorización del ahorro. ¿Pero esta respuesta es la más convincente a la luz de la teoría general del propio Rawls? La

---

<sup>35</sup> Wolf (2009:349-378).

<sup>36</sup> Barry (1989: 200-203).

<sup>37</sup> Paden (1997: 27-51).

<sup>38</sup> Comparar Barry (1989:198).

<sup>39</sup> Barry (1989: 202).

pregunta fue formulada en 1973 por Solow, quien no dudó en ser “más rawlsiano que Rawls” y aplicar el maximin a la “fase de crucero”.<sup>40</sup> La cuestión planteada por Solow es doble. ¿No debemos aplicar el maximin a esa segunda fase, contrariamente a lo que afirma Rawls? Y si tal es el caso, ¿cómo traducir esta idea en términos de principios? No es posible entrar aquí en los detalles de este análisis, pero importa resaltar dos puntos.

Primero, ofrecer una interpretación suficientista de la necesidad de la fase de acumulación podría llevar a proponer una interpretación también suficientista de la “fase de crucero”, lo que traería consecuencias sobre el principio substancial a adoptar. *The Law of Peoples* nos invita a hacerlo de manera explícita. Ciertamente, Rawls no llega a considerar la posibilidad de un des-ahorro intergeneracional, ni siquiera en la hipótesis de que fuera posible hacerlo al tiempo que se asegura que la generación siguiente tendrá suficientes recursos para sostener las instituciones justas y cubrir sus necesidades de base (LP Rawls 1996: 107). Pero Rawls defiende allí la idea de una lógica similar que abarque a la vez el deber de asistencia (justicia internacional), que tiene claramente una naturaleza suficientista y no maximizadora (LP Rawls 1996: 38,119), y el deber de ahorro justo (justicia interna) (LP Rawls 1996:107). Rawls agrega que “en cada uno de estos casos, el objetivo es realizar y preservar instituciones justas (y decentes), y no simplemente hacer crecer, y menos aun maximizar indefinidamente, el nivel medio de riqueza, o la riqueza de cualquier sociedad o de cualquier clase particular en el seno de la sociedad” (LP Rawls 1996:107; cfr. TJ Rawls 1971:257-258).<sup>41</sup> Si se comprende bien la idea según la cual la acumulación indefinida de riqueza no constituiría un fin en sí, las consecuencias a extraer son, por el contrario, menos claras, y eso por dos razones. En primer lugar, como veremos enseguida, la exigencia de un maximin intergeneracional puede ser traducida a una regla del tipo: “ni ahorro, ni des-ahorro”. En una hipótesis semejante, una “maximización indefinida” o un “crecimiento indefinido” que resultaran de la adopción de un maximin intergeneracional no es algo a temer.<sup>42</sup> Por otra parte, si la observación de Rawls apuntaba a poner en cuestión *todo* enfoque maximizador, esto no sólo pondría en cuestión al maximin en el contexto particular de la justicia intergeneracional, sino en toda la teoría de la justicia. Las razones invocadas por Rawls a favor de una lectura suficientista del principio del ahorro justo son, como se ve, particularmente frágiles.<sup>43</sup>

Segundo, si se defiende el maximin en la “fase de crucero”, ¿qué puede significar exactamente esa postura? En otra parte sostuve que el ahorro intergeneracional debería en principio ser *prohibido*, al igual que el des-ahorro intergeneracional.<sup>44</sup> Esto puede parecer contraintuitivo, pero a mi juicio es la traducción más rigurosa de lo que exige el maximin. La idea es que si una generación se beneficia de un aumento de recursos en relación a lo que ha heredado de la precedente, son los miembros menos favorecidos de esa

<sup>40</sup> Solow (1974, 28-45).

<sup>41</sup> Rawls sugiere además otras razones para abandonar el maximin en la dimensión internacional, en beneficio del deber de asistencia (LP Rawls 1996:117-118)

<sup>42</sup> Sobre la cuestión de saber si la regla “ni ahorro ni des-ahorro” sería compatible con el crecimiento, ver Gaspart y Gosseries, *op. cit.*

<sup>43</sup> Para una discusión de este punto ver Casal (2007: 324-326). Observemos de paso que las razones para defender un suficientismo intergeneracional son potencialmente múltiples. Para una defensa del suficientismo como medio para escapar al problema de la no-identidad, ver: Meyer y Roser (2009: 220-249).

misma generación, y no la generación siguiente, a quienes se les deberían adjudicar. No hay aquí ninguna miopía intergeneracional ni, por lo tanto, ninguna violación de la imparcialidad intergeneracional. Simplemente, si cada generación aplicara esta regla estricta ("ni ahorro, ni des-ahorro") desembocaríamos en un mundo intergeneracional tal que el más desfavorecido, *cualquiera sea* la generación a la que pertenezca, será lo menos desfavorecido posible en comparación con cualquier escenario alternativo posible.<sup>45</sup>

¿Qué decir respecto de la tercera cuestión, es decir, la referida a la definición de la tasa de ahorro requerida si éste es positivo, y de la eventual sensibilidad de esa tasa al comportamiento de las generaciones precedentes? Barry aporta aquí indicaciones interesantes. Es posible distinguir entre dos tipos de consideraciones. Por un lado, hace falta tener en cuenta el nivel de riqueza respectivo de las diferentes generaciones. Respecto de la tasa de acumulación, no alcanza con decir que debe ser positiva. La lectura más plausible de Rawls es que la acumulación debe hacerse según una tasa de ahorro *creciente*, a medida que evoluciona el nivel de riqueza de cada generación (TJ' Rawls 1999b:255).<sup>46</sup> Si se atiende a la tasa de ahorro con una mayor precisión, en lugar de atender a las lógicas de cada fase, la mayor claridad no se logra apelando a un modelo en dos tiempos sino a la idea de una curva en forma de campana, cuya segunda mitad habría desaparecido.

Pero hay otro elemento relativo a la tasa de ahorro que aparece en la lectura de Barry. Apelar a la noción de universalidad permite definir en ciertos casos las normas de acción que autorizan una composibilidad de nuestros actos respectivos. Esta lógica preside, por ejemplo, la idea de huella ecológica. Si asumimos que sólo disponemos de un planeta, esto vuelve inmediatamente problemático el comportamiento de una persona cuyo consumo necesitaría, en el caso de ser generalizado al total de sus congéneres, la existencia de cuatro o cinco planetas. Pero lo que la universalidad nos permite fundamentalmente hacer –a través de la idea rawlsiana de "estricto respeto", mencionada más arriba– es definir obligaciones *que no sean infinitas* para cada uno de nosotros. En un sentido, se trata de compartir nuestras obligaciones hacia el prójimo, de tal modo que nadie sea responsabilizado por la totalidad de ellas ante el colectivo. Pero, ¿qué ocurre una vez que se pasa de la teoría ideal –que postula que cada uno debe cumplir sus obligaciones– a la teoría no ideal, donde se asume que algunos no van a cumplir las suyas? En un contexto intergeneracional, es particularmente importante responder a esta pregunta por dos razones. Por una parte, el número de beneficiarios potenciales de nuestras obligaciones de justicia es, si no infinito, al menos muy grande e indefinido. Por otro lado, es claramente más difícil, si no imposible, *imponer* un estricto respeto a todos, más allá del espacio en el que coexisten las generaciones. ¿Cómo evitar caer bajo el peso de obligaciones desmesuradas en un contexto no ideal, donde cierto número de actores actuarán necesariamente más acá de aquello que la justicia exige? ¿Qué ocurre si, por ejemplo, la generación precedente dilapida la mitad de lo que ha heredado de la anterior? ¿La generación actual debe reconstituir

---

<sup>44</sup> Gaspart y Gosseries, *op. cit.*

<sup>45</sup> Gosseries (2004, chap. 4 ; Gaspart & Gosseries, *op. cit.*

<sup>46</sup> Barry (1989:198).

toda la diferencia? Importa desarrollar estrategias que permitan mantener dentro de límites razonables las obligaciones de cada generación.

Es posible que, desde este ángulo, una interpretación del principio de ahorro justo que apele directamente al principio de equidad ofrezca resultados diferentes que los que proporciona una interpretación fundada en el maximin (o, para ser más precisos, en el leximin). En la primera hipótesis, se trata de una cuestión de *fair play*. Barry, por ejemplo, considera que, desde esa perspectiva, “no hay ninguna obligación que exija respetar el sistema intergeneracional de ahorro justo a una generación dada, si sus predecesores no hicieron lo mismo”.<sup>47</sup> Por el contrario, si se aplica el maximin, la idea es preocuparse –en una lógica propiamente distributiva– de que la generación siguiente, y todas las que vengan tras ella, no se encontrarán en una situación menos favorable que la nuestra<sup>48</sup>. Desde este punto de vista, el que las generaciones precedentes no hayan respetado sus obligaciones es un hecho irremediable del pasado que debe ser tratado como se trata un hecho de la naturaleza que define los recursos de los que disponemos. En ningún caso esa falta de respeto a las obligaciones intergeneracionales podrá justificar un abandono de las nuestras. Esto ilustra una de las diferencias que separan una teoría conmutativa de la justicia, como la de la reciprocidad, de una teoría propiamente distributiva. Observemos de paso que otra dificultad central de la teoría de la reciprocidad es que, tal como Barry lo indica, “no puede decirnos nada sobre el control inicial de los recursos naturales. Una vez que los derechos de propiedad fueron reconocidos, la justicia como reciprocidad pueden decirnos algo sobre el comercio justo, pero se mantiene silenciosa sobre este primer estadio crucial”.<sup>49</sup>

Hemos constatado la dificultad de reconstruir una posición sobre la justificación y el contenido del principio del ahorro justo que dé cuenta del *conjunto* de los textos de Rawls. En mi opinión, es preferible entonces dar una interpretación que se ajuste del mejor modo posible al conjunto de la obra rawlsiana. La idea de las dos etapas parece en este sentido inevitable. La justificación de la fase de acumulación puede hacerse en principio a partir de la idea del deber natural de sostener las instituciones justas, o bien a partir del principio de suficiencia, o bien todavía a partir del principio de igual libertad. La última de estas opciones me parece la más coherente. En cuanto al principio aplicable a la fase de “pleno régimen” o “de crucero”, podría ser derivado del principio de equidad en su forma más general (desembocando, por ejemplo, en una teoría del ventajismo o en una teoría de la reciprocidad indirecta), o bien de los dos principios de justicia, incluido el maximin. Esta última opción es la que me resulta más creíble, aunque hace falta insistir en el carácter contraintuitivo de su implicación, a saber, la idea de un principio de doble prohibición que alcance al ahorro tanto como el des-ahorro.

El debate y la caracterización de los problemas suscitados por las pocas páginas que Rawls dedicó a estas cuestiones están lejos de ser desdeñables. Las preguntas que quedan abiertas son numerosas. Por ejemplo, para un defensor del maximin en la fase “de crucero”, ¿es verdaderamente posible atenerse a una

<sup>47</sup> Barry (1989:202).

<sup>48</sup> Sobre este punto ver : Barry (1997:107).

<sup>49</sup> Barry (1979: 235).

regla simple del tipo “ahorro y des-ahorro prohibidos”, aun cuando se incluyan varias excepciones? ¿O es necesario apelar a una regla de acción que sólo pueda ser expresada mediante una función de utilidad relativamente compleja? Otro asunto consiste en determinar las condiciones en las que la regla “ni ahorro, ni des-ahorro” sea compatible con un crecimiento económico definido de manera sólida. ¿Y qué ocurre con la posibilidad de un crecimiento *mutuamente* ventajoso? ¿Y qué ocurre también con la posibilidad de articular el altruismo desdente con una teoría rawlsiana de la justicia intergeneracional?

### La tasa social de descuento<sup>50</sup>

El tercer elemento sobre el que se extiende Rawls es el de la tasa social de descuento (TJ Rawls 1971: §45 y 64). Detengámonos un momento en este punto. La cuestión no es nueva, ya que Sidgwick a fines del siglo XIX<sup>51</sup> y luego Ramsey se han ocupado de ella.<sup>52</sup> Rawls insiste esencialmente sobre algunos elementos. Primero, rechaza claramente la idea de una *preferencia pura* por el presente: “En el caso de un individuo, una preferencia pura por el presente es irracional: eso significa que no considera todos los momentos como partes igualmente importantes de una vida. En el caso de la sociedad, una preferencia temporal pura es injusta: eso significa (...) que los vivos sacan ventaja de su posición temporal para favorecer sus propios intereses” (TJ Rawls 1971:295). Aun si pudiera discutirse el carácter irracional de la impaciencia, la referencia a una idea de imparcialidad intergeneracional aparece con claridad aquí.

Pese a lo anterior, Rawls abre la puerta a dos casos en los que una tasa de descuento positiva puede ser considerada. Por un parte, si hubiera que aceptar una teoría utilitarista de la justicia entre generaciones –es decir, al mismo tiempo welfarista y agregativa–, en tal caso sería preferible agregar una tasa de descuento no nula. Rawls escribe al respecto: “Ya he señalado que el principio utilitarista puede conducir a una tasa de ahorro extremadamente alta, lo que impondría privaciones excesivas a las generaciones anteriores. Esta consecuencia puede ser corregida en alguna medida descontando el bienestar de aquellos que vivirán en el futuro (TJ Rawls 1971:297). El descuento se justifica entonces en un marco utilitarista por al menos dos razones vinculadas entre sí. Primero, dado el carácter productivo de la inversión, frecuentemente será mejor para el bienestar agregado del conjunto de las generaciones que el consumo sea postergado en beneficio de otras generaciones. Sin una tasa de descuento positiva, se llegaría a un sacrificio sistemático de las generaciones actuales en beneficio de un futuro siempre pendiente. Esta primera justificación posible de una tasa de descuento sería adecuada aun si no existieran fenómenos de utilidad marginal decreciente. Pero, dado que hay una acumulación resultante de la inversión, se puede postular que las generaciones futuras serán más ricas que nosotros. Y esta es la segunda razón posible (ausente en la anterior cita de Rawls y extrapolable fuera del utilitarismo) para aplicar una tasa de descuento positiva, ya que es probable que, en esas condiciones, una misma unidad de consumo aporte

<sup>50</sup> Agradezco especialmente a Grégory Ponthière por varios intercambios acerca de esta sección.

<sup>51</sup> Collard (1999: 150-152).

<sup>52</sup> Ramsey (1978: 261-281).

menos bienestar adicional a una persona más rica en el futuro que a una persona más pobre en el presente. Obsérvese que, en este segundo caso, lo que se descuenta no es la utilidad futura sino el consumo futuro, asumiendo que una misma unidad de consumo aportará menos bienestar en el futuro que ahora.

Pero no hay que confundirse sobre el alcance de esta defensa de la tasa social de descuento, muy especialmente en su primera versión. Rawls agrega al respecto: "Lamentablemente sólo puedo expresar la opinión de que estos dispositivos simplemente mitigan las consecuencias de principios erróneos" (TJ Rawls 1971:297). Su defensa de una preferencia pura por el presente no es entonces una defensa de primer rango. Pero sin duda es una defensa, ya que el agrega que "rechazar una preferencia temporal pura como primer principio es compatible con reconocer que cierto descuento del futuro puede mejorar algunos criterios que por lo demás son deficientes" (TJ Rawls 1971:297).

Por otra parte, Rawls insiste en el hecho de que una tasa de descuento positiva tiene una compatibilidad *de primer rango* con su teoría en la hipótesis siguiente: "Por supuesto, un beneficio presente o próximo en el tiempo puede pesar más en el cálculo, dada su elevada certeza o probabilidad. Y deberíamos tomar en consideración la medida en que cambiará nuestra situación y nuestra capacidad de obtener un disfrute particular. Pero nada de esto justifica que prefiramos un bien presente más pequeño en lugar de un bien mayor futuro, simplemente a causa de su mayor proximidad temporal" (TJ Rawls 1971:293-294). Rawls agrega que no rechaza utilizar "una tasa de interés (...) con el fin de racionalizar fondos limitados para la inversión" (TJ Rawls 1971:295). Cuando se aborda el tema de la tasa social de descuento, es entonces esencial saber cuál es la razón a la que se apela en el momento de descontar (pura preferencia temporal, incertidumbre, utilidad marginal decreciente...), así como identificar claramente qué es lo que se descuenta (utilidad, consumo, etc.). Las incertidumbres relativas a la propia existencia de las personas futuras, su número y la naturaleza de sus preferencias constituyen para Rawls razones legítimas para descontar.

Se habrá observado que, tanto en el curso de esta discusión como de la que consagra a los planes de vida, Rawls moviliza elementos que podrían ser utilizados en la óptica de la construcción de una hipotética teoría de la justicia entre grupos de edad (entendida como algo más que la simple preocupación de justicia entre cohortes de nacimiento). Rawls dice, por ejemplo, que "la racionalidad implica una preocupación imparcial por todas las partes de nuestra vida" (TJ Rawls 1971:293) y que "de manera general, las expectativas crecientes a lo largo del tiempo deben ser preferidas" (TJ Rawls 1971:421). Pero también agrega una precisión importante, al llamar nuestra atención sobre la dificultad de derivar una teoría de la justicia entre grupos de edad a partir de un enfoque puramente prudencial: "En justicia como equidad, los principios de justicia no son extensiones de los principios de la elección racional para una persona" (TJ Rawls 1971:294). Esto se vuelve especialmente importante si nos preocupamos por distinguir las esferas de lo bueno y de lo justo.

Cerremos este punto. En primer lugar, la cuestión de la tasa social de descuento ya era antigua en la época de Rawls, y el tratamiento que propone no es especialmente innovador. El propio Sidgwick evoca de manera bastante explícita la distinción entre lo que hoy llamamos la preferencia pura por el presente y

las razones probabilistas para descontar. A su defensa de la imparcialidad intergeneracional, Sidgwick agrega que cada generación deberá respetar esa exigencia, "excepto en la medida en que los efectos de sus acciones sobre la posteridad –y aun sobre la existencia de los seres humanos susceptibles de verse afectados– deba permanecer necesariamente más incierta".<sup>53</sup> Por otra parte, si nos ubicamos en 1971, la cuestión de la tasa social de descuento venía siendo estudiada de hacia largo tiempo por los economistas, así como sigue siéndolo hoy, por ejemplo, en el marco del enfoque económico de los problemas climáticos. Sin embargo, el diagnóstico de Rawls es lúcido en cuanto al carácter *ad hoc* de la tasa social de descuento (TJ Rawls 1971:298) en el marco de una teoría agregativa de la justicia intergeneracional. También tiene el mérito de haber reintroducido en la literatura filosófica una cuestión que no debe ser entregada a los economistas.

### Conclusión

Indiqué tres lugares en los que Rawls hizo consideraciones significativas sobre la cuestión intergeneracional: la construcción de la posición original, la definición de los principios sustanciales de justicia entre generaciones y la insistencia en el carácter problemático de una tasa social de descuento no nula si es justificada apelando a una preferencia pura por el presente. Sobre el primer punto, las dificultades encontradas por Rawls revelan auténticos desafíos relativos a la viabilidad del beneficio mutuo en el contexto intergeneracional. Sobre el segundo punto, Rawls enriqueció ciertamente el debate, aunque su posición está lejos de estar libre de ambigüedades. Sobre la tasa de descuento, tiene el mérito de haber importado a la literatura filosófica un tema que parecería puramente económico.

A fin de cuentas, podría parecer que lo que Rawls propone no es particularmente nuevo ni particularmente elaborado. Sin embargo, se trata de uno de los autores más influyentes e importantes en materia de justicia intergeneracional. ¿Por qué? Probablemente porque sus desarrollos sobre el tema se inscriben en el marco de una obra general que es referencia, pero también porque, sorprendentemente, Rawls sigue siendo uno de los pocos de su generación en haber tomado la cuestión en serio. Junto con Parfit, ambos fijaron la agenda de preguntas clave que seguimos tratando de resolver, y cuyo grado de actualidad no se ha debilitado sino más bien lo contrario.

El trabajo de Rawls constituye así un jalón importante en la reflexión sobre la justicia intergeneracional, al igual que los escritos de Thomas Jefferson, Hans Jonas, David Gauthier o Brian Barry. Hay sin embargo un autor clave que acabo de mencionar y que ha tenido una influencia al menos tan grande como la de Rawls sobre los filósofos que trabajan el tema. Se trata de Derek Parfit, cuyo aporte es bien diferente. En *Reasons and Persons*, Parfit dedica los capítulos 16 y 17 a dos problemas cruciales a los que debe confrontarse toda teoría de la justicia intergeneracional y que Rawls jamás llegó a integrar a su teoría.

---

<sup>53</sup> Sidgwick (1874: 414).

¿Cuáles son esas dos temáticas parfitianas? Por un lado está la cuestión de la no identidad. Para decirlo en breve: si ciertos actos tienen consecuencias sobre la identidad de las personas futuras, al punto de constituir una condición necesaria para la propia existencia de tal o tal individuo, es necesario preguntarse si podemos decir que esos actos pueden causar un daño a esos individuos particulares. Si ese no fuera el caso, podrían caer muchas obligaciones posibles hacia las generaciones futuras. Esta cuestión de la no identidad tiene su equivalente en el nivel de las elecciones cuyas consecuencias implican a un *diferente número* de personas, y no simplemente a personas diferentes. Imaginemos que se quiere defender una política anti-natalista. Alguien podría preguntar por qué es mejor reducir el tamaño de la población futura, dado que la opción alternativa es la única que permitirá que ciertas personas existan.

Estos dos desafíos de Parfit han generado una literatura considerable, sin que se hayan propuesto hasta hoy soluciones totalmente convincentes y completas. Tal vez haya un lazo causal entre el interés de los filósofos en estas dificultades radicales señaladas por Parfit y el débil desarrollo de la justicia intergeneracional en la obra de Rawls. ¿Para qué interesarse en el contenido y la justificación de las obligaciones intergeneracionales si la *posibilidad* misma de darles sentido está tan radicalmente amenazada?

Quisiera cerrar esta conclusión señalando algunos otros elementos que están ausentes o al menos lejos de ser tratados con detalle en la obra de Rawls. Primero, es preciso distinguir dos dimensiones de las que Rawls es consciente pero no trata en detalle. Se trata, por un lado, de la idea de superposición entre generaciones (él utiliza la expresión "generaciones adyacentes" en TJ: Rawls 1971:128,289) y, por otro, de la idea de "primera generación" (TJ Rawls 1971:288), que resulta particularmente pertinente en el análisis de las teorías que justifican nuestros deberes hacia la generación siguiente en función de lo que debemos a la precedente.

Segundo, hay algunos desarrollos en la literatura en los que Rawls no está implicado. Además de las dos cuestiones de Parfit, puede mencionarse la idea de *bomba de tiempo*, utilizada para entender cómo cada teoría trata los actos que podrían tener consecuencias sobre generaciones lejanas sin haberlas tenido para las generaciones inmediatas.<sup>54</sup> Lo mismo vale para la cuestión del número infinito/indefinido de generaciones futuras, que nos es tratado por Rawls pero sí lo es por la literatura ulterior.<sup>55</sup>

Tercero, hay cuestiones sobre las que nadie se ha volcado hasta ahora de manera sistemática, incluyendo al propio Rawls. Por ejemplo, todavía no conocemos las propiedades de una teoría *secuencial* de la justicia intergeneracional, ni sabemos cómo la secuencialidad se articula de manera precisa con las dimensiones conmutativa y distributiva de la justicia. Lo mismo vale para una argumentación relativa a la *demo-sensibilidad* de las diferentes teorías de la justicia intergeneracional. En otras palabras: la dependencia de las obligaciones que esas teorías imponen respecto de las fluctuaciones demográficas está lejos de haber sido analizada en detalle.

La herencia de Rawls en el dominio intergeneracional es entonces real, aunque a veces sea difícil de distinguir de los aportes precios de otros autores –muy limitados en la especie– y de la herencia de su

<sup>54</sup> Routley y Routley (1977:133-179, específicamente 141).

<sup>55</sup> Por ejemplo, Asheim y Tungodden (2004: 221-230).

teoría *general*, que es significativa aunque tiene sus detractores. Intenté aquí señalar los elementos clave de lo que Rawls ha desarrollado, señalando aquellos puntos en los que su trabajo nos ofrece pocos o ningún esclarecimiento. Para hacerse una idea del valor de esta herencia, importa sustraerse al efecto de las modas, tanto positivas como negativas, que nos hacen percibir a Rawls de una manera o de otra, sin olvidar jamás que ciertas ideas sólo se han vuelto evidentes una vez que las hemos descubierto y que las ideas relativamente simples son a veces las más fuertes y las más inquietantes.

### **Bibliografía:**

- Alstott, Anne (2004), *No Exit: What Parents Owe Their Children and What Society Owes Parents*, New York.
- Asheim, Geir y Tungodden, Bertil (2004), "Resolving distributional conflicts between generations", *Economic Theory*, 24.
- Arrhenius, Gustaf (1999), "Mutual Advantage Contractarianism and Future Generations", *Theoria*, 65(1).
- Arrow, Kenneth (1973), "Rawls's Principle of Just Savings", *Swedish. J. of Economics*, 75.
- Attas, Daniel (2009), "A Trans-generational difference principle", en A. Gosseries & L. Meyer, *Intergenerational Justice*, Oxford, Oxford University Press.
- Barry, Brian (1965), *Political Argument*, Londres : Routledge & Kegan Paul.
- Barry, Brian (1978), "Circumstances of Justice and Future Generations" en R. Sikora & B. Barry (eds.), *Obligations to Future Generations*, Philadelphia, Temple University Press.
- Barry, Brian (1989), *Theories of Justice – Vol. 1 : A Treatise on social justice*, Londres : Harvester-Wheatsheaf.
- Barry, Brian (1991), *Liberty and Justice. Essays in Political Theory 2*, Oxford, Clarendon Press.
- Barry, Brian (1999), "Sustainability and Intergenerational Justice" en Andrew Dobson (ed.), *Fairness and Futurity*, Oxford, Oxford U. Press.
- Calvo, Guillermo (1978), "Some Notes on Time Inconsistency and Rawls' Maximin Criterion", *Review of Economic Studies*, 45(1).
- Casal, Paula (2007), "Why Sufficiency Is Not Enough? ", *Ethics*, 117.
- Collard, David (1999), "The generational contract in classical and neoclassical thought ", en R. Backhouse & J. Creedy (eds.), *From Classical Economics to the Theory of the Firm. Essays in the honour of D. O'Brien*, Cheltenham, Inglaterra, Elgar.
- De-Shalit, Ayner (1995), *Why Posterity Matters. Environmental policies and future generations*, Londres, Routledge.
- Dworkin, Ronald (1985), *A Matter of Principle*, Oxford, Clarendon Press.
- Dworkin, Ronald (1995), *Life's Dominion. An Argument about Abortion and Euthanasia*, Londres, HarperCollins.
- English, Jane (1977), "Justice between generations", *Philosophical Studies*, 31(2).
- Gaspart, Fredecic & Gosseries, Axel (2007), "Are Generational Savings Unjust?", *Politics, Philosophy & Economics*, 6 (2), 2007.
- Gauthier, David (1986), *Morals by Agreement*, Oxford, Clarendon Press.
- Gosseries, Axel (2004), *Penser la justice entre les générations*, Paris, Aubier-Flammarion, 2004.
- Gosseries, Axel (2008), "Constitutions and Future Generations", *The Good Society*, 17(2).
- Jefferson, Thomas (1984), "Letter to J. Madison" (6 sept 1789) New York, Penguin, Originalmente publicada en 1791.
- Hayek, Friedrich, 1976 (1981), *Droit, législation et liberté – 2*, Paris : PUF.
- Holmes, Stephen (1995), *Passions and Constraint*, Chicago & Londres, The U. of Chicago Press.
- Hubin, Donald C. (1976) "Justice and Future Generations", *Philosophy and Public Affairs* , 6(1).
- Meyer, Lukas y Roser, Dominic (2009), "Enough for the Future", in A. Gosseries y L. Meyer, *Intergenerational Justice*, Oxford, Oxford University Press.
- Paden, Roger (1997), "Rawls's Just Savings Principle and the Sense of Justice", *Social Theory and Practice*, 23(1).

- Ramsey, Franck (1978), "A Mathematical Theory of Savings" (1928), en Foundations. Essays in Philosophy, Logic, Mathematics and Economics (D. H. Melon ed.), Londres/Henley, Routledge & Kegan Paul. Originalmente publicado en 1928.
- Rawls, John (1971), A Theory of Justice, Oxford/New York, Oxford U. Press.
- Rawls, John (1996), Political Liberalism - with a new introduction and the « reply to Habermas, New York, Columbia U. Press. Originalmente publicado en 1993.
- Rawls, John (1999a), The Law of Peoples, with « The idea of public reason revisited », Cambridge (Mass.)/Londres, Harvard U. Press.
- Rawls, John (1999b), A Theory of Justice – Revised edition, Oxford/New York, Oxford U. Press.
- Rawls, John (2001), John Justice as Fairness. A Restatement, Cambridge (Mass.) & Londres, Harvard U. Press.
- Richards, David A. (1971), A Theory of Reasons for Action, Oxford, Clarendon Press.
- Roemer, John y Zusumura, Kotaro (editores.) (2007), Sustainability and Intergenerational Equity, New-York/Basingstoke, Palgrave MacMillan.
- Routley, Richard & Routley, Val (1977), "Nuclear Energy and Obligations to the Future", Inquiry, 21, 1977.
- Sidgwick, Henry (1874), Methods of Ethics, Londres, MacMillan.
- Solow, Robert (1974), "Intergenerational Equity and Exhaustible Resources", Review of Economic Studies (symposium issue).
- Wolf, Clark (2009), "Intergenerational Justice, Human Needs and Climate Policy", en A. Gosseries & L. Meyer (eds.), Intergenerational Justice, Oxford : Oxford U. Press.

# **PLANES DE REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (2002-2007): UN MAPA CON DISTINTAS RUTAS A DISTINTOS CAMINOS**

**Por Ricardo Sebastián Piana**

## **RESUMEN**

En el presente artículo analizaremos las diferentes -y a veces contradictorias- políticas de reforma de la Administración Pública en la provincia de Buenos Aires durante la gobernación del Ing. Felipe Solá (2002-2007).

Nos detendremos en las grandes líneas de las reformas impulsadas, a través del estudio de sus programas, proyectos y normas. Se seleccionó el Plan Rector de Modernización y la reforma política; el Plan Trienal de la Gestión Pública 2004-2007 propiciado por la Subsecretaría de la Gestión Pública; el Plan Estratégico de Gobierno Electrónico y las normas impulsadas por la Subsecretaría de Gestión Tecnológica y Administrativa.

Si bien la gestión expresó un fuerte compromiso con la modernización del Estado, se advierte la coexistencia de procesos de modernización y reforma sustentados en distintas concepciones del Estado y sus funciones: una visión relacionada con la eficacia (realismo político), otra visión relacionada con la legitimidad (tradicción del buen gobierno) y otra con el orden (estabilidad del sistema).

## **PALABRAS CLAVE**

Reforma del Estado - Provincia de Buenos Aires - Administración Pública - Gobierno Electrónico - Nueva Gestión Pública.

# **PUBLIC ADMINISTRATION REFORM PLANS IN THE PROVINCE OF BUENOS AIRES (2002-2007): A MAP WITH DIFFERENT ROUTES TO DIFFERENT WAYS**

**By Ricardo Sebastián Piana**

## **SUMMARY**

In this paper we examine the different -and sometimes contradictory- policies of public administration reform in the province of Buenos Aires during the governorship of Ing. Felipe Sola (2002-2007).

We will focus on the broad outlines of the reforms, through the study of its programs, projects and regulations. We selected the Master Plan for Modernization and political reform, the Triennial Plan 2004-2007 Public Management led by the Undersecretariat of Public Management, the E-Government Strategic Plan and rules driven by the Technology and Administrative Undersecretariat.

Although the Administration expressed a strong commitment with the modernization of the state, we can notice the coexistence of modernization and reform processes supported by different conceptions of the state and its functions: a vision related to efficacy (political realism), another vision concerning the legitimacy (tradition of good governance) and another with the order (stability of the system).

## **KEY WORDS**

State Reform - Province of Buenos Aires - Public Administration - E-Government - New Public Management.

# PLANES DE REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (2002-2007): UN MAPA CON DISTINTAS RUTAS A DISTINTOS CAMINOS

Por Ricardo Sebastián Piana\*

## 1. Introducción

Más allá de la reciente –y bienvenida– emergencia de estudios político-sociales a nivel subnacional, el análisis de las políticas de reforma en la Administración Pública en la provincia de Buenos Aires tiene un importante valor empírico, tanto por la representatividad de la unidad respecto del nivel nacional como por su preponderancia respecto de otras unidades provinciales. Por otro lado, los propios resultados del estudio que expondremos en este artículo son teóricamente relevantes y demostrativos de las diferentes –y a veces contradictorias– políticas de reforma.

No es necesario, en nuestro contexto, resaltar la importancia de la provincia de Buenos Aires en cuanto a su población, producción y superficie. Sí, tal vez, su carácter representativo de las propias diferencias que existen en todo el país: geográficamente ocupa menos del 10% del territorio nacional, pero su población, que alcanza los 15.625.084 habitantes según el censo 2010, tiene el 38,94% del total-país. Además, en ella puede verse reproducida la desigual distribución de la población: en el conurbano, que ocupa una superficie de 3.630 Km<sup>2</sup>, esto es, un porcentaje de 1,2% respecto de la superficie total, habita el 63% de su población. Por ello, al igual que de la Argentina, de la Provincia de Buenos Aires puede decirse que es un Estado macrocefálico.

---

\* Abogado (UNLP) y Doctor en Ciencia Política (USAL). Docente de Derecho Político (Cat. I) en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y de diversos postgrados. Secretario de investigación Científica en dicha Facultad. Integra el equipo de investigación del Instituto de Integración Latinoamericano de la UNLP.

Ha publicado "Gobierno Electrónico. Gobierno, tecnologías y reformas", 2007, EDULP y "Las ideas americanistas de Juan Bautista Alberdi. Una lectura de su pensamiento y sus obras", 2008, Editorial Arete, y junto a Juan Carlos Corbetta los siguientes libros: "Constitución Política de la República Argentina. Dimensiones normativas y jurisprudenciales de la realidad política argentina", 2005, Ed. Scotti; "Compendio de normas políticas del Estado Argentino. Selección, compilación y Prólogo", 2006, Ed. Quórum; "Ensayos sobre el pensamiento de Carl Schmitt. El problema del Estado y el orden internacional", 2008, Ed. Prometeo; y "Julien Freund. El valor de lo político", 2010, Ed. Prometeo.

Fue profesor visitante en la Escuela de Leyes de Indiana University, EE.UU., en el Institut für Informations, Telekommunikations und Medienrecht, Westfälische Wilhelms – Universität, Münster, Alemania, en las Facultades de Derecho de la Universidad de Zaragoza, España y de la Universidad Federal de Santa Catarina y de Río Grande del Norte, Brasil y en la Universidad de Auvergne, Francia.

En términos políticos, más allá del fenómeno de subrepresentación medida en cantidad de diputados nacionales que aporta al Congreso sobre cantidad de población (REYNOSO, 2005)<sup>1</sup>, su número en términos absolutos no es nada despreciable: 35 diputados nacionales en cada elección.<sup>2</sup>

Por otro lado, esa magnitud poblacional hace que, como puede advertirse cada vez con más fuerza, las estrategias nacionales se “jueguen” en el territorio bonaerense. Su peso específico en el contexto nacional la hace estar presente en cualquier de los grandes acontecimientos nacionales<sup>3</sup>.

En este sentido, la provincia no fue ajena a la gravedad de la crisis económica, política y social desatada en el país a partir de diciembre de 2001 y es en ese contexto de crisis generalizada que asumió la gestión del ex gobernador Felipe Solá en enero de 2002.

Solá no gozó de los beneficios de la hegemonía del partido, pues pese a contar con mayoría formal en ambas Cámaras, la disciplina partidaria se encontró en crisis como consecuencia de la ruptura que se produjo entre Eduardo Duhalde y Néstor Kirchner.<sup>4</sup> Vetadas que fueran las reformas de naturaleza legislativa, por su alto costo político, y en el marco de las consignas que propugnaban la reforma política, el estilo de gobierno tuvo una fuerte carga de actividad y reforma administrativa.

Pese a lo poco que se ha escrito sobre la materia, la caída de la convertibilidad no sólo implicó, entre otras cosas, transferencias de ingresos desde un sector de la sociedad hacia otro, modificaciones en los precios relativos, pérdidas y ganancias y disminución del poder adquisitivo de los salarios, resquebrajamiento del orden jurídico sino también un profundo caos administrativo.

Según el entonces Subsecretario de Gestión Tecnológica y Administrativa de la Secretaría General de la Gobernación, esa crisis “... *minó la capacidad operativa, la seguridad jurídica y la credibilidad misma de las instituciones y fue en ese contexto que se inició la presente gestión la que, a pesar de la urgencia de los problemas que se presentaban, siempre pretendió contar con una estrategia de mediano plazo, que orientara las decisiones más allá de atender la emergencia*” (DENIRO, 2005:1).

<sup>1</sup> Según la investigación referenciada, el distrito de Buenos Aires está subrepresentado en aproximadamente un 9,5% en su magnitud de distrito.

<sup>2</sup> Es decir, los 70 diputados elegidos por la Provincia de Buenos Aires, ocupan poco más del 27% del total de la Cámara baja.

<sup>3</sup> Su peso específico en el contexto nacional la hace estar presente en cualquier de los grandes acontecimientos nacionales. Ha señalado Ollier (2011) una peculiar imbricación, con referencia al caso de la Provincia de Buenos Aires, de las instancias nacional y provincial, tanto por el rol preponderante de esta Provincia en la política nacional como del impacto decisivo de la política nacional en su territorio pero también por un natural proceso de cooperación entre ambas jurisdicciones. En efecto, su carácter des/estabilizador sobre la nación se evidencia no sólo en los resultados electorales provinciales, sino más bien, últimamente, por la búsqueda del gobierno nacional de “decidir” los candidatos a los cargos provinciales. Por otro lado, se advierte en las últimas décadas la “nacionalización” de los discursos, políticas y acciones de la Provincia. Por último, aunque no menos evidente, ambas Jurisdicciones entablan distintos procesos colaborativos que reconocen esta tensión relacional.

<sup>4</sup> “*A fines de 2004 la división en el bloque de legisladores oficialistas bonaerenses, dejando en minoría a los partidarios del Gobernador F. Solá, aliado del Presidente, y la negativa a incluir en la aprobación del presupuesto provincial la delegación de poderes en el ejecutivo tal como sucedía en el ámbito nacional, dieron la tónica de un conflicto creciente que preanunciaba la ruptura que se produciría para las elecciones legislativas de 2005. Luego de que esa ruptura se produjera, el oficialismo se encontró en minoría en varias oportunidades, al menos durante el segundo semestre de 2005 y hasta que se produjo la renovación parlamentaria*” (CHERESKY, 2006:48). Ello generó conflictos en la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, cuya descripción y consecuencias exceden el objeto de este estudio aunque es dable señalar que esa tensión moldeó el estilo de gobierno.

Como veremos, al menos en los aspectos discursivos, un fuerte acento de la gestión estuvo dado por las políticas de reforma y modernización del Estado. Generalmente, en los estudios sobre la reforma del Estado en Argentina se ha tratado de identificar las políticas dentro de los esquemas de la Reforma de primera o segunda generación. Sin embargo, los planes que aquí reseñaremos son posteriores y no se encuadran perfectamente en estas políticas. De allí que deberemos recurrir a otros esquemas teóricos de reforma más actuales.

Intentaremos, en lo que sigue, hacer una muy breve descripción de las distintas estrategias de reformas que coexistieron en el período bajo estudio. No haremos, por razones de espacio, un detalle de las políticas en sí, en su faz de diseño, implementación o control, pero sí tomaremos las grandes líneas y planes para identificar sus presupuestos y eventuales contradicciones.

Hemos tomado fuentes documentales los Decretos, proyectos, planes, documentos oficiales, o trabajos de los responsables políticos en congresos o seminarios internos. También hemos realizado análisis del discurso<sup>5</sup>.

Iniciaremos el estudio con un breve repaso de la concepción del ex gobernador sobre las políticas de reforma y modernización. Las secciones siguientes tomarán en consideración los proyectos, planes y fundamentaciones propiciadas por las áreas con competencia en estas temáticas.

Sin embargo, corresponde antes hacer una distinción previa: si bien no puede confundirse la reforma del Estado con la reforma de la Administración Pública, en tanto la primera observa, describe y analiza las funciones estatales en el contexto de los grandes cambios históricos-ideológicos que legitiman la relación de mando y obediencia mientras que la segunda analiza las estructuras institucionales que ejecutan esas funciones, lo cierto es que no son independientes. Muy por el contrario, cómo la Administración Pública cumpla sus funciones, va a depender de para qué tipo de Estado lo haga. De allí la necesidad de estudiar a este último en el contexto actual de las reformas de la Administración Pública que se impulsan.

Si bien la gestión expresó un fuerte compromiso con la modernización del Estado, se advierte la coexistencia de procesos de modernización y reforma sustentados en distintas concepciones del Estado y sus funciones. De su análisis podrán advertirse, al menos, tres visiones de la gobernabilidad dentro de una misma gestión: una visión relacionada con la eficacia (realismo político), otra visión relacionada con la legitimidad (tradicción del buen gobierno) y otra con el orden (estabilidad del sistema).

---

<sup>5</sup> Como ha dicho SALTALAMACCHIA (2005) el discurso es como un guión de cierto acontecimiento. Teniendo en cuenta que toda construcción del discurso, en sentido *lato*, esto es, como estructura verbal, expresa no sólo una comunicación, sino que es una forma de interacción que exterioriza un sentido, una representación mental, los documentos nos aportarán material suficiente para la investigación que proponemos. En efecto, el discurso juega un rol fundamental en la reproducción y mantenimiento de los procesos políticos de decisión y por ello, el discurso de los actores, volcados en los documentos oficiales y algunas fuentes secundarias emanadas de los mismos actores tienen un valor heurístico en sí mismo. Véase VAN DIJK (1989 y 1997) y CALSAMIGLIA BLANCAFORT, H. y TUSÓN (2002) entre otros.

## 2. Las políticas de reforma y modernización en el análisis del discurso del Gobernador

El liderazgo aparece como un factor crítico para el éxito de cualquier proceso de modernización y transformación organizacional. Ese factor de liderazgo debe ser claro y fuerte, no sólo en el nivel técnico sino, especialmente, en el máximo nivel político pues sin la iniciativa constante de las máximas autoridades sería difícil vencer los naturales obstáculos y resistencias organizacionales.

Cuando asumió su gestión, el ex gobernador Solá expresó un fuerte compromiso con la modernización del Estado. Una de las primeras políticas fue el diseño de su propia estructura ministerial: a poco menos de dos meses de la asunción en el cargo, a través de la Ley N° 12.856, se creó la Secretaría para la Modernización del Estado.

En el discurso de apertura de sesiones legislativas, pronunciado el 1º de marzo de 2002, el gobernador Felipe Solá manifestó que:

*“El sistema de modernización del Estado Provincial contiene tres lineamientos básicos. En primer lugar tomaremos medidas que mejoren la **calidad del servicio** a los ciudadanos. La **descentralización, desconcentración y regionalización** de muchas acciones del poder central, dará mayor **eficacia y transparencia** a los actos de gobierno. (...) **Modernizar** los instrumentos de administración financiera, **facilitar el modelo de gobierno electrónico, reordenar la carrera administrativa y los sistemas informáticos**, readecuar la ley de coparticipación, **reestructurar** las múltiples regionalizaciones provinciales, son algunos de los temas que seguramente esta Honorable Legislatura deberá abordar y cuyo aporte será esencial para enriquecerlos. (...) **La Reforma Política debe tener como prioritaria expresión una Reforma del Estado.** (...) **El Estado bonaerense debe necesariamente adecuar sus estructuras para prestar mejores servicios a sus ciudadanos.** (...) **Por eso no queremos un Estado gendarme ni ausente, sino un Estado Inteligente, que sea capaz de dar respuestas a las necesidades de los vecinos, con rapidez y eficiencia**” (SUBSECRETARÍA DE LA GESTIÓN PÚBLICA, 2004a:10-11; el destacado es nuestro).*

En el discurso de la asunción del Secretario para la Modernización del Estado, Cr. Florencio Randazzo, en febrero de 2002, el entonces Gobernador expresó que el objetivo de la política de modernización debía estar focalizado más en la reforma política que en la eficientización de la gestión.<sup>6</sup>

Esa concepción fue sostenida un año más tarde, en 2003, en el discurso de apertura de las sesiones legislativas cuando sostuvo que *“Estoy convencido que **no habrá reforma del Estado sin una verdadera reforma política.** Aquella que transparente y legitime la relación de los ciudadanos con la política y sus dirigentes.*

<sup>6</sup> *“La Modernización del Estado provincial debe tener un solo objetivo. Ese objetivo es que el Estado, en lugar de alejar a los hombres que la gente elige para representarlos y conducirlos, léase los políticos; en lugar de alejarlos de la gente común que utiliza como puede los servicios cotidianos de ese Estado y requiere que ese Estado sea ágil, eficiente, justo, moderno; debe acercarlos. En lugar de alejarlos, acercarlos” (Subsecretaría de la Gestión Pública, 2004a, 10).*

*Entendemos que es una condición necesaria, pero no suficiente. No nos reconciliará automáticamente con la sociedad, pero, seguramente, evitará el divorcio definitivo* (Subsecretaría de la Gestión Pública, 2004a:4).<sup>7</sup>

Ahora bien, ¿cuál era la concepción del ex gobernador sobre la organización del Estado y su funcionamiento? Una remisión a sus discursos públicos permite identificar su posición:<sup>8</sup>

- *“Ese Estado debe estar fortalecido aún frente a la reducción global de sus gastos, que es inevitable. La otra parte es enemiga de todo crecimiento privado y sólo se piensa a sí misma. **Es egoísta, pequeña, rapaz y está envejecida. Concibe una realidad que ya fue. Es el Estado burocrático, el de las oficinas que trabajan para su propia reproducción vegetativa**, el de las prebendas que estamos atacando, el que maltrata a los jubilados cuando quieren hacer trámites o cobrar, el que impide la inscripción de industrias, comercios, barrios o productos nuevos, el que nos imposibilita cobrar impuestos, el que hace de las huelgas una rutina”* (Discurso Apertura Sesiones Legislativas, 01/03/02).

- *“En la consideración pública, el **Estado aparece sobredimensionado, burocrático, lento**, y como un lugar que sólo se mira a sí mismo y con prácticas cotidianas no claras. Mi gobierno se propone cambiarlo y no voy a aflojar en esto. (...) Ya hemos sufrido las experiencias tanto del estatismo como de la indiferencia y la inacción de un Estado ausente mientras se dismantelaba y concentraba lo poco que quedaba del aparato productivo. Es necesario – lo he decidido – **un nuevo compromiso del Estado Provincial con los protagonistas de la producción bonaerense**, que sólo se logra a partir de un profundo conocimiento de sus necesidades”.* (Discurso Apertura Sesiones Legislativas, 01/03/03).

Es cierto que los aspectos relacionados con la reforma del Estado y de la Administración Pública no suelen ser un tema de la “agenda”; pero, como veremos el gobernador había hecho de la “burocracia” uno de sus mayores enemigos.

### Cuadro 1 – Discursos del gobernador sobre la palabra “burocracia”

#### **Burocracia**

*Una parte del Estado es socia clara de ese crecimiento: es la parte más legítima y defendible de lo que administramos, el Estado que educa, vigila, previene, investiga, cura, brinda justicia, da crédito, promociona y promueve a los bonaerenses. (...) La otra parte es enemiga de todo crecimiento privado y solo se piensa a sí misma. **Es egoísta, pequeña, rapaz y está envejecida. Concibe una realidad que ya fue. Es el Estado burocrático, el de las oficinas que trabajan para su propia reproducción vegetativa; el de las prebendas que estamos atacando; el que maltrata a los jubilados cuando quieren hacer tramites ó cobrar, el que impide la inscripción de industrias, comercios, barrios ó productos nuevos, el que nos imposibilita cobrar impuestos, el que hace de las huelgas una rutina.***

**Apertura del 130° período legislativo, 1° de marzo de 2002.**

<sup>7</sup> Relacionada con la democracia está la exigencia de transparencia, una necesidad que el Gobernador resaltó varias veces: *“Hay que animarse a ser transparentes, es decir, animarse a ser controlados, porque si no uno se adjudica su propia transparencia”* (Subsecretaría de la Gestión Pública, 2004 a, 3).

<sup>8</sup> La selección está tomada del documento elaborado por la Subsecretaría de la Gestión Pública, 2004 a, págs. 11, 2, 2, 2-3, respectivamente y los destacados nos pertenecen.

*Todo lo que sea gris, burocrático, cobarde, mediocre y rutinario hoy atenta directamente con la posibilidad de que las instituciones sirvan al pueblo en medio de una crisis fenomenal del país para poder apostar a un futuro mejor en el área institucional.*

**Jornadas provinciales sobre justicia penal democrática y crisis económica, 20 de abril de 2002.**

*En esta Provincia inmensa no hay otra posibilidad que no sea descentralizar, no hay ninguna posibilidad que no sea hacerse fuerte en La Plata; ¿qué va a tener que vencer uno? A la burocracia de La Plata. En la ciudad de La Plata se vive del Estado provincial, no tengan la menor duda; menos que antes, pero se vive del Estado provincial.*

**Seminario sobre reforma administrativa, política y económica del Estado provincial, 07 de diciembre de 2002.**

*Es entender cómo funciona el aparato provincial, y cómo el aparato provincial a lo largo del tiempo ha ido desviando los objetivos para los cuales fue creado cualquier aparato provincial; ha ido desviando los objetivos para hacerlos cada vez más débiles y para hacerlos cada vez más burocrático-dependientes.*

**Seminario sobre reforma administrativa, política y económica del Estado provincial, 07 de diciembre de 2002.**

*Esa Argentina que nos duele tiene responsables, unos más, otros menos, las responsabilidades son diferentes de acuerdo a las obligaciones. ¿Cómo se supera eso? Yo he dado un ejemplo de abajo hacia arriba: por ejemplo, los veteranos de Malvinas de Campana deben ser los que más viviendas han logrado construir, lo han hecho porque han tenido constancia y fe y porque no se dejaron vencer por los obstáculos o las burocracias.*

**119° Aniversario de la creación del Partido de Campana-entrega de boletos de compraventa y actas de tenencia, 6 de julio de 2004.**

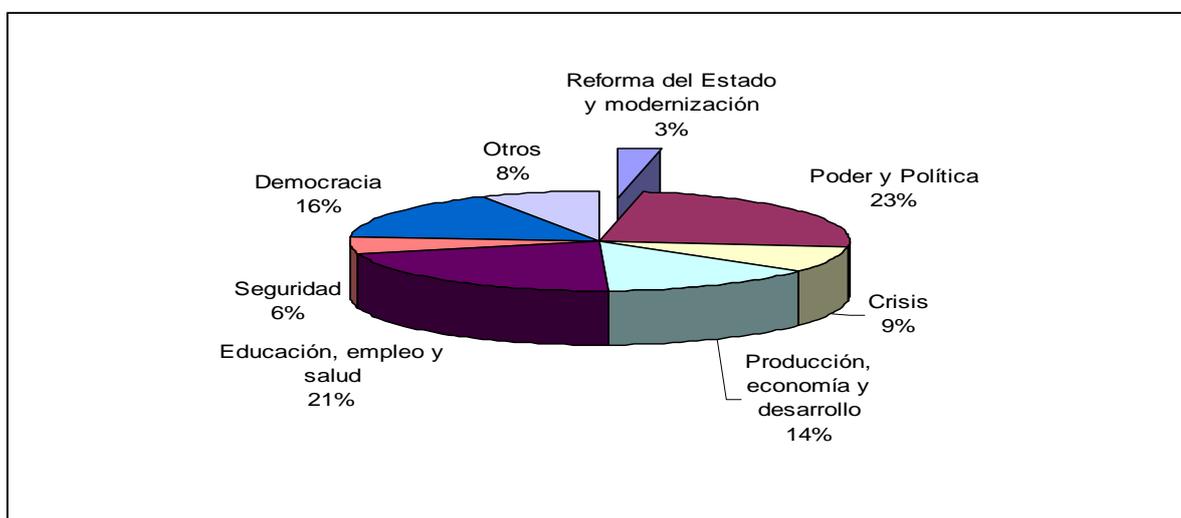
Así, la burocracia, según el entonces gobernador, actuaba aún en contra de las decisiones de los políticos. Sin embargo, la temática de la reforma del Estado y de la gestión ¿fue un tema verdaderamente prioritario en la agenda diaria del ex gobernador? La resolución de este interrogante nos permitirá relativizar estas declaraciones dentro del marco general de la agenda diaria y contextualizar el período identificando cuáles fueron los grandes problemas recurrentes.

La realización de un estudio cuantitativo sobre la repetición de ciertas palabras claves en los discursos del entonces gobernador de la provincia podrá arrojar luz al respecto. Se realizó un análisis cuantitativo semántico de los discursos del ex gobernador, con una selección temática, identificando palabras y temas recurrentes a fin de detectar las verdaderas preocupaciones de la máxima figura política de la provincia. Para ello, se analizó la totalidad de los discursos del Gobernador cargados en la página web de la entonces Secretaría de Prensa y Comunicación Social.<sup>9</sup> Habiéndose seleccionado 57 palabras

<sup>9</sup> Esa gran base de datos, incluye desde el discurso de asunción al inicio de su gestión, el 3 de enero de 2002, hasta el 7 de diciembre de 2007. En esos seis años, fueron registrados más de 768 discursos públicos del Gobernador. La cantidad de palabras de la base de datos así obtenida fue de más de 1.263.000 palabras.

claves<sup>10</sup>, el estudio dio como resultado una baja exposición al público de los temas relacionados con la reforma del Estado y de la gestión.<sup>11</sup>

**Gráfico 1 – Temas del discurso del ex gobernador Solá**



**Fuente:** Elaboración propia sobre la base de los discursos cargados en la página web de la ex Secretaría de Prensa y Comunicación Social.

En efecto, los temas/palabras usualmente asociados a la problemática de la reforma de la gestión<sup>12</sup>, no superan el 3% de la frecuencia de las otras palabras clave, donde, la política, el poder, la seguridad, el Estado ocuparon un lugar central.

Dejamos para el siguiente acápite, el tema de la reforma política. Sin embargo, desde ya hemos podido comprobar que más allá de la identificación de la burocracia como uno de los grandes males de la política, en la acción diaria, la reforma del Estado y de la Administración Pública no fue un aspecto central.

<sup>10</sup> Las palabras que fueron agrupadas en categorías son las siguientes: a) poder y política (autoridad, poder, unidad, política, Estado); b) educación, empleo y salud (ciencia, empleo, cultura, educación, trabajo, salud); c) democracia (legitimidad, corrupción, ética, democracia, confianza, justicia, pueblo, derechos humanos, consenso); d) producción, economía y desarrollo (campo, impuesto, recuperación, desarrollo, economía, producción, industria, crecimiento); e) seguridad (delito, delincuencia/delincuente, seguridad); f) crisis (terrorismo, problemas, crisis, conflicto, emergencia, protesta); g) otros temas (jóvenes/juventud, necesidades, sociedad, esperanza, fe).

<sup>11</sup> Para la selección de las palabras clave se tuvo en cuenta los discursos de asunción del cargo y los discursos de apertura de las sesiones hasta 2006, donde el gobernante define su programa y preferencias en la gestión de gobierno; es un acto frente a otro poder del Estado, de alto contenido y simbolismo político, además de alta exposición mediática.

<sup>12</sup> Las palabras fueron: sociedad del conocimiento, ineficacia, gobierno electrónico, gestión pública, tecnocracia, informática, función pública, ineficiencia, modernización, burocracia, eficacia, transparencia, tecnología, eficiencia y descentralización.

### 3. El Plan Rector de Modernización y la reforma política

Pocos meses después de creada la Secretaría para la Modernización del Estado, por la primera Ley de Ministerios de la gestión del Ing. Solá, en una presentación sobre la estrategia para la modernización del Estado, se sostenía que para lograr un Estado inteligente, impulsor de políticas que propendan al bien común, la reforma debe apoyarse en tres pilares: reformas en los modelos de gestión; reformas en los sistemas transversales y el Gobierno Electrónico.

La importancia del Cr. Florencio Randazzo, quien llegó a ocupar la cartera política de la Gobernación luego de haber pasado por la Jefatura de Gabinete de Ministros de la provincia, es reconocida por todos los analistas de la política local.<sup>13</sup>

Es necesario detenerse en el "Plan Rector de Modernización" que elaborara el Poder Ejecutivo a través de esta Secretaría, cuando todavía estaba a cargo de Randazzo, porque en él se advierten aspectos centrales de su concepción de la organización y del Estado.<sup>14</sup>

El documento está compuesto por un conjunto de programas, normas y procedimientos "destinados a instalar una administración de los **recursos** públicos orientada a los **resultados** y a la **responsabilidad** de los **funcionarios** frente a los mismos. Representa un nuevo modelo de gestión que se sustenta en la **panificación** y el **control**, la reforma de los **sistemas administrativos**, y en la **transparencia**, la **participación** y el **control ciudadano** en la gestión pública" (RANDAZZO, 2004:58; el destacado no es del original).

El Plan estaba estructurado en dos programas centrales con sus respectivos componentes; el primero de ellos asociado a la modernización Administrativa y el segundo a la Transparencia y de Participación Ciudadana:

- **Programa de Modernización Administrativa:** Se integraba por un conjunto de herramientas y técnicas de gestión de recursos humanos, financieros, físicos y tecnológicos destinados a fortalecer la capacidad administrativa y la eficacia institucional de la Administración Pública Provincial. El objetivo manifiesto era implementar una "gestión por resultados" y así lograr: mayor eficacia, eficiencia, economía y calidad en el cumplimiento de políticas, objetivos y metas; ordenamiento y control en el uso y disposición de los recursos públicos asignados<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> En otro estudio podría analizarse cómo el crecimiento político del Cr. Randazzo y su pretensión de suceder a Solá generó la aspiración política de otro grupo interno de "interpretación" constitucional sobre la posible reelección. Si bien sabemos que ninguna de las alternativas fue viable políticamente, esta disputa produjo el distanciamiento y reposicionamiento de Randazzo en el kirchnerismo.

<sup>14</sup> La presentación del Plan fue hecha el 15 de abril de 2003. El Plan Rector de modernización se había estructurado como un anteproyecto de ley, pues muchas de las reformas requerían modificación de las leyes vigentes. Sin embargo, a más de un año de su elaboración, el anteproyecto no había sido presentado a la Legislatura porque, como manifestaba RANDAZZO (2004), se habían presentado muchas dificultades políticas.

<sup>15</sup> El Programa constaba de distintos componentes: a) Sistema de Control Interno; b) Gestión de Recursos Humanos; c) Proyectos para la mejora de la gestión; d) Desburocratización de la Administración Pública; y e) Nuevas Tecnologías de Gestión.

- **Programa de Transparencia y de Participación Ciudadana:** Incluía un conjunto de herramientas destinadas a involucrar a los ciudadanos y las organizaciones de la sociedad civil en la formulación, la ejecución y el control de la Administración Pública introduciendo normas y sistemas de transparencia<sup>16</sup>.

Se había elaborado una propuesta para modificar el diseño de estructuras organizativas en el marco de la gestión por resultados, incorporando criterios de flexibilidad y temporalidad.

El Plan Rector introduce el concepto de control interno dentro de una visión gerencial del funcionario. Según el Plan, existirían “gerentes públicos” sobre quienes recaerían la responsabilidad de administrar recursos públicos y garantizar resultados de gestión, tanto en términos de bienes y servicios brindados como en términos del impacto producido por éstos en la comunidad, debiendo responder por la responsabilidad asignada y por los resultados de la gestión.

Dentro del Plan, los Acuerdos Programa habían sido diseñados como herramientas mediante las cuales los organismos se comprometerían a alcanzar determinados resultados de gestión, teniendo como contrapartida el otorgamiento de una serie de flexibilidades en materia presupuestaria. Se preveía que los Acuerdos Programa fueran suscriptos por los titulares de organismos y de unidades ejecutoras de programas presupuestarios bajo la supervisión del Ministerio de Economía. Contra la elaboración de un compromiso de cumplimiento de políticas, objetivos y metas debidamente cuantificables y mensurables, se le otorgaría al organismo beneficios de naturaleza presupuestaria o la pérdida de las flexibilidades otorgadas ante su incumplimiento.

Estas especies de “contratos” hacia dentro de la Administración, la gestión por resultados así como la figura de los gerentes públicos son un claro reflejo de las políticas de la Nueva Gestión Pública, más específicamente, de una de sus corrientes, el gerencialismo, que se pretendió imponer aquí en Latinoamérica.<sup>17</sup>

La Nueva Gestión Pública, como reacción a la Administración pública tradicional, ha buscado construir modelos de organización más flexibles a través de: 1) la desregulación, descentralización y delegación de funciones; 2) la desagregación de las áreas de competencia en agencias gubernamentales promoviendo su competencia y rivalidad y 3) la flexibilidad laboral (véase HEEKS, 2001).

Un giro copernicano llevaría a cambiar al Estado como centro del sistema por el ciudadano, visto ahora como un cliente al que se le presta servicios. Se pensó que la legitimidad del Estado no estaría dada

<sup>16</sup> Los componentes del programa eran: a) Régimen de Acceso a la información Administrativa; b) Régimen de la ética en el ejercicio de la Función Pública; y c) Desburocratización de la Administración Pública Provincial y Control Social.

<sup>17</sup> El ideario de la Nueva Gestión Pública se ha difundido enérgicamente a nivel mundial como eje central para el cambio y la modernización de las administraciones públicas, en países con tradiciones institucionales tan disímiles como Estados Unidos, Suecia, Gran Bretaña, Francia, Australia, incluyendo los de la propia región de América Latina aunque el resultado concreto de su aplicación ha adquirido escasa difusión (LÓPEZ, 2005). Pero es Estados Unidos el principal país promotor del modelo para la nueva gerencia pública, a partir de la importante difusión alcanzada por la conocida obra Reinención del Gobierno, de OSBORNE y GAEBLER (1994) y sus principios de la

por su estructura institucional sino por su capacidad de prestar bienes y servicios. Ello haría necesario una administración con énfasis en los resultados y la satisfacción del ciudadano-cliente, lo que requería incorporar parámetros de medición de desempeño<sup>18</sup>.

Se pretende que las burocracias obtengan mayor flexibilidad e inteligencia para actuar, sin perder el control de legalidad. Se sostiene que pasando del control de los recursos de los procesos a un nuevo criterio de control a través de evaluación de resultados, será posible planear el uso de los recursos y dirigir el gasto de esos recursos para obtener determinados resultados (ARELLANO GAULT, 2001).

En definitiva, la Nueva Gestión Pública, dentro de la cual creemos identificar el Plan de Modernización del Estado, buscaba romper con las estructuras compactas y piramidales de la administración por unidades independientes y autogestionables. Se pretendía que la competencia propia del sector privado se diera entre dichas agencias del sector público, competencia que sería impulsada mediante premios y castigos en las asignaciones de recursos conforme a los niveles de eficiencia alcanzados<sup>19</sup>.

Pese al fuerte "posicionamiento" político del Plan de Modernización y de la presentación del Proyecto, el plan no tuvo acogida legislativa.

El otro punto de análisis de este acápite lo constituye la reforma política<sup>20</sup>. El Gobernador fue explícito al señalar que la modernización tiene ciertos costos políticos cuando se asocia la transparencia con la modernización, pero remarcó su compromiso con ello. Pero más allá de las declamaciones, ¿cuál fue el resultado de la reforma política?

Como lo han demostrado Solano y Diéguez "la problemática de la reforma política presenta una atención considerable a partir del año 2000, aunque adquiere un auge y una relevancia primordial en la agenda de discusión parlamentaria luego de la crisis del año 2001" (SOLANO Y DIÉGUEZ, 2005:8). Sin embargo, del total de los 131 proyectos de ley de reforma política identificados por estos autores para el período 1999-2005, sólo dos tuvieron sanción legislativa.

En efecto, los únicos proyectos que alcanzaron consenso y aprobación fueron la Ley N° 12.915 que estableció un sistema de internas abiertas, simultáneas y obligatorias<sup>21</sup> y la Ley N° 13.082,<sup>22</sup> impulsada

---

modernización, denominados por las "Cinco R": "Reestructuración", "Reingeniería", "Reinvención", "Realineación" y "Reconceptualización".

<sup>18</sup> Se impulsó un cambio en la lógica normativa y regulatoria del Estado por otra centrada en la prestación de servicios, de la que las políticas de Gobierno Electrónico (en su primera fase) son un claro ejemplo. La estructura organizacional, antes que en el cumplimiento de los procedimientos y las tareas de control debía estar orientada a los resultados, buscándose con ello no sólo niveles de eficiencia sino también asignación de recursos y recompensas ligadas a dichos resultados. En este esquema, las TIC podían ayudar a la máxima descentralización sin pérdidas de control o de responsabilidad.

<sup>19</sup> Ello implicaría introducir rivalidades hacia dentro del sector público y de flexibilidad laboral nunca antes vistos en las administraciones públicas latinoamericanas.

<sup>20</sup> Esta temática ha sido planteada como cuestión socialmente problematizada (conf. AGUILAR VILLANUEVA, 1993) y en ese concepto suelen incluirse proyectos asociados con la modificación del sistema electoral, de financiamiento de los partidos, la creación/designación de los nuevos cargos constitucionales de control (defensor del pueblo, por ejemplo) o regulación de institutos de democracia semidirecta hasta las modificaciones al proceso de selección de candidaturas en los partidos políticos, además de los proyectos de reforma constitucional que supongan modificaciones centrales en la organización política, tal como las que propician un sistema unicameral.

<sup>21</sup> Ley promulgada por Decreto N° 1738/02 del 24/6/02 (B.O. 31/7/02).

fuertemente por el Ejecutivo y específicamente por el Ministro de Gobierno Randazzo, referente a la implementación del voto electrónico en la provincia.

La entonces ley de internas abiertas, simultáneas y obligatorias, al igual que Nación, fue derogada por la Ley N° 13.640. Se advierte claramente en los fundamentos de la derogación, lo espasmódica de la reforma: *“La norma cuya derogación se propone, tuvo buenas intenciones, teniendo en cuenta el contexto histórico y social dentro de los cuales fue sancionada ... la experiencia demostró que la participación libre continuó siendo escasa y los índices de concurrencia a las elecciones generales aumentaron levemente. De todas maneras consideramos que la ciudadanía no privilegia los partidos por la forma de elegir sus candidatos internamente, sino por la calidad de los mismos y fundamentalmente por sus propuestas. Reivindicamos sí, el derecho de autorregulación partidaria...”* (Fundamentos del proyecto aprobado).

Es decir, pese al derecho de autorregulación partidaria, los legisladores reconocieron que se sancionó una ley en la cual no creían, porque, como se afirma, *“la ciudadanía no privilegia los partidos por la forma de elegir sus candidatos internamente”* aunque se la justifica por el *“contexto histórico y social”*.

Por otro lado, para el impulsor de la Ley de voto electrónico, el entonces Ministro de Gobierno, Cr. Randazzo, *“... la instauración del voto electrónico, es un capítulo especial dentro de la Reforma Política, porque constituye una herramienta modernizadora de los sistemas electorales y de la participación ciudadana”* (MINISTERIO DE GOBIERNO, 2005:8).

No es este el lugar para hacer el seguimiento del arduo proceso de reforma, pero a nuestro juicio la introducción de la prueba piloto de voto electrónico respondió a objetivos políticos partidarios: tanto el Gobernador como el Ministro de Gobierno hacían del voto electrónico un aspecto esencial de la reforma política, acusando, en el mismo año de la campaña, a los partidos de oposición como “vieja política” por no apoyar su reforma.<sup>23</sup> Por su parte, como si de una mera cuestión técnica se tratase, la oposición no participó ni en el diseño previo del programa ni en la elección del sistema a utilizar. Por ello, hemos afirmado en otro lugar que la introducción del voto electrónico respondió a una acción que bien puede ser calificada como “cosmético/tecnológica” (PIANA, 2006).

La ley N° 13.082 quedó sólo un poco más allá de las buenas intenciones pues sus objetivos iniciales se vieron limitados por la ausencia de una ley nacional que modificara el Código Nacional Electoral (DIÉGUEZ, TULA y EYHERABIDE, 2005). Por ello la experiencia fue sólo utilizada, tanto en 2003, 2005 y 2007, en ciertas mesas para extranjeros.

#### **4. El Plan Trienal de la Administración Pública 2004-2007**

Un cambio de orientación política e ideológica se advierte cuando la Secretaría para la Modernización del Estado pasa a ser una Subsecretaría de la Secretaría General de la Gobernación<sup>24</sup>, a

<sup>22</sup> Ley promulgada por Decreto N° 1215/03 del 18/7/03 con observaciones (B.O. 8/8/03).

<sup>23</sup> Y sin embargo, la mayor resistencia fue interna en el seno del propio partido justicialista, antes de la escisión partidaria del Frente para la Victoria.

<sup>24</sup> En un primer momento con el nombre de Subsecretaría de la Función Pública, y luego como Subsecretaría de la Gestión Pública.

cargo de la Ing. Claudia Bernazza, una de las dirigentes más importantes de lo que entonces fue la rama femenina del "felipismo".

La funcionaria definió prontamente la estrategia de la Subsecretaría que quedó plasmada en el Taller: "¿Qué Estado queremos?: Hacia un Plan Trienal de la Administración Pública" organizado en mayo de 2004. De dicho documento puede deducirse el viraje de las funciones e ideologías subyacentes, pues la modernización, como tal, deja de ser el aspecto central. En efecto, allí sostiene la Subsecretaría que "(...) *la apuesta fuerte de la Subsecretaría de la Gestión Pública es la de ser un organismo rector al servicio de la **planificación y gestión estatal** de la provincia de Buenos Aires, que sea capaz de orientar, acompañar y asistir al Estado provincial **en el diseño de sus planes de acción, sus estructuras, sus procesos organizacionales y comunicacionales**, como así también en el desarrollo de las bases para **una carrera** (tanto de los agentes como de los funcionarios) de la que hoy se carece*" (SUBSECRETARÍA DE LA GESTIÓN PÚBLICA, 2004 b: 14-15, Documento N° 1; el destacado no es del original).

Se reconoció la necesidad de variar la política de modernización iniciada por Randazzo. Como expresamente lo sostuvo el entonces Responsable Ejecutivo de la Unidad de Coordinación de Programas de Innovación, "... *a poco de andar fue reformulado, no porque hubiese existido la necesidad de cambiar las líneas estratégicas, sino porque fue necesario establecer una direccionalidad, a partir de una concepción clara sobre la caracterización y el rol del Estado*" (LONGO, 2005:8). La nueva consigna no era cambiar el Estado sino recuperarlo.<sup>25</sup> De ahí que si bien el proceso de modernización continuara, sólo fue una de las tres grandes líneas de acción.<sup>26</sup>

Se definió a la modernización como "*una posibilidad de mejora continua de la **capacidad de gestión**... la mejora no será considerada como tal si no favorece la **inclusión social***" (SUBSECRETARÍA DE LA GESTIÓN PÚBLICA, 2004 b:20).

La nueva consigna no era cambiar el Estado sino *recuperarlo*. Se partía del siguiente supuesto: el Estado refleja los valores y la concepción que la sociedad tiene del mismo; la sociedad había producido el desmantelamiento del Estado de los '90 con funestas consecuencias; refortaleciendo el Estado sería posible reconstituir el tejido social y relegitimar, consecuentemente, al Estado.<sup>27</sup> Pero, la Subsecretaría da un paso más al incorporar a partir de 2004, la innovación como concepto orientador de su accionar.

Así, las acciones de modernización del Estado son asociadas ahora a la innovación, descartando el término "reforma" por identificarlo a la concepción del Estado vigente en la década del '90. Se define la modernización como "*una posibilidad de mejora continua de la capacidad de gestión... la mejora no será considerada como tal si no favorece la inclusión social*" (SUBSECRETARÍA DE LA GESTIÓN PÚBLICA, 2004 b:20).

<sup>25</sup> Se partía del siguiente supuesto: el Estado refleja los valores y la concepción que la sociedad tiene del mismo; la sociedad había producido el desmantelamiento del Estado de los '90 con funestas consecuencias; refortaleciendo el Estado sería posible reconstituir el tejido social y relegitimar, consecuentemente, al Estado.

<sup>26</sup> Las otras dos líneas de acción eran "Fortalecimiento del Estado" como proyecto político-social y como organización a cargo de la Dirección Provincial de la Gestión Pública y "Formación para el cambio cultural" asumida por el Instituto Provincial de la Administración Pública. El área de modernización del Estado estaba a cargo de la Unidad de Coordinación de Programas de Innovación.

<sup>27</sup> Así, por ejemplo: "*En función de la experiencia, podemos afirmar que difícilmente exista una demanda social de reforma del Estado, por lo cual es interesante trabajar sobre cuestiones específicas que pueden generar un alto grado de legitimidad social, como, por*

Vemos entonces que el cambio no fue meramente de nombre. La modernización iniciada por la entonces Secretaría para la Modernización del Estado continúa, asumido ahora por una Unidad de Coordinación de Programas de Innovación, pero como una de las tres grandes líneas de acción. Las otras dos líneas de acción eran:

- **Fortalecimiento del Estado** como proyecto político-social y como organización a cargo de la Dirección Provincial de la Gestión Pública; y,
- **Formación para el cambio cultural** asumida por el Instituto Provincial de la Administración Pública (IPAP), cuya Presidencia era ejercida por el titular de la Subsecretaría de la Gestión Pública.

Dentro de los principios básicos para el diseño del **Programa de Fortalecimiento de la Calidad Institucional**, la Subsecretaría (2004 c, 9) sostiene que:

- Ninguna mejora puede implementarse si no es por decisión de la propia organización.
- La innovación debe basarse, en primera instancia, en una optimización de los sistemas actuales.
- El impacto en los servicios brindados a la ciudadanía son los pilares que justifican un proceso de innovación.
- La mejora en la relación con los usuarios no se circunscribe solamente a las áreas de atención al público, sino que pone en juego a toda la organización.
- La innovación supone siempre un aumento de los mecanismos de comunicación y participación.

En cuanto a las acciones que el Plan Trienal 2004/2007 propicia, las que dan muestras de sus principales orientaciones, la Subsecretaría buscó focalizarse en aquellos proyectos que tengan impacto en el funcionamiento de los organismos de cara a la ciudadanía, y, en la medida de lo posible, que impacten transversal y positivamente en varios ámbitos de la Administración Pública.

Entre las acciones de modernización de la nueva Subsecretaría se trabajaron en las siguientes líneas:

- Establecimiento de un **Programa de Fortalecimiento de la Calidad Institucional** con el objetivo de sostener y apoyar aquellas propuestas de innovación que han resultado exitosas, y proponer las que puedan considerarse necesarias y viables.

---

*ejemplo, mejorar la seguridad o la educación, aspectos que no tienen mucha relación con una reforma integral, pero que favorecen el inicio de un proceso mayor a partir de ganar la aprobación de la población” (LONGO, 2005:14-15)*

- Creación de un **Banco de Proyectos de Innovación** como espacio de registro y difusión de experiencias.
- Acompañamiento del **Plan Estratégico de Gobierno Electrónico**.
- Proyectos de mejora de los **sistemas administrativos de apoyo** –gestión de personal, compras y contrataciones- y al fortalecimiento de los sistemas de información y comunicación –digestos normativos y legales, directorios, legajos, servicios a través de Internet-, y a las iniciativas y programas específicos del Plan Estratégico de Gobierno Electrónico –Sistema de Recursos Humanos, Infoleg (sic)-, entre otras.

Estas nuevas estrategias de reforma dan muestra, como señaláramos, de un cambio de paradigma dentro de las políticas de reforma de la Administración. Sin embargo, cuando se estudian las políticas concretas, se advierte que el cambio no fue sustancial más allá de lo discursivo.

Resulta trascendente analizar, a esto efectos, el contenido del Decreto N° 1.322/05 de "Diseño de las estructuras del Estado Provincial" por cuanto el Gobernador había anunciado en su discurso de apertura de las sesiones legislativas en 2002 que reformularía todas las estructuras de los Ministerios según un nuevo modelo organizativo.

El Decreto constituye, en verdad, un instructivo para guiar el diseño de estructuras orgánico funcionales en todo el ámbito de la Administración Pública Provincial, centralizada y descentralizada, cualquiera fuera la naturaleza jurídica del organismo o entidad pública de que se trate (art. 1° del Decreto N° 1.322/05), buscando garantizar la expresión organizativa de los planes o proyectos de gobierno en la elaboración de organigramas y descripciones de competencias y asegurar su viabilidad.

Según el Decreto, por debajo de los Ministerios y Secretarías de Estado, se reconocen como niveles jerárquicos a la Subsecretaría, la Dirección Provincial –que requiere justificación territorial o programática-, la Dirección General<sup>28</sup> –de igual nivel jerárquico que la dirección provincial-, la Dirección, la Subdirección y el Departamento. Se prevé, además "*como respuesta a las necesidades actuales que exigen estructuras dinámicas y flexibles*" (Anexo 1.3 del Decreto) la posibilidad de crear dependencias *ad-hoc*, tales como institutos, agencias, oficinas provinciales, oficinas, unidades de coordinación, programas, proyectos, consejos, comisiones, mesas de trabajo u otras, siempre y cuando se aclare la equivalencia de sus titulares a cargos de la conducción superior, previstos en la legislación vigente. Estas dependencias *ad-hoc* responden a la necesidad de organizar el Estado según los objetivos a cumplir (RODRIGO *et al.*, 2005:11).

Sin embargo, se establece una limitación en relación a la cantidad de unidades organizativas que se reflejan en el siguiente Cuadro<sup>29</sup>:

<sup>28</sup> Se utiliza esa denominación sólo para unidades dedicadas al servicio administrativo de apoyo.

**Cuadro 2 – Cantidad de unidades organizativas por áreas hasta segundo nivel**

	<b>Subsecretarías dependientes del titular</b>	<b>Direcciones Provinciales dependientes de la Subsecretaría</b>
<b>Ministerios</b> + 4 asesores de gabinete + 1 secretario privado + 2 Direcciones Provinciales de dependencia directa	3 + 1 unidad ad hoc + 1 Dirección o Departamento de dependencia directa + 3 asesores de gabinete + 1 secretario privado por c/u	2 + 1 unidad ad hoc
<b>Secretarías</b>	2 + 1 unidad ad hoc	2 + 1 unidad ad hoc

**Fuente:** Elaboración propia.

Si bien el decreto, y con especial referencia a las unidades flexibles reconoce que en algún caso, estas unidades podrán dar cuenta de acciones coordinadas entre diferentes jurisdicciones u organismos, la necesidad de su adscripción a una estructura les hace perder esta flexibilidad. Además, cuando el Decreto hace referencia a los organigramas como expresión gráfica de las estructuras, contiene expresas consignas que descartan modificaciones a las formas verticales de mando-obediencia.

Pueden leerse expresamente en el documento elaborado por la Subsecretaría de la Gestión Pública (2004-b) las siguientes técnicas de diseño:

- El organigrama estará compuesto por entegramas ordenados por niveles y líneas de dependencia jerárquica, pudiendo, además, existir líneas de dependencia funcional.<sup>30</sup>
- Las líneas de dependencia jerárquica son aquellas que expresan la relación jerárquica entre los entegramas.
- A un entegrama se podrá llegar o salir por una sola línea de dependencia jerárquica.
- Las líneas de dependencia no se entrecruzarán.

Así, la prohibición de establecer organigramas en los que una unidad orgánica de la estructura tenga vinculación a otras dos unidades orgánicas de la estructura impide que se pueda pensar en una lógica no vertical, más aún cuando todas las estructuras deben tener una dependencia jerárquica a una superior.

Con ello, la norma deja de lado otro tipo de diseño de estructuras, tales como las estructuras matriciales, que se asocian a las organizaciones de proyectos.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Hay que recordar que, pese a que la presente norma emanó de la propia Secretaría General de la Gobernación, ella tiene 3 Subsecretarías y 2 Unidades Ad-Hoc con rango de Subsecretaría y 10 Direcciones Provinciales, además de varias unidades ad hoc con rango de dirección provincial.

<sup>30</sup> Entegrama es la representación gráfica de cada unidad orgánica de la estructura.

¿Dentro de qué esquema teórico podemos identificar este Plan? Aún cuando no hay elementos expresos que señalen su adhesión, creemos identificarlo con otra de las corrientes de la Nueva Gestión Pública, la *Teoría de la Elección Pública*, con poca recepción en Latinoamérica, pero que sin duda marcó una tendencia en la región a través de una laboriosa acción de consultores internacionales, ingleses y neocelandeses especialmente, intensificando el debate sobre la necesidad de las reformas y la apropiación local de instrumentos innovadores en el campo de la gerencia pública (Conf. FLEURY 1999).

La *Teoría de la Elección Pública*, cuyas referencias prácticas encontramos en Gran Bretaña y el Commonwealth, promueve la centralización, la coordinación y el control. Conforme a esta posición, el gobierno estaría fuertemente condicionado por la obligación de dar cuentas al electorado. Esta *accountability* electoral, impulsa a que el nivel político ejerza un fuerte control sobre los niveles burocráticos. Si los niveles políticos pueden ser "castigados" por el electorado por la ineficacia en el nivel de respuestas de la administración, es necesario que ese nivel político, sostiene esta corriente, recupere la gestión de las políticas, lo cual supone centralización en la toma de decisiones, coordinación en las acciones y, por sobre todo, control de la gestión para promover la eficacia.

Con la ampliación de incumbencias se promueve la coordinación en la gestión de las políticas.<sup>32</sup> Para ejercer un mejor control, se impulsa la reducción de los escalones intermedios de la pirámide burocrática acercando así los niveles de decisión y gestión de políticas, se terceriza o privatizan actividades públicas o bien, finalmente, se eligen discrecionalmente candidatos de confianza para ocupar determinados cargos. Así, esta otra visión, aboga por la reducción del poder de la burocracia, reforzando la incidencia de las autoridades electas no sólo en el terreno de la formulación sino en la implementación de políticas, a través de nuevos criterios de centralización, coordinación y control.

Esta perspectiva también lleva la lógica de la empresa privada al ámbito público pues tanto gobernantes como gobernados son vistos como sujetos racionales que pretenden maximizar sus beneficios. De un lado, los políticos conservando el poder, del otro, los ciudadanos obteniendo un nivel de vida más alto. Coincidiendo ambos intereses, el electorado establece un pacto por el cual "mantiene" la confianza en el gobernante y le conserva su poder político en cuanto este "conserva y amplíe" su poder económico.

Y si bien no encontramos en el Plan Trienal este "discurso", ya totalmente inviable para el período de su presentación, creemos que en el debate propiciado por la Subsecretaría de la Gestión Pública en torno a la recuperación del espacio público, el fortalecimiento del Estado y la ausencia de la burocracia en este proceso, todo ello como precondition para reconstituir el tejido social y relegitimar al Estado, nos

<sup>31</sup> Este tipo de organización no reniega de la estructura jerárquica. Por el contrario, poseen un doble flujo de autoridad, el tradicional, vertical desde el punto de vista jerárquico, al que se suma uno horizontal desde el punto de vista técnico o de los proyectos. Este tipo de estructura puede estar conformado mediante la formación de equipos con integrantes de varias áreas de la organización para llevar a cabo un proyecto de carácter transversal. Las estructuras ad-hoc y matriciales posibilitan la flexibilidad necesaria para las situaciones de cambio rápido, articulándose mediante coordinación lateral. El trabajo se desarrolla a partir de proyectos.

sitúa dentro de similares presupuestos que dan origen a las propuestas de la vertiente de la Teoría de la Elección Pública.

## 5. El Plan Estratégico de Gobierno Electrónico

En agosto de 2002 se sancionó el Decreto N° 1.824/02 que aprobara, por su artículo primero, el Plan Estratégico de Gobierno Electrónico en la Provincia de Buenos Aires. Se dictó en el mismo mes de la sanción de la Ley de Ministerios que creaba la Secretaría de Modernización del Estado.

El Plan se define como parte del proceso de reforma del Estado orientado a *“mejorar la cantidad y calidad de los servicios”*. Expresamente señala que *“(…) el uso de estas tecnologías favorece la interacción entre los gobiernos, las empresas, las comunidades y los ciudadanos, mejora la transparencia y el control de los actos de gobierno, aumenta la eficiencia de los procesos administrativos, incrementa la eficacia de los programas de gobierno y su impacto final, y propicia la formulación e implementación de políticas de desarrollo económico regional, entre otros beneficios”*.

El Decreto contiene un Anexo de 33 páginas donde se establece el Plan Estratégico de Gobierno Electrónico. En ese Anexo, nuevamente se sostiene que el Gobierno Electrónico se encuadra dentro de la Modernización del Estado aunque ahora, con más énfasis, se lo define como *“una parte fundamental de la misma”*. Se define al gobierno electrónico como *“el uso de la Tecnología en el marco de la Modernización del Estado, como medio para facilitar el acceso a los servicios gubernamentales en beneficio de los ciudadanos, las empresas y la productividad de los empleados públicos”* cuyas implicancias transforman la función gubernamental introduciendo nuevos valores: la comunicación, la cooperación, la participación interactiva y el reconocimiento de la información como valor estratégico.

Los objetivos generales del Plan eran:

- Acercar la administración pública al habitante, haciéndola más accesible y transparente y brindando más y mejores servicios;
- Implementar la gestión basada en responsabilidad por resultados y recursos;
- Aumentar el impacto de los programas de Gobierno;
- Complementar el proceso de modernización mejorando la calidad y la eficiencia de los servicios del Estado mediante el uso de información, procesos y tecnología;
- Desarrollar aplicaciones verticales y transversales, sobre una infraestructura común, que solucionen temas y problemas específicos de los habitantes.

Los beneficios esperados del Plan demuestran, o bien, lo ambicioso del proyecto, o bien, la falta de objetivos claros y precisos pues se incluían entre ellos, desde la mejora de la calidad de los servicios que

<sup>32</sup> Se pretende ampliar las incumbencias horizontalmente, con lo que son más las temáticas que cada agente tiene a su cargo, y verticalmente, con lo que gana tanto en poder, como en confianza *–empowerment–*. Obviamente, esto también conlleva, en la práctica, la creación agentes más polivalentes facilitando la tan ansiada flexibilización laboral.

el Estado brinda a sus habitantes y de la eficiencia general de la administración provincial hasta la recuperación de la legitimidad política y pública de sus organizaciones y de los empleados públicos pasando por la integración de la información.

Ahora bien, ¿cuál sería la adscripción teórica del Plan Estratégico de Gobierno Electrónico? De la definición de Gobierno Electrónico dada por el Plan<sup>33</sup> no podemos extraer una conclusión pues contiene todo los elementos de las definiciones doctrinarias:

- la tecnología como medio;
- fin: acceso ciudadano a los servicios gubernamentales, de las empresas y de los agentes estatales;
- consecuencias: transformar la función gubernamental introduciendo nuevos valores;
- Contexto: modernización del Estado.

Pero si retomamos nuevamente los objetivos del Plan, tanto generales como particulares y efectuamos una distinción según los objetivos de gobierno electrónico asociados a la eficacia y aquellos asociados a la participación, podremos advertir cuál es la visión implícita del Plan Estratégico sobre el gobierno electrónico. De un simple análisis cuantitativo surge que los beneficios relacionados con una visión del gobierno electrónico asociada a la organización (eficiencia e integración de la información) acumulaban más de la mitad de las palabras clave (66%) mientras que los objetivos relacionados con una visión del gobierno electrónico asociada a la participación (legitimidad y calidad) apenas representaban el 16%.

Pese a que el área de Gobierno Electrónico nació como un área del máximo nivel jerárquico, su importancia decreció rápidamente: si bien la falta de coordinación de políticas en materia de gobierno electrónico debía ser superada a través de la creación del Consejo de Gobierno Electrónico como oficina especializada del más alto nivel político<sup>34</sup>, el Consejo no se reunió desde su creación; la única estructura que tuvo funcionamiento fue la Secretaría Ejecutiva de Gobierno Electrónico y el Comité Ejecutivo Intersectorial de Gobierno Electrónico con dependencia funcional directa del Consejo de Gobierno Electrónico, coordinado técnicamente por el Director Provincial de Informática y Comunicaciones e integrado por las áreas informáticas de la administración bonaerense, aunque este último se reunió, en promedio, una vez al año.

<sup>33</sup> Se lo define como “*el uso de la Tecnología en el marco de la Modernización del Estado, como medio para facilitar el acceso a los servicios gubernamentales en beneficio de los ciudadanos, las empresas y la productividad de los empleados públicos*” cuyas implicancias transforman la función gubernamental introduciendo nuevos valores: la comunicación, la cooperación, la participación interactiva y el reconocimiento de la información como valor estratégico.

<sup>34</sup> El Consejo estaba integrado por el Secretario de Modernización del Estado, el Secretario General de la Gobernación y el Ministro de Economía, asistidos por un Secretario Ejecutivo de carácter permanente con rango de Subsecretario.

Dependiente dentro de la Secretaría para la Modernización del Estado, con su desaparición, la Secretaría Ejecutiva de Gobierno Electrónico pasó a depender de la Secretaría General de la Gobernación.<sup>35</sup>

## 6. Las reformas de la Subsecretaría de Gestión Tecnológica y Administrativa

La Subsecretaría de Gestión Tecnológica y Administrativa, dependiente de la Secretaría General de la Gobernación, a diferencia de las otras áreas analizadas, no tuvo un plan o programa que sustentara sus acciones; de ahí que debamos analizar su orientación a partir de los Considerandos de los Decretos propiciados desde esa área.

Para el Subsecretario, Cr. Luis Deniro, “*La implantación de todo nuevo modelo de gestión, requiere de una significativa transformación de las instituciones, en este caso las provinciales, incorporando nuevas prácticas y tecnologías (planificación estratégica, cambios estructurales, revisión y reformulación de procesos, identificación de productos, etc.) y debe estar acompañada por la reforma de los sistemas administrativos de apoyo, los que las atraviesan y condicionan*” (DENIRO, 2005:8).

La importancia del área, durante el período en estudio fue creciendo de menor a mayor de la mano del Subsecretario. Comenzó siendo una Dirección General de Administración y finalizó con la gestión de Solá, como la Subsecretaría que controlaba la administración de la Unidad de Coordinación del Gobernador, de la Secretaría de Turismo y Deportes, de la Secretaría de Prensa y Comunicación Social y co-participando en la elaboración de los proyectos de la Secretaría Ejecutiva de Gobierno Electrónico; tuvo también la administración de la Secretaría de Política Ambiental y del Teatro Argentino.<sup>36</sup>

Según se manifiesta en el artículo presentada en el X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, hizo falta combinar una fuerte dosis de racionalidad política con una sostenida interacción con los organismos a fortalecer o refuncionalizar, sobre la base de problemáticas concretas, objetivos claros y acciones determinadas (DENIRO, 2005).

¿Cómo se tradujeron estos lineamientos en las normas? Veremos en el siguiente Cuadro alguna de las consideraciones de los Decretos propiciados por esa Subsecretaría<sup>37</sup>:

<sup>35</sup> Sin embargo, y si bien la Secretaría General de la Gobernación, es un área fuerte en términos políticos y de control de recursos, es un organismo menos transversal, proveedor de insumos para la propia Administración Pública. Esto es, tiene poco contacto hacia el exterior de la Administración Pública.

<sup>36</sup> Además, para tomar cuenta del peso propio de esta Subsecretaría, es preciso recordar que dependían de esta Subsecretaría Direcciones Provinciales transversales a toda la gestión intra-administración: Direcciones Provinciales de Aeronáutica, Personal de la Provincia, Informática y Comunicaciones, General de Administración, Bienes y Servicios y Automotores y Embarcaciones Oficiales.

<sup>37</sup> Seleccionamos de los textos, párrafos completos de los aspectos vinculados a la reforma y al modelo Estatal. En todos los casos, el destacado no es del original.

**Cuadro 3 – Selección de párrafos de los Considerandos de los Decretos impulsados por la Subsecretaría de Gestión Tecnológica y Administrativa**

<p><b>Decreto N° 1204/03 que define la Red Única Provincial de Comunicación de Datos</b></p>	<p><b>Decreto N° 944/05 que aprueba el Contrato Tipo de Locación de Obra para la Administración Pública Provincial</b></p>
<p><i>Que no obstante ello, algunos Organismos Provinciales y Municipios aún cuentan con conexiones a redes independientes, situación que debe reverse definitivamente, no sólo porque generan <b>recursos ociosos e ineficaces</b> que provocan, a la vez, múltiples e innecesarias erogaciones sino que, en honor a la <b>coherencia que demanda la planificación</b> impulsada por esta Administración Provincial en materia de Modernización del Estado, deviene imprescindible <b>integrarlos</b> a la Red Única Provincial de Comunicación de Datos;</i></p>	<p><i>Que atento a que se trata de un medio de contratación al que el Estado Provincial recurre en forma repetitiva, se estima oportuno y conveniente la aprobación de un modelo tipo de contrato de Locación de Obra para que, en el marco del actual Artículo 14 del Reglamento Contractual, se contribuya a <b>evitar confusiones, dispendio de actividad administrativa y rechazos de proyectos de contrataciones;</b></i></p>
<p><b>Decreto N° 2442/05 que aprueba el Régimen sobre el Uso Responsable de Elementos Informáticos</b></p>	<p><b>Decreto N° 3578/06 de aprobación del Acuerdo Marco suscripto con la empresa Oracle Argentina S.A</b></p>
<p><i>Que en este sentido, resulta fundamental establecer para todos los agentes de la Administración Pública Provincial un <b>marco normativo único y claro</b> sobre el Uso Responsable de los Elementos Informáticos que el Estado les brinda para <b>mejorar su gestión</b> y para generar las condiciones de su <b>uso confiable, legal y eficiente;</b></i></p>	<p><i>Que de tal situación deriva la necesidad de encontrar <b>soluciones integrales y homogéneas</b> a los problemas de adquisición y uso de software con el mayor grado de beneficios para la Administración Pública Provincial;</i></p>
<p><b>Decreto N° 1859/07 que crea el sistema de Conjuntos Mínimos de Datos</b></p>	<p><b>Decreto N° 3435/07 para Contratar la provisión del servicio de acceso mediante vínculos de comunicación de datos de banda ancha fija y/o móvil con servicio de red privada virtual</b></p>
<p><i>Que esta Gestión de Gobierno impulsó en el año 2002 y a poco de asumir la administración de la Provincia de Buenos Aires, un proceso de reforma del Estado cuyos objetivos centrales fueron y son la <b>mejora de la calidad de los servicios que brinda a sus habitantes, el aumento del impacto de los programas que ejecuta mejorando la eficacia en el uso de los recursos públicos, la optimización de la</b></i></p>	<p><i>Que, como ya se ha sostenido en oportunidad de impulsar otras medidas en el campo de las Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), para la construcción de una <b>nueva gobernanza basada en la eficiencia y eficacia de las políticas implementadas,</b> resulta necesario contar con una Administración Pública que alcance altos niveles de <b>credibilidad, capacidad de gobierno, liderazgo</b></i></p>

<p><b>eficiencia general de la Administración Pública Provincial y la recuperación de la legitimidad política</b> de las instituciones públicas;</p> <p>Que para alcanzar los propósitos pretendidos resulta indispensable en primera instancia, promover una <b>adecuada coordinación intra Administración Provincial</b> con el objeto que la <b>información</b> administrada alcance niveles de <b>oportunidad, seguridad y disponibilidad</b> que posibiliten su intercambio interno, respetando los límites legales vigentes sobre confidencialidad de los datos secretos y sensibles y contribuya de manera sustancial, a la <b>eficiencia y efectividad</b> en el desarrollo de los sistemas de información provincial;</p>	<p><b>político y legitimidad</b> y, en ese sentido, la Provincia se encuentra firmemente comprometida en el <b>desarrollo de aquellos proyectos transversales</b> que, incorporando nuevas prácticas y tecnologías, promuevan la <b>reforma de los sistemas administrativos</b> y se constituyan en un efectivo apoyo y sostén de todas las actividades de carácter sustantivo, para lo cual ha incorporado, como objetivo central de la agenda de reformas, la implantación coordinada de <b>soluciones tecnológicas</b> compatibles y soportables por una infraestructura común en los diferentes Organismos;</p> <p>Que en el marco de las acciones que la Provincia se encuentra llevando adelante tendientes a <b>planificar gastos, reducir costos y obtener mayores ventajas a través de mecanismos contractuales seguros y políticas claras y uniformes</b> que estimulen la competencia, resulta imprescindible que el Estado aproveche en su totalidad esas nuevas aplicaciones, dejando habilitada la posibilidad de admitir nuevas aplicaciones a través de estos accesos;</p>
<p><b>Decreto N° 3130/06 que aprueba el Acuerdo Marco con la empresa Nextel</b></p>	<p><b>Decreto N° 3687/06 que aprueba el Acuerdo celebrado con el Correo Oficial de la República Argentina S. A.</b></p>
<p>Que esta Administración Gubernamental, en el marco del Plan de Modernización del Estado, viene desarrollando diversas acciones tendientes a <b>promover el fortalecimiento de la gestión administrativa</b>, política que conlleva implícito el objetivo de <b>simplificar</b> todos los <b>procesos</b> y procedimientos sobre los que se desarrollan y basan las acciones administrativas transversales a todos los Organismos;</p>	<p>Que en el marco del Plan de Modernización del Estado Provincial, que conlleva implícito el objetivo de <b>simplificar</b> todos los <b>procesos</b> y <b>procedimientos</b> sobre los que se desarrollan y basan infinidad de acciones administrativas transversales a todas las jurisdicciones, cabe avanzar hacia el establecimiento de <b>una relación única</b>, adoptada en el máximo nivel ejecutivo, entre la Administración Pública Provincial y el Correo Oficial de la República Argentina S.A.;</p>
<p><b>Decreto 1676/2005 que crea el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales y de los Pliegos Tipo de Bases y Condiciones Particulares por Tipo de Demanda</b></p>	<p><b>Decreto N° 2524/07 que aprueba el Acuerdo Marco suscripto con empresa Microsoft Licensing</b></p>
<p>Que entonces, sobre la base de esa experiencia y sus</p>	<p>Que en la inteligencia de <b>profundizar y facilitar una</b></p>

<p>resultados, cabe valorar e institucionalizar la modalidad de compra unificada, que implica la <b>consolidación de la demanda común</b> y de su trámite, pero mantiene <b>desconcentrados el perfeccionamiento y cumplimiento del contrato</b>, mediante la aprobación del Pliego Tipo de Bases y Condiciones para la Compra Unificada de Bienes e Insumos, incorporado en el Anexo III;</p> <p>Que en tal sentido, en su redacción se buscó <b>armonizar los requisitos</b> formales, subjetivos y objetivos, de acuerdo al texto de los últimos avances en materia contractual, conforme a la letra de los Decretos N° 787/2004 y 2698/2004, en pos de implementar un <b>procedimiento claro y transparente</b>, dotado de la necesaria <b>agilidad y eficiencia</b> a fin de obtener una mayor y mejor concurrencia al llamado del Estado Provincial a efectuar ofertas, que paralelamente respete los principios de publicidad e igualdad;</p>	<p><b>mayor y mejor relación entre el Estado y la sociedad civil</b>, esta Administración siempre priorizó la atención, adopción y desarrollo de toda herramienta y/o medio apto para la mejor consecución de tales fines; Que de tal situación deriva la necesidad de encontrar <b>soluciones integrales y homogéneas</b> a los problemas de adquisición y uso de software, con el mayor grado de beneficios para la Administración Pública Provincial;</p>
<p><b>Decreto reglamentario de la Ley N° 13.727, Decreto N° 3.313/07 para la creación de la base única de datos de vehículos y compactación de vehículos</b></p>	<p><b>Decreto N° 2455/05 que aprueba el Régimen de Uso Responsable de Telefonía Celular</b></p>
<p>Que ante esa situación (saturación de chatarra), este Poder Ejecutivo tomó la decisión de dar una <b>rápida y contundente respuesta</b>, promoviendo la aplicación de un <b>procedimiento específico</b>, con la celeridad que el caso impone, que posibilite reducir drásticamente ese universo;</p>	<p>Que es objetivo primordial del Gobierno Provincial la <b>plena optimización del uso y del gasto</b> derivado de la telefonía móvil, a efectos de lograr el máximo de <b>eficiencia</b> en la gestión de esas comunicaciones;</p> <p>Que la Secretaría General de la Gobernación tiene la responsabilidad de generar acciones tendientes a la <b>racionalización y optimización de los procedimientos de gestión de bienes y servicios</b>, entre ellos, el de comunicaciones, mediante la propuesta de pautas de carácter general;</p>

**Fuente: Elaboración propia.**

Si bien parece desprenderse de los conceptos vertidos en los actos administrativos propiciados un verdadero pragmatismo en las políticas propiciadas, en verdad, el norte de las acciones parece fundado en una fuerte preocupación por el reordenamiento del caos que la crisis de 2001 causó en la gestión

administrativa. A través de la simplificación, concentración de competencias y unificación de criterios y/o actos administrativos, se puede advertir en esta Subsecretaría otra visión de la reforma del Estado y la Administración.

## 7. Algunas notas finales

No podemos identificar, dentro de los documentos que reseñamos, la existencia de una clara línea en materia de reforma de la Administración Pública en la Provincia de Buenos Aires por parte de las grandes áreas que tuvieron competencia en esta materia durante la gestión del Ing. Solá. Por ello, el título de este artículo juega con la idea de los planes (planos) que dentro de un mismo territorio llevan por caminos distintos, que a veces se cruzan, a distintos lugares.

Por un lado, el marco teórico que le da sustento al Plan Rector de Modernización impulsado por el Cr. Randazzo es el gerencialismo. Como hemos sostenido, la serie de “premios” y “castigos” que se otorgan a los Organismos, la competencia por los recursos, así como los compromisos-contratos que contiene el Plan Rector, son una clara muestra de la adscripción del Plan de modernización a las políticas de la Nueva Gestión Pública.

En materia de reforma política, más allá de las limitaciones en el apoyo parlamentario, las modificaciones tuvieron un claro sentido oportunista: las únicas normas sancionadas tuvieron alcances muy limitados, no respondieron a convicciones reales de los legisladores ni perduraron en el tiempo.<sup>38</sup>

Del análisis del Plan Trienal de la Administración Pública 2004-2007, impulsado por la Subsecretaría de Gestión Pública, puede afirmarse que las acciones de modernización del Estado se asociaron a la innovación, descartando el término “reforma” por identificárselo a la concepción del Estado vigente en la década del ‘90. Se comienza a hablar de la recuperación del Estado y aunque se pretende diferenciar de las acciones iniciadas por el Cr. Ranzazzo en la entonces Secretaría de Modernización, cuando se estudia el Decreto de Diseño de Estructuras (Decreto N° 1322/05), se advierte del análisis de la norma que no hay grandes cambios a la lógica ni al esquema del funcionamiento de la estructura jerárquica y de organización burocrática. No se introdujo el sistema de gestión por resultados, ni de flexibilidad y no se prevén esquemas que ayuden a compartir recursos conforme al principio de organización en red. Por ello, el diseño de estructura organizativa continuó revelando una concepción del Estado organizado burocráticamente.<sup>39</sup> La pretensión de recuperar el poder de decisión de “la política” a través de la

<sup>38</sup> A ello, hay que sumar, en ambos casos, que las reglamentaciones de las Leyes por parte del Ejecutivo, desvirtuaron su contenido: en contra de los postulados de la ley N° 12.915, el Ejecutivo dejó en última instancia a criterio de las propias autoridades partidarias la posibilidad de celebrar efectivamente los procesos de selección internos en forma previa a los comicios electorales; en el segundo caso, la ley de voto electrónico, Ley N° 13.082, otorgó amplias facultades al Ejecutivo provincial para la selección del tipo específico del software necesario para llevar a cabo las elecciones con un sistema de voto electrónico, como así también para decidir la localización geográfica en donde poner en práctica la prueba piloto (SOLANO y DIÉGUEZ, 2005).

<sup>39</sup> Esta afirmación también se confirma cuando se analiza el proyecto de reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo, Decreto-Ley N° 7.647/70, pues en él pueden verse reproducidas las viejas prácticas de la administración pública y algunas peores aún. A mero título de ejemplo, el artículo 1° de la primer versión decía que

recuperación de espacio público, nos sitúa también dentro de uno de los presupuestos de otra de las corrientes de la Nueva Gestión Pública, la Teoría de la Elección pública,

¿Dentro de qué paradigma puede ubicarse el Plan de Gobierno Electrónico? Hemos señalado que entre la calidad, el aumento del impacto de los programas, la eficiencia, la legitimidad y la integración de la información, surge con claridad que los beneficios relacionados con una visión del gobierno electrónico asociada a la organización (eficiencia e integración de la información) son centrales frente a los objetivos relacionados con una visión del gobierno electrónico asociada a la participación (legitimidad y calidad).

Hemos analizado en otro lugar (PIANA, 2006) los proyectos en sí que se derivaron de esta Plan: Guía Única de Trámites, Sistema de Información Normativo Bonaerense, Sistema Integrado de Emisión y Pagos No Impositivos y Firma Electrónica. Ninguno de los proyectos estuvo orientado a mejorar la participación, transparencia o rendición de cuentas, y consecuentemente, la legitimidad estatal y en este sentido, puede decirse que, más allá de la retórica, la ejecución del plan respondió a los presupuestos subyacentes indicados más arriba.

Por último, de las transcripciones y los destacados de los Considerandos de los Decretos propiciados por la Subsecretaría de Gestión Tecnológica y Administrativa, advertimos que pese a la ausencia de un Plan, existen ciertas palabras clave sobre las que se insiste a lo largo de los años: concentración, eficiencia, simplificación y TIC's. La reconstitución del orden administrativo, con una fuerte dosis de concentración parece haber sido el *leitmotiv*. Tal vez haya sido la ausencia de un Plan y la complejidad y variedad de temáticas a su cargo las que le imprimieron la fuerte dosis de pragmatismo necesaria a la Subsecretaría como para encontrar soluciones a problemas concretos que, a la luz de los resultados medidos en términos de acumulación de poder, nos dan cuenta de su éxito.

En definitiva, más allá de las líneas trazadas por el ex gobernador Solá, si analizásemos distintas estrategias y generaciones de reforma (OSZLAK, 1999), no es posible identificar una clara política al respecto. Y aún cuando pueden correlacionarse las políticas impulsadas por la Secretaría para la Modernización del Estado, y luego Ministerio de Gobierno, dentro de las líneas teóricas del *New Public Managment*, no menos cierto es que estas políticas presuponen una institucionalidad técnica del comportamiento burocrático, con poco espacio para la ambigüedad dado el control por resultados medibles. Y sin embargo, no hay elemento más político en los procesos de decisión pública que la presupuestación, desde su diseño, distribución, control, hasta su ejecución (ARELLANO GAULT, 2001). Tampoco resulta evidente que las políticas de reforma de la Subsecretaría de Gestión Pública puedan ser claramente identificables con las enroladas en las de "segunda generación" (OSZLAK, 2003), ya que políticas centrales para esta visión, tales como la implantación de sistemas de carrera administrativa

---

"(esta ley) Deberá ser interpretada en la forma en que mejor asegure el equilibrio entre la eficacia de la Administración Pública y los derechos individuales y colectivos de la ciudadanía" como si los derechos debieran ceder y/o equilibrarse ante la necesidad de la eficacia.

basados en el mérito, a la capacitación y desarrollo permanente del personal no pasaron más allá de un objetivo declamado<sup>40</sup>.

Es evidente la concreta preocupación del gobernador por la gobernabilidad en el contexto de la crisis en que asumió pero la coexistencia de distintas visiones en materia de reforma del Estado y la Administración Pública no sólo atentó contra su coherencia. Hemos advertido del discurso del gobernador que si bien hay una fuerte preocupación sobre el funcionamiento del Estado, en especial expresada en ocasión de la Apertura de las Sesiones Ordinarias, en el "día a día", no ha sido un tema de la agenda pública.

Cada una de esas visiones presupone problemáticas y diagnósticos distintos, y, naturalmente, propone soluciones diferentes. Estas diferencias generan, a su vez, resistencias y conflictos entre los grupos encargados de llevar adelante la reforma.

Así, resulta evidente que la reforma, asumida como política de Estado, tal como la identifica Hoyos (2008), no existió en el período estudiado porque esa preocupación ha sido interpretada y reinterpretada por cada uno de los actores de diversa manera. Desde una visión, el problema de la eficacia ha sido central; desde otra, la legitimidad y la inclusión social; desde otra, la estabilidad. En otro lado se ha escrito –y bien– acerca de cada una de estas concepciones y su vinculación con la gobernabilidad (CAMOU, 2001). Sobre quién representó una y otra, ha versado este artículo.

## 8. Referencias bibliográficas

### I. Libros

1. AGUILAR VILLANUEVA, L. *La hechura de las políticas*. Porrúa, México, 1993. Aguilar Villanueva, 1993.
2. CALSAMIGLIA BLANCAFORT, H. y TUSÓN, A. *Las cosas del decir. Manual de Análisis del Discurso*. Ariel, Barcelona, 2002.
3. CAMOU, A. *Gobernabilidad y democracia*. Instituto Electoral Federal, México, 2001.
4. CHERESKY, I. *La política después de los partidos*. Prometeo, Buenos Aires, 2006
5. HEEKS, R, (ed.). *Reinventing Government in the Information Age: International Practice in IT-Enabled Public Sector Reform*. Routledge. London/New York, 2001.
6. OLLIER, M.M. *Atrapada sin salida. Buenos Aires en la política nacional (1916-2007)*. UMSAN Edita, Buenos Aires, 2011.
7. OSBORNE D. y GAEBLER T. *La Reinención del Gobierno: cómo el espíritu empresarial está transformando el Sector Público*. Paidós, Barcelona, 1994.
8. SALTALAMACCHIA, H. R. *Del proyecto al análisis: aportes a una investigación cualitativa socialmente útil*. Edición del autor, Buenos Aires, 2005.

<sup>40</sup> No queremos decir con ello que las acciones de la Subsecretaría no hayan orientado sus acciones hacia ello. Pero son los resultados (o no) de las políticas impulsadas los que nos hacen calificar como declamatorios.

9. VAN DIJK, T. *Estructuras y funciones del discurso*. Siglo Veintiuno, México, 1997.
10. VAN DIJK, T. *La Ciencia del Texto*. Paidós, Barcelona, 1989.

## II. Artículos de Revistas y Ponencias

1. ARELLANO GAULT, D. "Dilemas y potencialidades de los presupuestos orientados a resultados: límites del gerencialismo en la reforma presupuestal". Ponencia presentada en el VI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública, Buenos Aires, Argentina, 2001.
2. FLEURY, S.. "Reforma del Estado en América Latina. ¿Hacia dónde?" en *Revista Nueva Sociedad*, No.160, Marzo-Abril, 1999. Caracas, 1999.
3. HOYOS, M. "Los desafíos de la reforma del Estado" en *Cuestiones de Sociología. Revista de Estudios Sociales*. La Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación UNLP – Ed. Prometeo, 2008.
4. LÓPEZ, A. (coord.), 2005. "Indicadores de Gestión para el Monitoreo de las Políticas de Modernización en el Sector Público: Revisión teórica y propuesta para su elaboración" en *Revista Desarrollo Institucional y Modernización del Estado*, N° 71, Instituto Nacional de la Administración Pública, Dirección de Investigaciones, Junio 2005.
5. OSZLAK, O. "El desafío de la segunda reforma del Estado. De menor a mejor" en *Revista Nueva Sociedad*, Número 160, Venezuela, 1999, 81-100.
6. OSZLAK, O. "Escasez de recursos o escasez de innovación?: la reforma estatal argentina en las últimas dos décadas". Ponencia presentada en el VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 2003.
7. PIANA, R. S. "Gobierno Electrónico. Estudio de las políticas de Gobierno Electrónico en la Provincia de Buenos Aires". Tesis doctoral en Ciencia Política. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad del Salvador, 2006.
8. REYNOSO, D. "Bicameralismo y sobre representación en Argentina en perspectiva comparada". En *Revista de la Sociedad Argentina de Análisis Político*, Buenos Aires, 2005, Volumen 2 Número 1, pp.69-94.
9. SOLANO, M. y DIÉGUEZ, G. "Los ciclos de la agenda de reforma política en la Legislatura Bonaerense. Una mirada al comportamiento legislativo en el período 1999 – 2005". Artículo presentado en el VII Congreso Nacional de Ciencia Política de la Sociedad Argentina de Análisis Político (SAAP), Córdoba, Noviembre de 2005.

## III. Documentos oficiales, de trabajo y de funcionarios

1. DENIRO, L.A. "Utilización de recursos informáticos para transparentar, asegurar y agilizar el proceso licitatorio para la contratación del servicio de comunicación de datos de la intranet provincial" Ponencia presentada en el X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 2005.

2. LONGO, G. "Fortalecer el Estado para mejorar la transparencia institucional". Ponencia presentada en el X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 2005.
3. MINISTERIO DE GOBIERNO. *Voto electrónico 2*. Provincia de Buenos Aires, 2005.
4. RANDAZZO, A. F. *Modernización el estado para fortalecer la democracia. El proceso de modernización del Estado de la primera provincia argentina*. Buenos Aires, Ed. Promteo, 2004.
5. RODRIGO P., PARÍS S. y BONET, T.. "El diseño de estructuras en el Estado Provincial". Documento de trabajo. Subsecretaría de la Gestión Pública. Provincia de Buenos Aires, 2005.
6. SUBSECRETARÍA DE LA GESTIÓN PÚBLICA, "Sobre el rol del Estado y modernización estatal. Compilación sintética de los discursos del Sr. Gobernador Felipe Solá". Subsecretaría de la Gestión Pública, Secretaría General de la Gobernación. La Plata, 2004 a.
7. SUBSECRETARIA DE LA GESTIÓN PÚBLICA. Plan Trienal de la Gestión Pública 2004-2007. Subsecretaría de la Gestión Pública, Secretaría General de la Gobernación, 2004 b.
8. SUBSECRETARÍA DE LA GESTIÓN PÚBLICA. Plan Trienal de Gestión Pública 2004-2007. Eje 2 Modernización e innovaciones en el ámbito público. Innovar para mejorar el Estado Documento N° 2. Secretaría General de la Gobernación. La Plata, 2004 c.

# **RELACIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DARFUR Y LIBIA: ¿INTERVENCIONES SUMAMENTE SELECTIVAS EN DERECHO INTERNACIONAL PENAL?**

**Por Tamara Quiroga**

## **RESUMEN**

El artículo examina el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional por remisión de una situación por el Consejo de Seguridad actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Se intenta establecer la existencia de principios de procedimiento penal aplicables en los casos remitidos por el Consejo de Seguridad que, si bien hasta el momento han sido únicamente dos - Darfur y Libia - han dejado material de análisis suficiente para examinar cuál ha sido el tratamiento procesal de las investigaciones que dieran origen a los casos en los que actualmente interviene el Tribunal. Este punto de análisis resulta interesante considerando que nada dice el Estatuto de Roma sobre la adopción de decisiones preliminares cuando la situación hubiera sido remitida a la Corte por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

## **PALABRAS CLAVES**

Derecho Internacional Penal - Consejo de Seguridad – Corte Penal Internacional – Remisión – Suspensión.

# **RELATIONSHIP OF THE UN SECURITY COUNCIL AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT DARFUR AND LYBIA: HIGHLY SELECTIVELY INTERVENTIONS IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW?**

**By Tamara Quiroga**

## **SUMMARY**

The article discusses the ICC's exercise of jurisdiction by referral of a situation by the UNSC acting in accordance with the provisions of Chapter VII of the UN Charter. It attempts to establish the existence of principles of criminal procedure applicable in cases referred to it by the Security Council that, although they have so far been only two – Darfur and Lybia - have left material of sufficient analysis to examine which has been the procedural handling of investigations that give rise to the cases in which currently involved the International Criminal Court. This point of analysis proved interesting considering that nothing said the Rome Statute on the adoption of preliminary decisions when the situation would have been sent to the ICC by the UNSC.

## **KEY WORDS**

International Criminal Law - Security Council - International Criminal Court - Referral - Suspension

# RELACIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DARFUR Y LIBIA: ¿INTERVENCIONES SUMAMENTE SELECTIVAS EN DERECHO INTERNACIONAL PENAL?

Por Tamara Quiroga\*

## Introducción

La alternativa adoptada por los Estados para juzgar y sancionar a individuos que resulten penalmente responsables en el ámbito internacional por la comisión de crímenes internacionales en una jurisdicción internacional penal permanente de las características de la Corte Penal Internacional lleva a considerar el marco en el que eventualmente aquéllos pueden ser juzgados cuando la competencia del Tribunal es ejercida por remisión de una situación al Fiscal de la Corte por Resolución del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta.

Este supuesto da lugar al análisis de la particular relación que prevé el Estatuto de Roma entre el Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional y las consecuencias que se deriven de este especial vínculo, si se considera que el primero es un órgano político de una Organización Internacional Interestatal al que el tratado internacional que la establece le otorga la función primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales en tanto que la Corte es un tribunal internacional penal de carácter permanente con capacidad para conocer en crímenes de lesa humanidad, guerra, genocidio y agresión.

Al examen de las atribuciones del Consejo de Seguridad acorde a lo previsto en la Carta de las Naciones Unidas y a las prerrogativas que le otorga el Estatuto de Roma se dedicarán las siguientes páginas.

---

\* Candidata admitida para la obtención del título de Doctor de la Universidad de Buenos Aires. Resolución (CD) 1134/11. Área de investigación: Derecho Internacional. Consejero de Estudios: Profesor Emérito Hortensia GUTIERREZ POSSE. Maestría en Relaciones Internacionales (III Cohorte). Orientación en Derecho Internacional y Organismos Internacionales. Proyecto de Tesis Aprobado por Resolución (CD) n° 3928/2007. Tópico: "La Corte Penal Internacional. Jurisdicción y Competencia en el crimen de agresión" Dirección Proyecto: Prof. Juan Manuel GRAMAJO; Prof. Silvia FERNÁNDEZ de GURMENDI. Dirección Investigación: Profesor Emérito Hortensia GUTIERREZ POSSE. Pontificia UNIVERSIDAD CATOLICA ARGENTINA "Santa María de los Buenos Aires" – FACULTAD DE DERECHO Título: ABOGADA. Fecha de expedición: 24-VIII-2000. Auxiliar Docente. Ingreso por Concurso. Resolución (CD) n° 690/10. Departamento DERECHO PÚBLICO II - Cátedra DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Titular: Profesor Emérito. Hortensia GUTIERREZ POSSE

## 1-Las atribuciones del Consejo de Seguridad

Corresponde considerar al Consejo de Seguridad para comprender el vínculo particular que este órgano político tiene con la Corte Penal Internacional. En la Carta se dispone que el Consejo de Seguridad se componga de quince miembros de las Naciones Unidas. La República de China, Francia, la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas<sup>1</sup>, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América, son miembros permanentes y la Asamblea General elige otros diez miembros de las Naciones Unidas que serán miembros no permanentes, prestando especial atención a la contribución de los miembros al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y a los demás Propósitos de la Organización así como también a una distribución geográfica equitativa. Los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad son elegidos por un período de dos años y tanto ellos como los miembros permanentes tienen un representante.<sup>2</sup>

Para comprender – en parte – el funcionamiento del Consejo de Seguridad ha de tenerse presente que el moderno Derecho Internacional es un sistema de normas jurídicas que regulan las relaciones entre quienes son sus sujetos, integrado por dos subsistemas. Un subsistema de coordinación y un subsistema de cuasi subordinación. El subsistema de coordinación está basado en la igualdad jurídica de los Estados; en él la creación de las normas radica en el acuerdo de voluntades; los intérpretes de las normas así creadas son las partes, y las partes controlan recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Sin embargo, ese control sólo puede efectuarse por una vía pacífica puesto que el empleo de la fuerza armada ha sido delegado por los Estados en un tercero: la Organización de las Naciones Unidas y en ella, específicamente, en el Consejo de Seguridad<sup>3</sup>. Es decir que el sistema de Derecho Internacional se integra no sólo por un subsistema de coordinación, descentralizado, sino también por un subsistema de cuasi subordinación aun cuando este subsistema tiene un solo ámbito de validez material - el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales - y seguirá vigente en tanto todos los Estados parte en la Carta de las Naciones Unidas no resolviesen derogarlo. (GUTIERREZ POSSE, 2006, 30)

Si bien cada miembro del Consejo de Seguridad tiene un voto, las decisiones sobre cuestiones de procedimiento se toman por el voto afirmativo de nueve miembros, mientras que todas las demás cuestiones son decididas por el voto afirmativo de nueve miembros, en los que deben estar incluidos los votos afirmativos de los miembros permanentes.<sup>4</sup> En ambos supuestos, conforme la práctica del órgano, las ausencias o abstenciones no comportan votos negativos, por lo que ha de tratarse de nueve votos afirmativos de los presentes y votantes. Este órgano funciona en forma continua, celebrando reuniones

---

<sup>1</sup> Luego de su separación y posterior desaparición – ocurrida en 1991 – el lugar de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas como Miembro Permanente del Consejo de Seguridad es ocupado por la Federación de Rusia.

<sup>2</sup> Carta ONU, art.23.

<sup>3</sup> *Ibid.*, Capítulo VII.

<sup>4</sup> *Ibid.*, art. 27.

periódicas, aun en lugares que estén fuera de la sede de la Organización.<sup>5</sup> En la Carta se lo faculta para establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el cumplimiento de sus funciones<sup>6</sup>.

En este sentido en la Carta se prevé que a fin de asegurar una acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales y reconocen que él actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad<sup>7</sup> por lo que convienen en aceptar y cumplir sus decisiones de acuerdo con la Carta.<sup>8</sup>

### **a) Las atribuciones del Consejo de Seguridad en materia de arreglo de controversias**

La Carta distingue entre situaciones y controversias que pueden llegar a ser consideradas por el Consejo de Seguridad al ser susceptibles de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales. Cualquier Miembro de las Naciones Unidas que no sea miembro del órgano puede llevar unas y otras a su conocimiento y podrá participar sin derecho a voto en la discusión cuando éste considere que los intereses de ese Miembro están afectados de manera especial. En cambio, un Estado que no es Miembro de las Naciones Unidas sólo puede llevar a la atención del Consejo de Seguridad una controversia en la que sea parte si acepta de antemano, en lo relativo a la controversia, las obligaciones de arreglo pacífico establecidas en la Carta. El Estado que tenga asiento en el Consejo de Seguridad, así como el Estado Miembro de la Organización que no lo sea del órgano, si fueren parte en una controversia que esté considerando el Consejo de Seguridad, aun participando de las discusiones, no tendrán derecho a voto. El Consejo de Seguridad establecerá las condiciones que estime justas para la participación de los Estados que no sean Miembros de las Naciones Unidas.<sup>9</sup>

Para cumplir con la responsabilidad primordial que tiene el Consejo de Seguridad en el desempeño de las funciones que le impone tal responsabilidad<sup>10</sup>, en la propia Carta se prevén dos alternativas<sup>11</sup>: por un lado, la posibilidad de lograr por medios pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de las controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz; por el otro, la capacidad de tomar

<sup>5</sup> *Ibid.*, art. 28.

<sup>6</sup> *Ibid.*, art. 29. El Consejo establece organismos a fin de cumplir sus funciones y, en tal sentido, se pueden mencionar los siguientes: Comités Permanentes y Órganos Especiales, Misiones y Operaciones de Mantenimiento de la Paz; Comité de las Naciones Unidas contra el Terrorismo y, especialmente relevantes a los fines de esta investigación, también han sido establecidos como organismos subsidiarios del Consejo de Seguridad dos jurisdicciones internacionales penales a las que se ha hecho mención en el Capítulo I del presente trabajo, a saber: El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Información disponible en: <http://www.un.org/spanish/aboutun/UNsystemchartspanish.pdf>

<sup>7</sup> Carta ONU., art. 24.1

<sup>8</sup> *Ibid.*, art. 25

<sup>9</sup> *Ibid.*, arts. 27.3, 31 y 32

<sup>10</sup> *Ibid.*, art. 23.

<sup>11</sup> *Ibid.*, art. 1.1

medidas colectivas eficaces para prevenir o eliminar amenazas a la paz y para suprimir actos de agresión y otros quebrantamientos de la paz.

En lo que hace a la primera de ellas, en el Capítulo VI – Arreglo Pacífico de controversias – se consideran los supuestos de participación del órgano en controversias o situaciones que, de continuar, fuesen susceptibles de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; valores fundamentales para la comunidad internacional. De este modo, las partes involucradas en este tipo de controversias, de así convenir<sup>12</sup>, han de solucionarlas por una vía pacífica<sup>13</sup>, quedando facultado el Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, a instarlas a que las solucionen por alguno de los medios que pudiesen concordar en considerar adecuados.<sup>14</sup>

No obstante el carácter voluntario de la decisión de solucionar las controversias internacionales, cuando se trate de una situación susceptible de conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia el Consejo de Seguridad está facultado a investigarla a fin de determinar si la prolongación de tal controversia o situación puede poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Esta facultad, dada en el Capítulo VI de la Carta, resulta relevante porque es en razón de estas investigaciones que el órgano recomienda, decide y, en lo que aquí interesa, puede llegar a determinar la remisión de una situación que ponga en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales a conocimiento del Fiscal de la Corte Penal Internacional con arreglo, en este supuesto, a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas<sup>15</sup> si llegase a la conclusión de que en esa situación parece que se han cometido – por individuos - uno o varios crímenes de competencia de este Tribunal.<sup>16</sup>

El Consejo de Seguridad también podrá recomendar – en cualquier estado en que se encuentre una controversia o una situación que de prolongarse sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales – procedimientos o métodos de ajuste, tomando en consideración aquéllos que las partes hayan adoptado para el arreglo de la controversia, así como que en caso de controversias de orden jurídico, por regla general, deben ser sometidas por las partes a la Corte Internacional de Justicia de conformidad con las disposiciones de su Estatuto.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> *Ibid.*, art. 2.1

<sup>13</sup> El artículo 33 de la Carta enumera – no taxativamente - como medios pacíficos de solución de controversias: la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección

<sup>14</sup> Carta ONU, art. 33.2

<sup>15</sup> *Ibid.*, art. 34. Ejemplos de estas investigaciones que dieron lugar a posteriores decisiones del Consejo de Seguridad fueron las adoptadas mediante Resolución 1593 (2005) y 1970 (2011), en relación con las situaciones en Darfur y Libia, sobre las que se volverá más adelante. Así también las investigaciones dieron lugar a las decisiones que el Consejo adoptó actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas al establecer dos jurisdicciones internacionales penales *ad hoc*; el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Estos tribunales fueron creados, respectivamente, mediante Resolución 827(1993) y Resolución 955 (1994).

<sup>16</sup> El artículo 13.b del Estatuto de Roma dispone, como uno de los supuesto de ejercicio de la competencia por la Corte Penal Internacional, que el Tribunal podrá ejercerla respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el Estatuto si el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes.

<sup>17</sup> *Ibid.*, art. 36.

Para el caso de que no pudiera ser arreglada por medios pacíficos todas las partes en ella pueden someterla al Consejo de Seguridad y, si el órgano estimare que su continuación es realmente susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, puede recomendar un método que entienda apropiado o los términos del arreglo.<sup>18</sup> A más y, sin perjuicio de todo lo expuesto, si las partes lo solicitan, el Consejo puede hacerles recomendaciones a efecto de que se llegue a un arreglo pacífico.<sup>19</sup>

Hasta aquí las atribuciones que otorga la Carta de las Naciones Unidas al Consejo de Seguridad en materia de arreglo pacífico de controversias cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Pero con su consideración no se agotan las competencias que se le han atribuido. En efecto, cabe ahora comenzar el análisis de las capacidades para accionar en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de ésta o actos de agresión, contenidas en el Capítulo VII de este tratado.

### **b) Las atribuciones del Consejo de Seguridad en caso de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz y actos de agresión.**

En la Carta se otorga competencia al Consejo de Seguridad para ser el único órgano de las Naciones Unidas facultado a determinar la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión<sup>20</sup>; esta facultad ha de desempeñarse procediendo de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas.<sup>21</sup> Si bien esta potestad podría ser interpretada como una capacidad particular de legislar; se considera que las Naciones Unidas no tienen un órgano legislativo como tal; cada norma de derecho internacional dispositivo está basada, en principio, en el consentimiento de los Estados que conforman la Organización. (DE LA SERNA GALVAN, 2011, 147)

No obstante, cuando se trata de situaciones que ponen en riesgo la paz y la seguridad internacionales, la propia Carta prevé la intervención del Consejo de Seguridad a través del accionar que regula el Capítulo VII, generando decisiones vinculantes para todos los Miembros de las Naciones Unidas<sup>22</sup>. Esta intervención debe cumplir con los requisitos formales establecidos en la Carta<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> *Ibid.*, art. 37.

<sup>19</sup> *Ibid.*, art. 38

<sup>20</sup> Acorde al artículo 39 de la Carta, el Consejo también está facultado para – una vez determinada la existencia de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión – hacer recomendaciones o decidir qué medidas serán tomadas para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Estas medidas están previstas en los Artículos 41 y 42 de la Carta.

<sup>21</sup> Carta ONU, art. 24.2

<sup>22</sup> Carta ONU, art. 25 y arts. 2, 5 y 6.

<sup>23</sup> El artículo 27 punto 3 expresa que las decisiones del Consejo de Seguridad sobre todas las cuestiones que no sean de procedimiento serán tomadas por el voto afirmativo de nueve miembros, incluso los votos afirmativos de todos los miembros permanentes. Si bien no hay una mención explícita al “poder de veto” el hecho de que en cuestiones que no sean procesales el voto afirmativo de los cinco miembros permanentes, o al menos la abstención, sean condición *sine qua non* para adoptar una resolución; provoca un obligado análisis sobre la dificultad operativa para que el órgano cumpla con su responsabilidad primordial.

A su vez en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, tal como se adoptó el texto en 1998, también se otorga una atribución específica al Consejo de Seguridad al habilitarlo para que remita una situación al Fiscal, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta; situación en que parezca haberse cometido un crimen de la competencia de la Corte; entre los cuales - por cierto - se encuentra el crimen de agresión.

Con el fin de especificar en detalle como operaría esta remisión que el Estatuto únicamente refiere debe ser con arreglo al Capítulo VII de la Carta, se podría afirmar que aquella encuentra fundamento en el artículo 41 de ésta. Este artículo establece que el Consejo de Seguridad, una vez determinada la existencia de un acto de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, puede decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, así como instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas<sup>24</sup>. Es dable interpretar entonces que la remisión de una situación al Fiscal de la Corte por parte del Consejo de Seguridad tiene dos bases normativas convencionales: por un lado, la atribución que el artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas le confiere al órgano<sup>25</sup>, y por el otro, lo dispuesto por el artículo 13 punto b) del Estatuto de Roma cuando prevé la actuación del órgano con arreglo a lo establecido en el Capítulo VII de la Carta, como una de las formas de impulsar el ejercicio de la competencia por el Tribunal.

Esta particular atribución del Consejo de Seguridad – tomar medidas que no impliquen el uso de la fuerza e instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas – se ha ejercido en las remisiones que, hasta el momento, ha hecho el Consejo de Seguridad al Fiscal de la Corte Penal Internacional con relación a las situaciones de Darfur en 2005<sup>26</sup> y Libia en 2011<sup>27</sup>. Si bien más adelante se hará un análisis de ambas situaciones, cabe señalar al respecto que únicamente en esta última se ha hecho mención a la aplicación del artículo 41, mientras que en la primera únicamente se expresa que la remisión al Tribunal se hace con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta, sin hacer referencia a la aplicación de un artículo en particular.

Surgen así dos análisis diferenciados respecto del ejercicio de la atribución prevista por el artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas. Con relación a aquel Estado para quien se toma la medida, ésta se decide - como ha sucedido en los casos mencionados de Sudán y Libia – mientras que con relación a los demás Estados Miembros de las Naciones Unidas se los insta a aplicar las medidas que el Consejo ha impuesto respecto de las situaciones en cuestión.

<sup>24</sup> Estas medidas podrán comprender, entre otras, la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.

<sup>25</sup> En este sentido, la remisión de una situación susceptible de poner en peligro la paz y la seguridad internacional a conocimiento de una jurisdicción internacional permanente de las características de la Corte Penal Internacional se interpreta como una medida que no implique el uso de la fuerza para hacer efectivas sus decisiones respecto de la situación considerada.

<sup>26</sup> Consejo de Seguridad, Resolución 1593 (2005)

<sup>27</sup> *Ibid.* ; Resolución 1970 (2011)

Así, incluso cuando un Estado no fuera parte del Estatuto que constituyó el Tribunal pero sí lo fuera de las Naciones Unidas, resultará afectado por la decisión adoptada en virtud del artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas, es decir, estará obligado a cooperar con el Tribunal sí y sólo si la competencia de la Corte fuera activada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 punto b) del Estatuto de Roma. Para los demás Miembros de las Naciones Unidas – con independencia de su consentimiento en obligarse por lo dispuesto en el Estatuto de Roma – las medidas impuestas por el Consejo de Seguridad en uso de la atribución prevista por el artículo 41 de la Carta comportarán una ejecución de aquéllas si el órgano así lo hubiera decidido.

En todos los casos - sea imponiendo medidas a los Estados involucrados en la situación que, según lo ha determinado, constituye una amenaza a la paz, quebrantamiento de paz o agresión, o bien urgiendo a los demás Estados a la pronta ejecución para hacer efectivas sus decisiones - lo decidido por el órgano resultará obligatorio y el contenido de la resolución del Consejo de Seguridad tendrá naturaleza vinculante.<sup>28</sup>

Ahora bien, para visualizar los alcances de lo afirmado, quizá resulte más claro examinar a continuación los registros de las situaciones que al momento en que se realiza este trabajo han sido remitidas por el Consejo de Seguridad al Fiscal de la Corte Penal Internacional y que se señalaron anteriormente, esto es las situaciones en Darfur y en Libia.

## **2-Remisión de una situación al Fiscal de la Corte Penal Internacional por el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.**

El Estatuto de Roma<sup>29</sup> prevé que la Corte ejerza su jurisdicción en los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto de conformidad con el Estatuto. A este fin establece que el Tribunal tendrá competencia respecto de los siguientes crímenes: crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, crimen de agresión<sup>30</sup> y podrá ejercerla si: i) un Estado remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes<sup>31</sup>, pidiéndole que investigue la situación a los fines de determinar si se ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas. En la medida de lo posible, en la remisión se especificarán las circunstancias pertinentes y se adjuntará la documentación justificativa de que disponga el Estado denunciante;<sup>32</sup> ii) el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la

<sup>28</sup> Esto encuentra fundamento en lo previsto por el artículo 25 de la Carta de la ONU al establecer que los Miembros de las Naciones Unidas convienen en **aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad** de acuerdo con la Carta. (énfasis agregado)

<sup>29</sup> Estatuto constitutivo de la Corte Penal Internacional. Adoptado el 17 de julio en la Conferencia Diplomática celebrada en Roma en 1998.

<sup>30</sup> Estatuto de Roma, art. 5.

<sup>31</sup> *Ibid.*, art. 13.a.

<sup>32</sup> *Ibid.*, art. 14.

Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes<sup>33</sup>; o iii) el Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo.<sup>34</sup>

Es decir que el Consejo de Seguridad – actuando conforme lo dispuesto en el capítulo de la Carta de la Organización referido a la acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión – puede remitir una situación al Fiscal de la Corte Penal Internacional, lo que hasta el momento se ha efectuado con relación a dos de ellas; esto es Darfur, a comienzos del año 2005, y Libia, a principios del año 2011.

### **a) Darfur**

En la primera de ellas, el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 1593 (2005)<sup>35</sup>. El órgano, tomando nota del informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre las transgresiones del Derecho Internacional Humanitario y de las normas de Derechos Humanos en Darfur, determinó que la situación en el Sudán seguía constituyendo una amenaza a la paz y la seguridad internacionales y, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, decidió remitir la situación en Darfur desde el 1° de julio de 2002 al Fiscal de la Corte Penal Internacional. Asimismo decidió que el Gobierno del Sudán y todas las demás partes en el conflicto de Darfur debían cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal prestando toda la asistencia necesaria en aplicación de la Resolución y, aunque reconocía que los Estados que no resultaban partes en el Estatuto de Roma no tendrían obligación alguna con arreglo a dicho Estatuto, en la Resolución exhortaba a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperasen plenamente.

El Consejo de Seguridad invitó a la Corte y a la Unión Africana a que examinasen arreglos prácticos que facilitasen la labor del Fiscal y de la Corte, incluida la posibilidad de llevar a cabo actuaciones en la región, lo que el Consejo consideró que contribuiría a las iniciativas regionales de lucha contra la impunidad. Asimismo, alentó a la Corte a que, según correspondiese y de conformidad con el Estatuto de Roma, apoyase la cooperación internacional con medidas nacionales destinadas a promover el imperio de la ley, proteger los Derechos Humanos y combatir la impunidad en Darfur; subrayando la necesidad de promover la recuperación y la reconciliación y alentando a este respecto la creación, con la intervención de todos los sectores de la sociedad sudanesa, de instituciones como las comisiones de verdad o de reconciliación, para complementar los procesos judiciales y fortalecer así las medidas encaminadas a restablecer una paz duradera, con el apoyo de la Unión Africana y de la comunidad internacional en caso necesario.

El Consejo decidió, además, que los nacionales, los ex funcionarios o funcionarios o el personal de un Estado contribuyente que no sea Sudán y no sea parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se sometan a la jurisdicción exclusiva de ese Estado contribuyente respecto de todos los

<sup>33</sup> *Ibid.*, art. 13.b.

<sup>34</sup> *Ibid.*, art. 13.c y 15.

supuestos actos u omisiones derivados de las operaciones en Sudán o relacionados con ellas, establecidas o autorizadas por el Consejo o la Unión Africana, a menos que ese Estado contribuyente hubiera renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva.

Por último, en la Resolución referida, el Consejo reconoció que ninguno de los gastos derivados de la remisión a la Corte, incluidos los relativos a las investigaciones o los enjuiciamientos relacionados con dicha remisión, debían ser sufragados por las Naciones Unidas sino por las partes en el Estatuto de Roma y por aquellos Estados que desearan contribuir voluntariamente. Asimismo invitó al Fiscal a que se dirigiese al Consejo para informar de las medidas adoptadas de conformidad con la resolución dentro de los tres meses siguientes a la fecha de aprobación de ésta y posteriormente cada seis meses, decidiendo seguir ocupándose de la cuestión.

Se advierte entonces, que el Consejo de Seguridad alentó a la Corte a combatir la impunidad en Darfur<sup>36</sup> y que la remisión de la situación por el Consejo de Seguridad al Fiscal de la Corte motivó el inicio de varios casos que al momento de elaboración de este trabajo están siendo tratados por la Corte Penal Internacional para establecer la eventual responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes de su competencia por parte de aquellos contra los cuales se ha dictado orden de captura, alguno de los cuales están siendo procesados.<sup>37</sup>

Luego de la adopción de la Resolución 1593 (2005) la Fiscalía inmediatamente inició un extenso proceso de búsqueda de información y análisis para cumplir con el requisito estatutario previsto en el artículo 53.1; es decir, para decidir si habría de iniciar una investigación. Para esto el Fiscal debió tener en cuenta si: a) la información de que disponía constituía fundamento razonable para creer que se había cometido o se estaba cometiendo un crimen de la competencia de la Corte; b) el asunto es o sería admisible de conformidad con el artículo 17 del Estatuto y c) existían razones sustanciales para creer que, aún teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia.

Conforme surge del primer informe hecho por la Fiscalía al Consejo de Seguridad<sup>38</sup> el 29 de junio de 2005, ese requisito estatutario – aquel establecido por el artículo 53.1 - se llevó a cabo a través de un equipo multidisciplinario que evaluó más de 2500 documentos incluyendo registros documentales, videos y entrevistas que habían sido recolectadas por la Comisión de Investigación sobre Darfur que en su

<sup>35</sup> Resolución 1593 (2005) adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 31 de marzo del año 2005.

<sup>36</sup> El texto de la resolución expresa textualmente: "(...) *El Consejo de Seguridad (...) Determinando que la situación en el Sudán sigue constituyendo una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, (...); Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, 1. Decide remitir la situación en Darfur desde el 1° de julio de 2002 al (...)*".

<sup>37</sup> Los casos analizados en Darfur pueden ser consultados en el sitio web oficial de la Corte Penal Internacional:

[http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/situation%20icc-0205?lan=en-GB](http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/situation%20icc-0205?lan=en_GB)

Última fecha de consulta: 28 de mayo 2012.

<sup>38</sup> Primer Informe de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Fecha 29 de junio de 2005. Texto completo en inglés disponible en [http://www.icc-](http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/situation%20icc-0205?lan=en_GB)

momento había dirigido al Consejo de Seguridad<sup>39</sup>. Además, se adicionaron 3000 documentos proveniente de diferentes fuentes de información y se estableció contacto con más de 100 grupos e individuos, se lograron entrevistas con más de 50 personas expertas en la situación de Darfur con el objetivo de determinar la identidad de las personas que pudieran tener mayor responsabilidad por la comisión de crímenes de la competencia de la Corte, determinando así los potenciales "casos" que surgían de la "situación" que había sido remitida a la Fiscalía por el Consejo de Seguridad. A esto se sumó información enviada por el Secretario General de las Naciones Unidas al Fiscal de la Corte Penal Internacional con información confidencial sobre las personas que potencialmente podrían ser penalmente responsables por la comisión de crímenes en Darfur; esta información estaba basada en las conclusiones a las que había llegado la Comisión de Investigación en Darfur. Respecto de los crímenes de la competencia de la Corte, se creó una base de datos para analizar los patrones criminales y los perfiles de las víctimas, así como la gravedad de los crímenes cometidos. A través de esa información se concluyó en que ciertas personas estaban sospechadas de haber incurrido en la comisión de graves crímenes de la competencia del Tribunal en el territorio de Darfur.

En relación con la admisibilidad del asunto, cabe recordar que acorde a lo dispuesto en el Estatuto de Roma<sup>40</sup>, la Corte Penal Internacional es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales; lo que significa que el Tribunal es el último recurso jurisdiccional que puede intervenir únicamente a) si no ha habido o no hay ninguna investigación o proceso judicial a nivel nacional sobre determinada situación; ó b) en caso que haya u hubiera habido una investigación o un proceso judicial, pero que estuviera viciado por falta de voluntad o incapacidad para llevar adelante genuinamente la investigación o el proceso. Con el fin de evaluar la admisibilidad del asunto, la Fiscalía estudió las instituciones, la legislación y el procedimiento de Sudán. En este contexto el gobierno de Sudán proveyó información sobre el sistema nacional de justicia y la administración de la justicia penal en Darfur. Así también la Fiscalía entrevistó a más de doce individuos y recabó información sobre procesos nacionales que pudieran haberse llevado a cabo en relación a crímenes de la competencia de la Corte que presuntamente se hubieran cometido en Darfur. Con fundamento en estas evaluaciones, así como también de otras iniciativas gubernamentales, la Fiscalía concluyó en la inexistencia de procesos criminales relacionados con los casos en los que ésta probablemente actuaría.

En referencia al interés de la justicia, al remitir la situación de Darfur a la Corte, el Consejo de Seguridad resaltó tanto la gravedad de la situación como la vital intervención que tendría la administración de justicia imparcial e independiente en la lucha contra la sensación de impunidad en Darfur así como en la prevención de la comisión de futuros crímenes. Esto fue fundamento suficiente para que la Fiscalía determinara que el inicio de una investigación podía servir a los intereses de la justicia.

---

[cpi.int/NR/rdonlyres/CC6D24F9-473F-4A4F-896B-01A2B5A8A59A/0/ICC\\_Darfur\\_UNSC\\_Report\\_290605\\_EN.pdf](http://cpi.int/NR/rdonlyres/CC6D24F9-473F-4A4F-896B-01A2B5A8A59A/0/ICC_Darfur_UNSC_Report_290605_EN.pdf)

<sup>39</sup> Carta ONU. Art. 34

<sup>40</sup> Estatuto de Roma. Art. 17

El 1 de julio de 2005 el Fiscal de la Corte determinó que había base razonable suficiente para iniciar una investigación sobre la situación de Darfur desde el 1 de julio de 2002. De este modo, la situación remitida por el Consejo de Seguridad dio lugar a una decisión para abrir la investigación y para incoar la acción penal toda vez que el Fiscal concluyó que se encontraban cumplidos los requisitos estatutarios para iniciar una investigación ante la posible comisión de crímenes de guerras, crímenes de lesa humanidad y crimen de genocidio por parte de autoridades políticas sudanesas y de integrantes de fuerzas paramilitares tales como el Frente Unido por la Resistencia. En razón de todo ello, la Fiscalía presentó tres casos a los magistrados de la Sala de Cuestiones Preliminares <sup>41</sup>

### a) Libia

La otra remisión hecha por el Consejo de Seguridad al Fiscal de la Corte fue la situación que tuvo lugar desde comienzos del año 2011 en Libia. En ella, el órgano dictó la Resolución 1970 (2011)<sup>42</sup> en la que deploraba las graves violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario que se estaban perpetrando y, en consideración de que los ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil que estaban teniendo lugar podían constituir crímenes de lesa humanidad, decidió actuar en virtud del Capítulo VII de la Carta adoptando medidas con arreglo al artículo 41 y exigió que se pudiese fin de inmediato a la violencia, decidiendo remitir la situación imperante en Libia desde el 15 de febrero de 2011 al Fiscal de la Corte Penal Internacional. En esta situación la Presidencia del Consejo de Seguridad había recibido una carta de la Representación Permanente de la Jamahiriya Árabe Libia ante la ONU informando sobre los hechos en ese país.

A la luz del Primer Informe del Fiscal de la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad<sup>43</sup> de conformidad con la Resolución 1970 (2011) se observa que fue hecha una evaluación para considerar la información pertinente y analizar su veracidad, con el objeto de determinar si habría de abrirse una investigación, puesto que si la Fiscalía estaba convencida de que se cumplían todos los criterios establecidos por el Estatuto, tenía el deber de abrirla en torno a la situación.

En este criterio y tal como se hiciera mención anteriormente en la situación de Darfur, en los apartados a) a c) del párrafo 1 del artículo 53 del Estatuto se establece el marco jurídico correspondiente a esta evaluación y se dispone que el Fiscal examine la competencia - temporal, material y de carácter territorial o personal -, la admisibilidad - en relación con la complementariedad y la gravedad - y el interés

<sup>41</sup> Para ver la situación actual de casos en la situación de Darfur se puede consultar el Décimo cuarto informe de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en referencia a la Resolución 1593 (2005). Texto original en español disponible en: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/12A58225-7F72-4772-9992-A2D30CE1688D/284121/TranslationofUNSCreportDarfurDecember2011REVIEWEDS.PDF>

<sup>42</sup> Resolución 1970 (2011) adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 26 de febrero del año 2011. Texto completo en español disponible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/1970%20\(2011\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/1970%20(2011))

<sup>43</sup> Texto completo en español disponible en: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/84308FDC-76C8-4182-BA7B-096CDF5FE89B/0/UNSLibyaReportSPA.pdf>

de la justicia. El criterio probatorio aplicado para determinar si procede abrir una investigación en torno a una situación de conformidad con el Estatuto consiste en el "fundamento suficiente".

El informe afirma que el 28 de febrero de 2011 la Fiscalía emprendió una evaluación de los presuntos crímenes cometidos por distintas instancias en Libia desde el 15 de febrero de 2011 y que distintas fuentes aportaron a la Fiscalía información sobre éstos, habiéndose creado una base de datos para almacenar, cotejar y analizar la información. Asimismo la Fiscalía afirmó que de la información disponible se infirió que había motivo razonable para considerar que en Libia se habían cometido y se seguían cometiendo - al momento de presentar el informe - crímenes de lesa humanidad, entre ellos asesinatos, de conformidad con el apartado a) del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto, encarcelación u otra privación grave de la libertad física, de conformidad con el apartado e) del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto, otros actos inhumanos de carácter similar, de conformidad con el apartado k) del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto, torturas, de conformidad con el apartado f) del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto, y persecuciones, de conformidad con el apartado h) del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto. Además, también existía información con respecto a la presunta comisión de violaciones, conforme el apartado g) del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto, deportaciones o traslados forzosos de población, conforme el apartado d) del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto, y crímenes de guerra desde el momento en que la situación de tensión pasó a ser un conflicto armado; en particular, actos de violencia contra la vida y la persona conforme al inciso i) del apartado c) del párrafo 2 del artículo 8, ataques dirigidos intencionalmente contra civiles que no participan directamente en las hostilidades, conforme al inciso i) del apartado e) del párrafo 2 del artículo 8, y ataques dirigidos intencionalmente contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares, conforme el inciso iv) del apartado e) del párrafo 2 del artículo 8.

Respecto de la admisibilidad, en el informe al Consejo de Seguridad se expresa que el 22 de febrero de 2011 Sayf al Islam Qadhafi, hijo de Muammar al Qadhafi, indicó que una comisión nacional investigaría las protestas y la agitación. Los días 2 y 6 de marzo del mismo año Muammar al Qadhafi declaró que las Naciones Unidas deberían enviar una comisión para investigar pero que sin embargo, sobre la base de la información reunida, la Fiscalía no había tenido conocimiento de investigaciones o procesamientos genuinos en el ámbito nacional de personas o acciones que pudieran ser objeto de las causas que investigaría. El informe señala que al referir a la Corte Penal Internacional la situación en Libia, el Consejo de Seguridad había puesto de relieve la gravedad de la situación, la cual, teniendo en cuenta todos los criterios pertinentes, sobrepasaba manifiestamente el umbral de gravedad prescrito por el Estatuto de la Corte.

Con relación al interés de la justicia el Fiscal determinó que no existían razones sustanciales para creer que la investigación no redundaría en éste. Por tal motivo, y sobre la base de la información evaluada y analizada, el 3 de marzo de 2011 el Fiscal decidió que se cumplieran los criterios reglamentarios para abrir una investigación de la situación en Libia a partir del 15 de febrero de 2011. El mismo día, el Fiscal

informó de la decisión al Presidente de la Corte, al Secretario General de las Naciones Unidas y, a través del informe analizado, a los miembros del Consejo de Seguridad e hizo pública una declaración por la que comunicó la apertura de la investigación y señaló que la Fiscalía actuaría de forma imparcial. Finalmente, el 4 de marzo de 2011 la Presidencia de la Corte Penal Internacional emitió una decisión por la que asignó la situación en Libia a la Sala de Cuestiones Preliminares I.

La Fiscalía posteriormente incoó la acción penal contra tres acusados de haber cometido crímenes internacionales; en consecuencia y luego del informe realizado por la Fiscalía, la Sala de Cuestiones Preliminares decidió dictar las órdenes de arresto de los presuntos criminales por la comisión de crímenes de lesa humanidad<sup>44</sup>; siguiendo con el procedimiento previsto por el Estatuto.<sup>45</sup>

### **Reflexiones sobre la remisión de las situaciones de Darfur y Libia por el Consejo de Seguridad al Fiscal de la Corte Penal Internacional**

Al observar ambos supuestos en los que el Consejo de Seguridad hizo uso de la atribución otorgada por el Estatuto de Roma se pueden advertir ciertos rasgos comunes que sirven para analizar las características de tal remisión. En principio se puede advertir que en ambos casos existe la presunción de comisión de crímenes internacionales, así como también la referencia a la responsabilidad penal individual en el ámbito internacional por la comisión de tales conductas criminales.<sup>46</sup> Esta presunción es mencionada en forma indirecta en la Resolución 1593 (2005) al tomar nota del informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre las transgresiones del Derecho Internacional Humanitario y las normas de Derechos Humanos en Darfur mientras que resulta expresa en la Resolución 1970 (2011) puesto que destaca la necesidad de hacer que las personas responsables de los ataques contra los civiles, incluidos los efectuados por fuerzas bajo su control, rindan cuentas por ello.

En la primera Resolución, el Consejo de Seguridad únicamente determina que la situación en Sudán sigue constituyendo una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales<sup>47</sup> y decide remitir la situación en Darfur desde el 1 de julio de 2002 al Fiscal de la Corte, pero no indica expresamente las categorías de crímenes internacionales que se habían cometido. Sin embargo, va de suyo que si existe una remisión de la situación a conocimiento del Fiscal, la posibilidad de comisión de crímenes internacionales resulta probable, correspondiendo a la investigación<sup>48</sup> el establecimiento de las categorías de crímenes, los tipos penales y los presuntos responsables.

<sup>44</sup> El texto completo de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares puede ser consultado en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1099407.pdf>.

<sup>45</sup> Estatuto de Roma, art. 58. Los casos que están siendo analizados por la Corte Penal Internacional originados por la situación en Libia se encuentran descriptos en: <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0111/related%20cases/icc01110111/>.

<sup>46</sup> Téngase en cuenta que conforme lo previsto por el artículo 25 punto 1 del Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

<sup>47</sup> Resolución CS 1593 (2005), quinto párrafo.

<sup>48</sup> Estatuto de Roma. Art. 53.1 Inicio de una investigación.

En cambio, en la Resolución 1970 (2011) el Consejo de Seguridad considera que los ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil en Libia que tenían lugar al momento de adoptarla podían constituir crímenes de lesa humanidad.<sup>49</sup> Se podría afirmar entonces que en esta segunda remisión hecha al Fiscal de la Corte el Consejo criminaliza expresamente una situación, presuponiendo la comisión de una determinada categoría de crímenes internacionales - los crímenes de lesa humanidad - y la potencialidad de que algunos casos por esos crímenes pudieran ser dirimidos ante el Tribunal. Con posterioridad a la Resolución 1970 (2011) el Consejo de Seguridad intervino nuevamente en la situación en Libia dictando otra Resolución, la 1973 (2011)<sup>50</sup>, en la que deploraba que las autoridades libias no hubieran acatado su Resolución anterior. En ésta última Resolución, el Consejo de Seguridad, además de reiterar que los ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil que estaban teniendo lugar en ese momento podrían constituir crímenes de lesa humanidad, condena la grave y sistemática violación de los Derechos Humanos, incluidas las detenciones arbitrarias, las desapariciones forzadas, los casos de tortura y las ejecuciones sumarias pero en esta oportunidad, además, reafirma que las partes en los conflictos armados tienen la responsabilidad primordial de adoptar todas las medidas posibles para asegurar la protección de los civiles; lo que comportaría una referencia implícita al Derecho Internacional Humanitario.

Se observa, también, que en ambas resoluciones el Consejo de Seguridad hace uso de la atribución otorgada por el artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas. Si bien ninguno de los instrumentos menciona expresamente esta norma, en ambos casos actúa en virtud del Capítulo VII y también en ambos casos determina que la situación constituye una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales<sup>51</sup>. Por ende, la adopción de medidas sólo resulta procedente si previamente se aplicó la prerrogativa que le reconoce la Carta en la norma en cuestión para determinar la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión.

El Consejo se vale de la facultad de accionar en supuestos de amenaza o quebrantamiento de la paz o actos de agresión e interviene – en ambas situaciones – en el marco de lo previsto en el Capítulo VII de la Carta. Podría advertirse que, si bien el artículo 13.b del Estatuto de Roma dispone que las remisiones hechas por el Consejo de Seguridad únicamente lo sean con arreglo al Capítulo VII de la Carta, no se establecen mayores precisiones sobre la normativa que en virtud de las disposiciones de ese Capítulo serían aplicables a tal remisión.

Sin embargo, analizando las remisiones hechas por el órgano hasta el momento que se elabora este artículo, se podría afirmar que la atribución que el Estatuto prevé para el Consejo de Seguridad estaría estrechamente vinculada con lo que la Carta de las Naciones Unidas dispone, también como atribución del órgano, en el artículo 41, en el sentido de que es recaudo previo a la adopción de medidas en virtud de esta

<sup>49</sup> Resolución CS 1970 (2011), sexto párrafo.

<sup>50</sup> Resolución 1973 (2011) adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 17 de marzo del año 2011. Texto completo en español disponible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/1973%20\(2011\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/1973%20(2011))

norma la determinación de la existencia de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto agresión. A ello cabría agregar que no se trataría de una recomendación, también posible de adoptarse una vez que se determinó la existencia de una amenaza, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión<sup>52</sup>, sino de una decisión puesto que ese es el efecto de la Resolución, expresamente previsto en el artículo en cuestión. En consecuencia los Miembros de las Naciones Unidas han de aceptar y cumplir la decisión conforme lo convinieron.<sup>53</sup>

Así, toda vez que el artículo 39 de la Carta establece en su última parte que el Consejo de Seguridad decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales y que el primero de éstos dispone que el Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, la Resolución 1970 (2011) dispone expresamente la remisión de la situación de Libia a conocimiento del Fiscal de la Corte Penal Internacional como una de las medidas previstas por el artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas; mientras que esta referencia al artículo 41 de la Carta, como ya se ha indicado, se observa implícita en la Resolución 1593 (2005), instrumento que prevé que la remisión a la Corte Penal Internacional se hace con arreglo de lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta.

Las resoluciones en las que el Consejo resolvió remitir al Fiscal de la Corte una situación pasible de análisis acorde a la competencia de la Corte no implicaron que el órgano dejara de operar en concordancia con las disposiciones de otros artículos del mismo Capítulo de la Carta<sup>54</sup>. A los fines de este trabajo, resultan relevantes aquellas que hacen específicamente a la remisión prevista en el artículo 13 inciso b) del Estatuto; así, en el asunto relacionado con Darfur, el Consejo decidió que el gobierno de Sudán y todas las demás partes en el conflicto debían cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria, invitando a la misma Corte y a la Unión Africana a examinar arreglos prácticos que facilitarían el trabajo del Fiscal y de la Corte, incluyendo la posibilidad de llevar a cabo actuaciones en la región, lo que podría contribuir a las iniciativas regionales de lucha contra la impunidad.<sup>55</sup> Así también, en esta Resolución el Consejo de Seguridad alentó a la Corte, según correspondiera y de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma, a que apoyase la cooperación internacional con medidas nacionales destinadas a promover el imperio de la ley, proteger los derechos humanos y combatir la impunidad en Darfur. Además, decidió que los nacionales, los ex funcionarios o funcionarios o el personal de un Estado contribuyente que no sea Sudán y no sea parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se sometieran a la jurisdicción exclusiva de ese Estado contribuyente respecto de todos los supuestos actos u omisiones derivados de las operaciones en Sudán, o

<sup>51</sup> En relación a Darfur, Resolución CS 1593 (2005) y precedente; en relación a Libia en particular, Resolución CS 1970 (2011)

<sup>52</sup> Carta ONU, art. 39

<sup>53</sup> *Ibid.*; art. 25

<sup>54</sup> Artículos 40 a 50.

<sup>55</sup> Consejo de Seguridad, Resolución n° 1593 (2005), puntos 1 y 2.

relacionados con ellas, establecidas o autorizadas por el Consejo o la Unión Africana, a menos que ese Estado contribuyente hubiera renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva.<sup>56</sup>

En idéntico sentido, en la Resolución 1970 (2011) el Consejo de Seguridad decidió que las autoridades libias debían cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria de conformidad con la Resolución, y, aunque reconoció que los Estados que no son Parte en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna en virtud de él, instó a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que cooperasen plenamente con la Corte y el Fiscal.<sup>57</sup>

Se observa entonces que en ambas remisiones al Fiscal de la Corte Penal Internacional el Consejo de Seguridad recurre a la jurisdicción internacional penal que tiene la Corte haciendo uso de sus atribuciones, tanto en la Carta de las Naciones Unidas como en el Estatuto de Roma, es relevante destacar, también en ambos casos, que ni Sudán ni Libia resultan Estados Parte del Estatuto de Roma<sup>58</sup> y que, no obstante ello, al ser Parte<sup>59</sup> de la Carta de las Naciones Unidas se encuentran obligados a cooperar al tratarse de decisiones del órgano.<sup>60</sup>

Ahora bien, cabe recordar que en el Estatuto se contempla que la Corte tiene la capacidad de resolver sobre la admisibilidad de un asunto<sup>61</sup> y que se faculta al Fiscal a examinar una situación en función de una decisión preliminar sobre esa admisibilidad <sup>62</sup>, teniendo en cuenta si a) la información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte; b) la causa es o sería admisible<sup>63</sup> y ; c) existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia. Cabría aquí preguntarse si en las remisiones hechas por el Consejo de Seguridad el Fiscal ha de hacer siempre este análisis preliminar previo al inicio de una investigación o si, en razón del carácter del órgano y sus competencias, esa etapa resulta condicionada dando lugar al inicio de la investigación para proceder posteriormente al enjuiciamiento.<sup>64</sup>

Si se tiene en consideración que toda vez que el único límite de la remisión que hace el Consejo de Seguridad a la Corte está dado por el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas—operando ésta como norma de referencia en el texto del Estatuto de Roma para establecer los recaudos para la remisión—se puede afirmar que la acción del Consejo de Seguridad podría dar lugar, sin más trámite, al inicio de la investigación por parte del Tribunal dado que en los casos en los que el órgano remite una situación a conocimiento del Fiscal la evaluación preliminar que se realiza podría resultar condicionada por el

<sup>56</sup> *Ibid.*, Resolución n° 1593 (2005), punto 6

<sup>57</sup> *Ibid.*; Resolución 1970 (2011), punto 5.

<sup>58</sup> Las ratificaciones al Estatuto de Roma puede ser consultadas en: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/>

<sup>59</sup> Libia es miembro de las Naciones Unidas desde el 14 de diciembre de 1955 y Sudán lo es desde el 12 de noviembre de 1956. Para más información ver: <http://www.un.org/es/members/>

<sup>60</sup> Carta ONU, art. 25.

<sup>61</sup> Estatuto de Roma, art. 17

<sup>62</sup> *Ibid.*; art. 18.

<sup>63</sup> El artículo 17 del Estatuto de Roma prevé las cuestiones de admisibilidad.

contenido de las resoluciones en las que el Consejo de Seguridad decidiera la remisión de determinadas situaciones al Fiscal de la Corte.

Al analizar lo establecido en el Estatuto de Roma se advierte que el examen preliminar está previsto en las otras dos vías contempladas para instar el ejercicio de la competencia por la Corte<sup>65</sup>. Así, el artículo 18 del Estatuto dispone que la adopción de dictámenes preliminares al inicio de la investigación corresponde cuando se haya remitido a la Corte una situación sobre la admisibilidad de la investigación por un Estado parte y el Fiscal haya determinado que existen fundamentos razonables para comenzar una investigación o cuando el Fiscal inicie una investigación *proprio motu*.

Nada dice el Estatuto sobre la adopción de estos dictámenes preliminares cuando la situación hubiera sido remitida por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.<sup>66</sup>

Del examen de las situaciones de Darfur y Libia, este análisis aparece realizado no ya en el marco de lo previsto por el artículo 18 del Estatuto, al disponer sobre las decisiones preliminares relativas a la admisibilidad de una situación, sino que se hace tomando en cuenta los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 17 actuando de conformidad con lo establecido en el artículo 53.1 sobre la evaluación de la información de que disponga el Fiscal al iniciar una investigación. Esto es, que parecería que la situación ya hubiera sido admisible por la propia intervención del Consejo de Seguridad al remitirla al Fiscal, más aún considerando que la información que éste dispone en su gran mayoría proviene de investigaciones realizadas por el órgano de las Naciones Unidas.

A más, a la luz de las fechas de las remisiones y la apertura de la investigación<sup>67</sup> se podría afirmar que la Fiscalía habría decidido investigar lo remitido por el Consejo de Seguridad admitiendo la situación en forma directa. Esto podría fundamentar la hipótesis de la restricción en la autonomía que el propio Estatuto prevé en la función del Fiscal para las remisiones hechas por el Consejo de Seguridad, atribuyéndole al éste—aún en forma indirecta al decidir la remisión—la facultad de evaluar si la información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un

<sup>64</sup> Estatuto de Roma, art.53.1.

<sup>65</sup> *Ibid*, artículo 13.a y 13.c.

<sup>66</sup> Aun cuando la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional publica en el sitio oficial una versión preliminar no oficial de un documento titulado "*Policy Paper on Preliminary Examinations*" en el que se hace mención a la aplicación de las políticas allí dispuestas a las situaciones que hubieran sido referidas al Fiscal del Tribunal por el Consejo de Seguridad, debe tenerse en cuenta que el Estatuto de Roma nada dice al respecto. La versión completa en inglés del documento de trabajo de la Fiscalía se encuentra disponible en:

[http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9FF1EAA1-41C4-4A30-A202-174B18DA923C/282515/OTP\\_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9FF1EAA1-41C4-4A30-A202-174B18DA923C/282515/OTP_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf)

A más, resulta interesante mencionar que en otro documento elaborado por la Fiscalía del Tribunal el 13 de diciembre de 2011 y en el sitio oficial de la Corte con el título "*Report on Preliminary Examinations Activities*" se afirma en el punto 2.b de la Introducción que los exámenes preliminares de una situación **pueden** ser iniciados (la versión en inglés refiere textualmente "*may be initiated*", énfasis agregado) por remisión de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El contenido del documento se encuentra disponible en:

<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/63682F4E-49C8-445D-8C13-F310A4F3AEC2/284116/OTPreportonPreliminaryExaminations13December2011.pdf>

<sup>67</sup> En la situación de Darfur, la remisión del Consejo de Seguridad al Fiscal de la Corte fue hecha el 31 de marzo de 2005 y el 6 de junio de 2005 se pidió la apertura de la investigación; mientras que en la situación de Libia el plazo entre uno y otro procedimiento fue aún más corto, toda vez que la remisión fue hecha el 26 de febrero de 2011 y el 3 de marzo de 2011 el Fiscal decidió abrir la investigación.

crimen de la competencia de la Corte; si la causa es o sería admisible y si existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen que pudiera haberse cometido en la situación analizada y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia.

### **3-Capacidad del Consejo de Seguridad para pedir a la Corte Penal Internacional, con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que suspenda una investigación o un enjuiciamiento que el Tribunal hubiera iniciado.**

La facultad de remitir al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de competencia de la Corte no es la única que se atribuye en el Estatuto de Roma al Consejo de Seguridad. En efecto, se dispone que en caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; tal petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.<sup>68</sup>

Este artículo puede tener diferentes alcances según se lo interprete. Con el fin de realizar un análisis estrictamente jurídico resultará necesario considerar su contenido en el contexto general del Estatuto y en la literalidad de los términos utilizados. Tratándose el Estatuto de Roma de un tratado internacional, resulta aplicable lo previsto en la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados en tanto que codificación del derecho consuetudinario en la materia.<sup>69</sup>

En tal sentido, la regla general de interpretación establece que un tratado debe interpretarse de buena fe conforme el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. El análisis del Estatuto podría llevar a entender que la inclusión de este artículo, a continuación de lo que en el instrumento se dispone para el caso de remisión de una situación a conocimiento de la Corte Penal Internacional por un Estado Parte o para cuando inicie de oficio una investigación el Fiscal<sup>70</sup>; estaría relacionada con el ejercicio de la competencia por la Corte en situaciones que hubieran sido remitidas al Fiscal por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Es decir, que la prerrogativa que el propio Estatuto otorga al Consejo de Seguridad para suspender una investigación o enjuiciamiento sería aplicable a todas las vías por las que cabe instar el ejercicio de la competencia; esto es, aun cuando una situación hubiera sido remitida por el propio Consejo de Seguridad.

En síntesis, el propio Consejo de Seguridad tendría la facultad de remitir una situación al Fiscal de la Corte y, asimismo, una vez remitida la situación, pedirle que suspenda la investigación o el enjuiciamiento que hubiera iniciado; sí y, sólo sí, esta decisión fuera adoptada de conformidad con el

<sup>68</sup> Estatuto CPI, art. 16.

<sup>69</sup> Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Arts. 31 a 33.

<sup>70</sup> Estatuto de Roma., arts. 14 y 15. Cabe recordar que el artículo 13 determina los tres mecanismos de ejercicio de la Competencia de la Corte Penal Internacional en el siguiente orden: a) Remisión de un Estado Parte, b) Remisión del Consejo de Seguridad y c) Inicio *proprio motu* de una investigación por parte del Fiscal de la Corte.

Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, es decir en el marco de la acción del Consejo en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión. Además, para este pedido de suspensión se prevé un término de doce meses, vencidos los cuales, el pedido podría renovarse por idéntico período.

Sin embargo, cabe analizar también una interpretación con otro alcance, más aún teniendo en consideración que el Consejo de Seguridad hasta el momento en que se elabora este artículo ha hecho ejercicio de la atribución<sup>71</sup> en ocasiones en las que el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional podía haber sido ejercida de conformidad con los supuestos previstos en los puntos 13.a y 13.c del Estatuto, más no de conformidad con lo previsto en el 13.b sobre la remisión de una situación al Fiscal de la Corte por parte del propio Consejo de Seguridad. En tal sentido, el Consejo de Seguridad ha interpretado esta atribución de forma amplia y, quizá, conveniente a su funcionalidad como órgano político.

El Consejo de Seguridad ha ejercido esta atribución en dos oportunidades; una a través de la Resolución 1422 adoptada el 12 de julio de 2002 y luego, a través de la Resolución 1487 adoptada el 12 de junio de 2003.

En la primera Resolución, el Consejo de Seguridad tiene en cuenta la entrada en vigor<sup>72</sup> del Estatuto de la Corte Penal Internacional y destaca la importancia que tienen para la paz y la seguridad internacionales las Operaciones de las Naciones Unidas.<sup>73</sup> Menciona como observación que no todos los Estados son Parte en el Estatuto de Roma y que los Estados han optado por aceptar su jurisdicción por el hecho de expresar su consentimiento en obligarse por ese tratado<sup>74</sup>, teniendo en cuenta el principio de complementariedad.

La Resolución refiere además que los Estados que no son Parte en el Estatuto de Roma continuarán desempeñando sus responsabilidades en el ámbito de sus jurisdicciones nacionales en relación con crímenes internacionales<sup>75</sup> y determina que las Operaciones establecidas o autorizadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se despliegan para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales y que redundan en interés de la paz y la seguridad internacionales dar facilidades a los

<sup>71</sup> Estatuto de Roma, art. 16.

<sup>72</sup> Téngase como fecha de entrada en vigor del Estatuto de Roma, adoptado el 17 de julio de 1998, el 1 de julio de 2002. Ello todo de conformidad con lo normado en el artículo 126 punto 1 del Estatuto.

<sup>73</sup> Como la Organización de las Naciones Unidas no cuenta con una fuerza de reacción rápida, el mantenimiento, la imposición o el restablecimiento de la paz a través de acciones militares es realizado por contingentes que los Estados Miembros ponen a disposición de la Organización; son los propios Estados quienes delegan en el Consejo de Seguridad el mando y control de la Operación en la que intervienen los contingentes que ponen a disposición de la Organización.

<sup>74</sup> Conforme lo mencionado en el artículo 12 Punto 1 del Estatuto de Roma, el Estado que pase a ser Parte en el Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5.

<sup>75</sup> Podría aquí analizarse si el contenido de esta parte de la Resolución otorgaría una jerarquía superior – a criterio del órgano político – a la sanción y eventual condena por la comisión de los crímenes de la competencia de la Corte a través de las jurisdicciones nacionales de los Estados no Partes del Estatuto de Roma por sobre la atribución que éste les otorga en el artículo 12.3 al reconocerle a éstos la prerrogativa de aceptar en forma voluntaria la jurisdicción del Tribunal.

Estados Miembros para que puedan contribuir a las Operaciones establecidas o autorizadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.<sup>76</sup>

La Resolución dispone que, actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad pide, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, que la Corte Penal Internacional, si surgiese un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con Operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir del 1° de julio de 2002, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario.

Asimismo, el Consejo expresa la intención de renovar en las mismas condiciones, el 1° de julio de cada año, la petición que se indicara para períodos sucesivos de doce meses durante el tiempo que fuese necesario; y decide que los Estados Miembros no habrían de tomar ninguna medida que no estuviese en consonancia con lo pedido a la Corte Penal Internacional – entiéndase, el no inicio ni prosecución de investigaciones o enjuiciamiento en los referidos casos - y con sus obligaciones de carácter internacional.<sup>77</sup>

Además, debe tenerse en cuenta que la decisión del Consejo de Seguridad tuvo lugar aun antes de que la Corte Penal Internacional iniciara todo tipo de investigación o enjuiciamiento dado que – adoptada once días luego de la entrada en vigor del Estatuto de Roma – resultaba materialmente imposible que la Corte hubiera ya comenzado a funcionar como jurisdicción penal internacional permanente.

Una vez transcurrido el plazo dispuesto en la Resolución 1422, el Consejo de Seguridad volvió a ocuparse de la cuestión y el 12 de junio de 2003 adoptó la Resolución 1487. En esta decisión pide nuevamente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional, si surgiese una situación en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir del 1° de julio de 2003, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole salvo que el Consejo de Seguridad adoptase una decisión en contrario.

<sup>76</sup> Por aplicación de lo previsto en el artículo 43 punto 1 de la Carta de las Naciones Unidas, todos los Miembros de las Naciones Unidas, con el fin de contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, se comprometen a poner a disposición del Consejo de Seguridad, cuando éste lo solicite, y de conformidad con un convenio especial o con convenios especiales, las fuerzas armadas, la ayuda y las facilidades, incluso el derecho de paso, que sean necesarias para el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales.

<sup>77</sup> Se advierte aquí que el Consejo de Seguridad no sólo tendría incidencia directa en la administración de justicia internacional penal al pedir a la Corte Penal Internacional que se abstenga de iniciar investigaciones sobre la posible comisión de crímenes internacionales en relación con acciones u omisiones con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas sino que, además, incide en la administración de justicia que pudieran hacer los Estados Miembros al decidir que éstos deben actuar en consecuencia con el contenido del primer párrafo de la Resolución.

En el año 2004, las negociaciones para la renovación de esta Resolución del Consejo de Seguridad no tuvieron éxito y Estados Unidos retiró su solicitud para que esta renovación se sustanciara.<sup>78</sup>

Resulta relevante señalar que el Consejo de Seguridad apeló al ejercicio de la atribución conferida por el artículo 16 del Estatuto de Roma en las dos remisiones que hizo al Fiscal de la Corte Penal Internacional y a las que se hiciera mención anteriormente; esto es, Darfur y Libia. En tal sentido, se observa que en la Resolución 1593 (2005) referida a Darfur, el órgano de las Naciones Unidas hace referencia al artículo 16 del Estatuto de Roma. En la redacción del instrumento se advierte que, con arreglo a ese articulado, la Corte Penal Internacional no puede iniciar ninguna investigación ni enjuiciamiento durante un plazo de doce meses después de que el Consejo de Seguridad le haya formulado (a la Corte) una petición a tal efecto. Por otra parte, decide además que los nacionales, los ex funcionarios o funcionarios o el personal de un Estado contribuyente que no sea Sudán y no sea Parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se sometan a la jurisdicción exclusiva de ese Estado contribuyente respecto de todos los supuestos actos u omisiones derivados de las operaciones en Sudán o relacionados con ellas, establecidas o autorizadas por el Consejo o la Unión Africana, a menos que ese Estado contribuyente haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva.

En la Resolución 1970 (2011) adoptada por el Consejo de Seguridad el 26 de febrero de 2011 en relación con la situación en Libia, se advierte nuevamente la mención al artículo 16 del Estatuto de Roma. El Consejo de Seguridad apela a este articulado y recuerda el contenido del artículo 16 del Estatuto de Roma, según el cual la Corte Penal Internacional no puede iniciar ni proseguir investigación ni enjuiciamiento alguno durante un plazo de 12 meses después de que el Consejo de Seguridad le haya formulado una petición a tal efecto. Cabe mencionar que esta Resolución fue la que originó la remisión de la situación a conocimiento del Fiscal de la Corte Penal Internacional para comenzar una investigación que pudiera constatar – o no – la presunción de que existían crímenes que estuvieran en la órbita de competencia de la Corte.

Con ulterioridad - como ya se hizo mención anteriormente, también relacionado con la situación en Libia - el 17 de marzo de 2011 el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 1973 (2011)<sup>79</sup>. En esta oportunidad, el órgano de las Naciones Unidas recuerda su decisión de remitir la situación imperante en ese país desde el 15 de febrero de 2011 al Fiscal de la Corte Penal Internacional y destaca que los responsables de los ataques contra la población civil, incluidos los ataques aéreos y navales, y sus cómplices, deben rendir cuentas de sus actos.

Resulta evidente que la mención del artículo 16 del Estatuto de Roma en el texto de las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en todos los casos excedería la excepcionalidad que esta atribución debiera tener para que la jurisdicción de la Corte no quedara ligada al accionar de un órgano político. Aun cuando es el propio órgano de las Naciones Unidas el que,

<sup>78</sup> Ver para más datos publicaciones disponibles en el sitio web oficial de la ONG Coalición para la Corte Penal Internacional. [www.iccnw.org](http://www.iccnw.org)

<sup>79</sup> Texto completo disponible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/1973%20\(2011\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/1973%20(2011))

haciendo uso de la otra atribución que el Estatuto le otorga, esto es, la remisión de una situación al Fiscal de la Corte Penal Internacional<sup>80</sup>, activa el ejercicio de la competencia del tribunal, ésta encontraría límite en la decisión política que el mismo Estatuto también prevé para el órgano en cuestión.

## Conclusión

Hasta aquí se han evaluado las oportunidades en las que el Consejo de Seguridad ha hecho uso de las atribuciones que le confieren dos normas del Estatuto de Roma, el artículo 13.b y el artículo 16. En los supuestos analizados el ejercicio de estas atribuciones (tanto de remisión de una situación al Fiscal de la Corte Penal Internacional como de la suspensión de una investigación o enjuiciamiento), se ha tratado únicamente de situaciones en las que el Tribunal conocería sobre aquellos crímenes en los cuales actualmente tiene competencia material sin condicionamientos específicos para su ejercicio, en la especie: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crimen de genocidio.

Cabe señalar que en lo que hace al cuarto crimen sobre el que la Corte tiene competencia material, el crimen de agresión, el ejercicio de la competencia sí se encuentra condicionado a requisitos formales acordados por los Estados en ocasión de la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, celebrada en Kampala en junio de 2010.

En consecuencia, si bien el estudio sobre una categoría determinada de crímenes internacionales excedería ampliamente el marco teórico básico de análisis del artículo aquí presentado, el examen hecho sobre la relación existente entre el Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional podría quizá anteceder el planteamiento de una cuestión tan vasta como la jurisdicción y competencia del Tribunal en el crimen de agresión. Sin embargo no podría contenerla ya que la propia complejidad de las consideraciones sobre "acto" de agresión (como conducta de un Estado) y "crimen" de agresión (como conducta del individuo) deberían ser tratadas de manera individual. Las potenciales e hipotéticas remisiones que eventualmente podría hacer el Consejo de Seguridad en la temática del crimen de agresión – si y sólo se cumplieran los requisitos formales actualmente previstos para la entrada en vigor de las enmiendas hechas al Estatuto de Roma en 2010, dentro de las que se incluyen aquellas referidas este crimen – darían lugar a interpretaciones y argumentos que excederían muy ampliamente el tema propuesto para este trabajo.

No obstante, el examen aquí propuesto sobre el vínculo entre la Corte Penal Internacional y Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas pareciera evidenciar el matiz político que tiñe el vínculo, independientemente del crimen internacional en el que el Tribunal eventualmente pudiera conocer. Hasta hoy, ese vínculo único – fundamentado en el Estatuto de Roma con las dos variables previstas en el artículo 13.b y en el artículo 16 – tuvo lugar en las situaciones de Darfur y Libia al analizar la posible comisión de crímenes internacionales.

La existencia de un derecho de cuasi subordinación en el moderno Derecho Internacional basado en un subsistema de cuasi subordinación construido sobre el eje de un órgano político al cual los Estados

<sup>80</sup> Conforme lo previsto en el artículo 13 inciso b) del Estatuto de Roma.

le reconocen una función primordial y al que – por delegación de su función de control de cumplimiento de las obligaciones internacionales - han investido de una capacidad jurídico-política determinada para actuar en ciertos supuestos, pareciera ser el fundamento del accionar del Consejo de Seguridad en situaciones en las que podrían suscitarse los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

Si este subsistema de cuasi subordinación tiene un sólo – y único - ámbito de validez material, que se identifica con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y, hasta tanto todos los Estados partes en la Carta de las Naciones Unidas no resuelvan derogar la capacidad de ejercer esa función de control oportunamente delegada en el Consejo de Seguridad a través del Capítulo VII de la Carta, cabría considerar si podría suscitarse una potencial yuxtaposición de funciones entre la Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad en relación con la administración de justicia internacional penal y la admisibilidad de ciertas situaciones que podrían dar origen al juzgamiento de casos en los que se debería investigar la eventual comisión de conductas criminales por parte del individuo como sujeto del ordenamiento jurídico internacional.

Esta potencial yuxtaposición podría advertirse de las situaciones analizadas en Darfur y Libia al intentar establecer la existencia de principios de procedimiento penal aplicables en los casos remitidos por el Consejo de Seguridad al Tribunal considerando que nada dice el Estatuto de Roma sobre la adopción de decisiones preliminares cuando la situación hubiera sido remitida a la Corte por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En síntesis, la estructura del sistema internacional actual en lo que hace a las características del funcionamiento de la Corte Penal Internacional para eventualmente conocer en los crímenes de su competencia, permitirían concluir que la administración de justicia internacional penal en materia de crímenes internacionales reposaría – eventual e indefectiblemente – en la voluntad de la toma de decisión de naturaleza política de los Estados Miembros del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas.

### **Referencias bibliográficas y Documentos examinados**

- DE LA SERNA GALVÁN, M. (2011) “La interpretación del artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas (Amenazas a la Paz) por el Consejo de Seguridad. ¿Es el Consejo de Seguridad un Legislador para toda la Comunidad Internacional?”. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional, volumen XI, 2011*.
- FERNANDEZ DE GURMENDI, S. (1999) “Relaciones de la Corte Penal Internacional con los sistemas nacionales y con el Consejo de Seguridad”. En *High Level Seminar to Commemorate the Fiftieth Anniversary of the Geneva Conventions of 1949: An Assessment of and Perspectives on International Humanitarian Law in the Americas. OAS, Washington D.C., 1999*.
- GUTIERREZ POSSE, H. (2006) *Elementos de Derecho Internacional Penal*. Buenos Aires, Ed. de los Cuatro Vientos, 2006.

- KRZAN, B. (2009) "The Relationship between the International Criminal Court and the Security Council". En *Polish Yearbook of International Law, Year 2009, Vol. 29*.
- MOSS, L. (2012) "The UN Security Council and the International Criminal Court. Toward a More Principled Relationship". En *Global Peace and Security Policy, Friedrich-Ebert-Stiftung, March 2012*.
- PETCULESCU, I (2005). "The Review of the United Nations Security Council decisions by the International Court of Justice". En *Netherlands International Law Review, 52, 2005*.
- ROMO DELGADO, C. (2011) "La intervención de la Corte Penal Internacional y el protagonismo del Consejo de Seguridad de la ONU en el sistema penal del Estatuto de Roma: el "caso Libia". En *Revista electrónica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Número 6, Año 2, Enero-Abril 2011*
- ŠTURMA, P. (2004). "International Criminal Court at a Crossroads or in an Impasse? Some Obstacles Related to the Jurisdiction and Cooperation". En *Founding Conference of the European Society of International Law in the framework of the Agora on International Criminal Law, 2004*.
- VELADOR GONZALEZ, Y. (2007) "Atribuciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional". En *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, Vol. 3, núm.5, 2007*.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL – FISCALIA - *Primer Informe de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Fecha 29 de junio de 2005*, disponible en [http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/CC6D24F9-473F-4A4F-896B-01A2B5A8A59A/0/ICC\\_Darfur\\_UNSC\\_Report\\_290605\\_EN.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/CC6D24F9-473F-4A4F-896B-01A2B5A8A59A/0/ICC_Darfur_UNSC_Report_290605_EN.pdf)
- CORTE PENAL INTERNACIONAL – FISCALIA - *Décimo cuarto informe de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en referencia a la Resolución 1593 (2005)*, disponible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/12A58225-7F72-4772-9992-A2D30CE1688D/284121/TranslationofUNSCreportDarfurDecember2011REVIEWEDS.PDF>
- CORTE PENAL INTERNACIONAL – FISCALIA - *Primer informe de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en referencia a la Resolución 1970 (2011)*, disponible en: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/84308FDC-76C8-4182-BA7B-096CDF5FE89B/0/UNSCLibyaReportSPA.pdf>
- CORTE PENAL INTERNACIONAL – FISCALIA - *Policy Paper on Preliminary Examinations*, disponible en [http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9FF1EAA1-41C4-4A30-A202-174B18DA923C/282515/OTP\\_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9FF1EAA1-41C4-4A30-A202-174B18DA923C/282515/OTP_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf)
- CORTE PENAL INTERNACIONAL – FISCALIA - *Report on Preliminary Examinations Activities*, disponible en: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/63682F4E-49C8-445D-8C13-F310A4F3AEC2/284116/OTPreportonPreliminaryExaminations13December2011.pdf>

# **CONTINUIDADES Y RUPTURAS EN EL SERVICIO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO DEL ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (1993-2010)**

**Por Mariela Verónica Rocca**

## **RESUMEN**

A casi dos décadas de la concesión del servicio de agua potable y saneamiento en el Área Metropolitana de Buenos Aires, este artículo reconstruye el derrotero de esta prestación que fue reestatizada en 2006. A partir de considerar las características que adquirió el servicio durante la gestión privada, interesa identificar las continuidades y rupturas que, en materia de operatoria y regulación, se plantean respecto de la empresa estatal, Agua y Saneamientos Argentinos S.A. (AySA). Fundamentalmente se considera el rol desempeñado por el Estado en todo el proceso. Metodológicamente, el análisis desarrollado se nutrió de la integración de datos e información provenientes de documentos, legislación, artículos periodísticos, declaraciones públicas de los actores sindicales y entrevistas semiestructuradas a informantes clave.

## **PALABRAS CLAVES**

Servicio de agua potable y saneamiento - concesión - regulación estatal - reestatización.

# **CONTINUITIES AND RUPTURES IN THE DRINKING WATER AND SANITATION SERVICES OF THE METROPOLITAN AREA OF BUENOS AIRES (1993-2010)**

**By Mariela Verónica Rocca**

## **SUMMARY**

After almost two decades of the concession of the drinking water and sanitation service of the Metropolitan Area of Buenos Aires, this article reconstructs the performance of this supply which was renationalized in 2006. Taking into account the characteristics it acquired during the private management, the main objective of this work is to find continuities and ruptures in its operation and the state regulation between that period and the one of the renationalization. Basically, we consider the role of the state in the whole process. The analysis relies on the combination of different sources: official documents, legislation and statistics, companies' balance sheets and reports, newspaper articles and semi-structured interviews.

## **KEYWORDS**

Drinking water and sanitation services - concession - state regulation - renationalization

# CONTINUIDADES Y RUPTURAS EN EL SERVICIO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO DEL ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (1993-2010)

Por Mariela Verónica Rocca\*

## Introducción

A comienzos de este nuevo siglo, especialmente en América Latina, donde la estrategia privatizadora logró afianzarse, se advierte que la mayoría de los operadores internacionales se ha retirado de las prestaciones y que muchos servicios que estaban a su cargo fueron reestatizados (Ducci, 2007). En el caso argentino, específicamente en el Área Metropolitana de Buenos Aires, en marzo de 2006, el gobierno de Néstor Kirchner, le rescindió el contrato a Aguas Argentinas S.A. (AASA) y dispuso la creación de la empresa estatal Agua y Saneamientos Argentinos S.A. (AySA). Este trabajo tiene por objeto analizar las continuidades y rupturas que, respecto de la prestación y regulación del servicio, se presentan entre ambas gestiones.

El artículo se organiza en siete apartados. En el primero de ellos, se presenta, en términos generales, el modelo de gestión privada aplicado en el sector y el papel desempeñado por la regulación estatal bajo estas condiciones. En el segundo apartado, considerando los conceptos ya planteados, se estudia el período de concesión del servicio a AASA, para luego caracterizar, en el tercer apartado, la regulación implementada. Los resultados de su gestión y el desempeño regulatorio estatal, constituyen elementos claves a los fines de caracterizar las condiciones de inicio de la renegociación contractual mantenida con la empresa desde 2002 a 2006. Dicho proceso es abordado en detalle en el cuarto apartado. El quinto y sexto apartado están dedicados al estudio de la creación y actuación de AySA y del marco regulatorio dispuesto. Por último, el séptimo apartado está destinado a las consideraciones finales de este trabajo.

## 1. Particularidades del traspaso al sector privado y la regulación de los servicios de agua potable y saneamiento

La propuesta neoliberal de fomentar y reintroducir una mayor participación privada se relacionó con la exigencia de reducir el déficit público en el sector e incrementar la eficiencia y calidad del servicio para disminuir los riesgos sanitarios. La búsqueda de mayores inversiones suponía la extensión de la cobertura de la red de agua y el tratamiento de los residuos cloacales. En especial, se enunciaba la

---

\* Doctora en Ciencias Sociales (Universidad de Buenos Aires). Becaria Posdoctoral del Conicet, Área de Economía y Tecnología de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales – sede Argentina.

necesidad de mejorar las condiciones de los sectores más pobres, para reducir las amplias desigualdades en el acceso.

La creciente valoración del desarrollo de la competencia en los servicios públicos, planteó para este sector diferencias respecto de lo ocurrido en otros servicios que fueron transferidos – telecomunicaciones, electricidad, gas-. En una primera aproximación es posible señalar que se trata de una prestación que debe trascender la capacidad de pago de los usuarios. No brindar el servicio a un sector de la población constituye una amenaza para la salud pública que termina por impactar en todo el conjunto social (Solanes, 1999). Asimismo por lo general, no se promovió ampliamente ni la separación de las compañías de acuerdo con los diferentes segmentos previstos en el sector del agua (separación vertical) ni la división en áreas de concesión para fomentar la competencia entre diferentes firmas (separación horizontal). En la mayoría de los casos, debido a la inviabilidad económica de duplicar la infraestructura de transporte y de distribución del servicio, se mantuvo bajo la condición de monopolio natural, es decir que se hizo prevalecer su consideración como una actividad con economía de escala (los costos aumentan menos que proporcionalmente con la producción) y de alcance (el costo de producir dos o más productos bajo una sola empresa es menor que el de producirlos en empresas distintas). El incremento de la competencia quedó circunscrito a aquellas operaciones vinculadas a la construcción de cañerías y cuestiones de plomería. El poder de mercado de las firmas a cargo de las prestaciones se tornó altamente elevado ya que, a lo anterior, se sumó su condición de bien de primera necesidad y por ende, con una demanda completamente inelástica.

Autores como Lee y Jouravlev (1997) puntualizan cuatro cuestiones que justifican la mayor eficiencia de la gestión privada por sobre la pública: 1) menor injerencia política, 2) modificación de los derechos de propiedad, 3) apropiación del marco regulatorio y 4) gestión financiera más eficaz. Respecto de la primera plantean que la privatización evita que la empresa se vea influenciada por la politización de las decisiones administrativas y tarifarias. Al tener que atraer capital privado, el Estado se compromete con un marco institucional que debe proteger los bienes privados y asegurar las condiciones para una rentabilidad positiva. La separación entre regulador y empresa hace que el Estado no pueda modificar las actividades empresarias discrecionalmente. En relación a la propiedad pública, la posibilidad de que la propiedad de las empresas privadas pueda ser asimilada con personas identificables genera *per se* un incentivo para los propietarios, quienes buscarán alcanzar altos niveles de eficiencia tanto en la gestión como en la producción de los bienes y servicios. Según esta visión, el carácter difuso de la propiedad pública estimula que diferentes grupos de interés busquen su propio beneficio, afectando así la regulación y la gestión financiera del servicio. La tercera cuestión se refiere a que las empresas estatales poseen la capacidad de adaptar el marco regulatorio a sus necesidades, estableciendo regulaciones que los favorezcan. Se presenta escasa competencia en el mercado y los consecuentes desincentivos hacia la eficiencia. Finalmente, afirman que, al carecer de gratificaciones financieras, los administradores públicos no se preocupan por la rentabilidad de las compañías ni por buscar recursos en el mercado de capitales.

Por el contrario, sujetan su planificación al corto plazo y la falta de previsión expone sus acciones a presiones políticas.

La forma de transferencia más difundida para el servicio resultó ser la concesión. En estos contratos la autoridad pública mantiene la propiedad sobre los activos y otorga a manos privadas los derechos de explotación, mantenimiento y financiamiento de las inversiones durante un plazo determinado. Este período de 10 a 30 años renovables tiene por objeto que el concesionario pueda recuperar la inversión y rendir utilidades razonables. Según Rees (1998), la concesión se presenta como una opción superior a las demás formas (enajenación, contratos de arriendo, contratos de gestión, etc.) debido a que introduce incentivos a la competencia en el proceso de licitación y reduce la carga reguladora de las agencias estatales, pues el contrato funciona como el principal mecanismo regulador. Sin embargo, la competencia se ve sumamente restringida ya que un grupo pequeño de empresas muy importantes es el que controla internacionalmente las concesiones, constituyendo un monopolio no sólo privado sino también extranjero. Esto dificulta la entrada de nuevas compañías frente a aquellas que buscan renovar y conservar su contrato. La concesión crea explícitamente un monopolio absoluto y protege al concesionario de las formas de competencia. A pesar de que en los contratos se debe establecer claramente al menos: a) las condiciones de funcionamiento, b) los mecanismos para el ajuste de las tarifas y c) los estándares de prestación del servicio, el Estado debe tener un papel regulador activo. Tiene que considerar, por ejemplo, los cambios económicos que se van sucediendo a lo largo de la vigencia del contrato y que no son posibles de tener en cuenta al inicio de la concesión.

En la gran mayoría de los países donde estos procesos fueron implementados, los resultados obtenidos estuvieron lejos de resolver los problemas que sirvieron de justificación para efectuar la transferencia de los sistemas. La clara distorsión entre los términos propuestos por el modelo de gestión privada y su aplicación, obligó a buscar una "justificación *ad hoc*". Algunos planteos presentaron su preferencia por los monopolios privados como garantes de eficiencia económica y promotores del bienestar social.

[En] los casos que el servicio es deficiente, lo que ocurre corrientemente en América Latina y el Caribe, el peligro de prácticas monopolísticas puede ser menos costoso que los actuales niveles deficientes de servicio. Además, las necesidades de inversión son tan grandes [...] que la atracción de inversiones privadas puede también pesar más que los problemas planteados por la propiedad privada de los monopolios naturales (Lee y Jouravlev 1997: 71).

Si bien otro de los argumentos que fundamentó el pasaje a la gestión privada consistió en la necesidad de extender la cobertura de los servicios, la inversión en infraestructura quedó circunscripta al mantenimiento. Muchos operadores obligados contractualmente a efectuar las inversiones, realizaron mejoras en los aspectos comerciales del negocio, donde no se requería un uso intensivo de capital (Castro, 2004). A pesar de haberse otorgado aumentos tarifarios para incrementar las obras, la inversión fue centralmente realizada con préstamos públicos (Medd et al., 2003) Vinculado a esto se presentaron

constantes renegociaciones contractuales que terminaron por cancelar o posponer la realización de algunos de los compromisos de inversión establecidos en los contratos originales.

En lo que refiere puntualmente a la extensión de los servicios hacia los sectores sociales más vulnerables, la evidencia empírica muestra que los objetivos enunciados lejos estuvieron de concretarse. Frente a la necesidad de reducir la inequidad en el acceso, primó la renuencia empresaria a ampliar la cobertura hacia esos sectores que no eran rentables (Castro, 2004). Los aumentos tarifarios resultantes de las renegociaciones contractuales (justificados en promesas de inversión que finalmente no se concretaban) también afectaron significativamente a las poblaciones más carenciadas. Especialmente, los altos cargos relativos a la conexión desalentaban la incorporación de dichos sectores a los servicios (Castro, 2004). Respecto de estas cuestiones, Lobina y Hall (2003) mencionan que en algunos casos, al no poder afrontar el pago de los servicios, usuarios de bajos recursos debieron utilizar fuentes alternativas de agua (agua de lluvia o contaminada) que afectaron seriamente su salud.

El predominio del monopolio privado como modo de gestión en la mayoría de los servicios hizo más que necesaria la injerencia regulatoria estatal. Los prestadores privados estarán dispuestos a realizar las inversiones que requiere esta industria, en la medida en que esperen recibir importantes ganancias. El Estado entonces, no sólo deberá controlar los precios sino también velar por el mantenimiento de la calidad de la prestación y por los aspectos ambientales asociados a ésta, ya que con el propósito de reducir costos, las empresas privadas poseerán mayores incentivos para bajar la calidad de los servicios. En este sentido, Vickers y Yarrow (1991) advierten que la falta de una política regulatoria a largo plazo que brinde certidumbre respecto de la recuperación de los gastos de inversión y un apropiado rendimiento sobre el capital, puede generar ineficiencia en las inversiones. Con el objeto de influenciar sobre las políticas regulatorias a futuro, las empresas pueden decidir deliberadamente invertir muy poco, para tener así mayores posibilidades de exigir al regulador precios más elevados para financiar mejoras. Paradójicamente, si por el contrario las empresas incurrieran en elevados gastos desde el inicio, los reguladores considerarán esas inversiones como costos hundidos, por lo que las empresas encontrarán mayores dificultades para sustentar su pedido de suba de precios. Contrarrestar estos sesgos de la política regulatoria constituye un desafío de suma importancia ya que estas incertidumbres tenderán a provocar efectos negativos sobre la inversión.

Si bien en los hechos, la regulación aplicada a este servicio presentó diversos matices entre las experiencias nacionales y subnacionales, es posible identificar en términos más generales, la implementación de dos modalidades. Por un lado, una orientada más hacia las compañías de manera tal de contener riesgos y favorecer las condiciones de sus operaciones, a fin de que éstas trasladaran las mejoras en la prestación del servicio a los usuarios y consumidores<sup>1</sup>. Por otra parte, el énfasis de la regulación se dio en torno a evitar

<sup>1</sup>En Inglaterra y Gales, el rol principal de la Office of Water Services (Ofwat) está más vinculado a garantizar las condiciones de rentabilidad de las compañías para que sigan prestando el servicio, que en cuidar los intereses de los usuarios y asegurar su acceso a los servicios (Castro, 2005). Esto queda reflejado en su misión: "Regular de modo tal que se proporcionen incentivos y se anime a las compañías a alcanzar un servicio de categoría mundial en términos

que el prestador único cometiera abusos dada su posición dominante en el mercado, procurando garantizar a los usuarios condiciones de mayor eficiencia a menores costos. Ante todo se buscó asegurar una cobertura de amplio alcance, la protección sanitaria de la población servida y el cuidado ambiental<sup>2</sup>.

Siguiendo los trabajos de Hall (2002), Hall y Lobina (2002, 2006), Lobina y Hall (2003), Castro (2004), Vargas y Seppälä (2004), las evaluaciones obtenidas en diferentes países del mundo muestran que la regulación tendió a perder efectividad a raíz de los problemas de asimetría de la información, producidos en algunos casos, por los requerimientos empresarios de mantener la confidencialidad comercial. Asimismo se vio distorsionada por la falta de transparencia y de responsabilidad en la toma de decisiones. El débil desarrollo institucional reflejado en la conformación de agencias reguladoras con poca capacidad de control, dio lugar a condiciones contractuales y de operación más favorables para las empresas. La captura del regulador se convirtió en algo factible, sobre todo cuando, para viabilizar la participación privada, el marco regulatorio se transformó en una mera formalidad –en algunos casos su constitución fue posterior a las concesiones- o las agencias no poseían ni la autonomía ni la capacidad técnica necesaria para afrontar la regulación. Se sumaron a esto las reducidas posibilidades de participación de las comunidades en el proceso decisorio y en el monitoreo de las gestiones.

En síntesis, aunque deben considerarse las características de implementación propias de cada país o región, la trayectoria de la gestión privada en los servicios de agua y saneamiento tendió, en mayor o en menor medida, a apartarse de la búsqueda de metas colectivas que beneficiaran al conjunto de las sociedades. Los modelos establecidos estuvieron orientados a facilitar la consecución de intereses sectoriales y a garantizar las condiciones para incrementar las ganancias privadas, a partir de la “mercantilización” de un derecho humano. En el apárrafo que sigue, estos aspectos son analizados para el caso de la concesión del servicio de agua potable y saneamiento en el Área Metropolitana de Buenos Aires.

## **2. La concesión del servicio de agua potable y saneamiento en el Área Metropolitana de Buenos Aires**

Tal como lo señalan FIEL (1998) y Azpiazu y Forcinito (2004), en la etapa preprivatizadora, Obras Sanitarias de la Nación (OSN), la empresa estatal, registraba importantes deficiencias y un bajo grado de inversión –un 79% de las cañerías instaladas estaban amortizadas-. Sólo un 70% de la población metropolitana tenía acceso al servicio de agua potable mientras que un 58% disponía de desagües cloacales. En materia de tratamiento de efluentes se presentaba una importante deficiencia tecnológica y la calidad del agua entregada se había deteriorado.

---

de la calidad y valor para los clientes en Inglaterra y Gales” (traducción propia en base a lo expuesto en [www.ofwat.gov.uk](http://www.ofwat.gov.uk)).

<sup>2</sup>No es que estas cuestiones no estén contempladas en la primera orientación mencionada, sino que allí parecen estar pensadas más como externalidades positivas al accionar de las compañías que como objetivos primordiales.

Dadas las condiciones de operación descriptas y en el marco de la política privatizadora, se dispuso a través del Decreto N° 252/89, la intervención de la empresa estatal por el término de 180 días prorrogables por una sola vez y por igual término, con el propósito de regularizar su situación económico-financiera y de gestión. A partir de 1991, se estableció una serie de aumentos tarifarios que tuvieron por objeto hacer más atractiva la futura oferta de cara a la concesión.

En febrero de 1991 [el gobierno] otorgó un aumento del 25% para compensar la alta inflación de los dos primeros meses de aquel año. En abril de 1991 (momento en que se fijó el tipo de cambio y comenzó un proceso acelerado de baja de la tasa de inflación) hubo un aumento adicional del 29%. En abril de 1992 se incluyó el IVA (inicialmente del 18%, que pasó al 21% en abril de 1995), que por la legislación impositiva argentina no corresponde aplicar a los servicios de agua y saneamiento si la proveedora es estatal o cooperativa, pero sí sobre sociedades anónimas. Se otorgó un aumento adicional de tarifa del 8% antes de la privatización (Ferro, 2000: 10).

A partir del 1º de mayo de 1993 y por 30 años, se adjudicó la concesión integral del servicio a AASA. Mediante una licitación pública nacional e internacional se le otorgó la concesión pues en su oferta garantizaba las cuestiones técnicas exigidas y propuso la mayor rebaja en la tarifa vigente (un descuento del 26,9% en las tarifas, resultando el coeficiente de ajuste K en 0,731)<sup>3</sup>. Se mantuvo la integración vertical y horizontal de la empresa estatal por lo que el servicio se concesinó bajo un régimen monopólico sin segmentarse la producción de la distribución de agua potable, ni separarse la generación y la distribución del agua del servicio de desagüe cloacal. La nueva prestataria, cuyo socio mayoritario era Suez Lyonnaise des Eaux-Dumez (25,4%)<sup>4</sup>, debía cumplir las metas y los niveles de servicio estipulados en el contrato de concesión. En el "Plan de Mejoras y Expansión del Servicio" -compuesto por seis planes quinquenales correlativos- dichas obligaciones se relacionaban con: 1) la mejora de la calidad y el mantenimiento de los servicios existentes, 2) la expansión de las prestaciones, 3) el tratamiento de los efluentes cloacales, 4) la presión en la red y 5) la calidad de atención a los usuarios, entre otras.

Durante la vigencia del régimen de Convertibilidad, la gestión de AASA presentó considerables irregularidades: baja calidad del agua entregada, incumplimiento de las inversiones previstas y con ello, de las metas de expansión del servicio, entre otras. Si bien existieron causas suficientes para rescindirle el contrato, la regulación estatal<sup>5</sup> resultó funcional a sus intereses pues las medidas adoptadas mejoraron las

<sup>3</sup>El coeficiente K es ponderado por todos los demás componentes de la tarifa básica bimestral. A esta tarifa mínima se le agrega un 2,67% destinado al financiamiento del ente regulador y la alícuota del Impuesto al Valor Agregado (IVA).

<sup>4</sup>Participaban también la Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. (12,6%, España), Meller S.A. (10,8%, Argentina), el Banco Galicia y Buenos Aires (8,1%, Argentina), la Compagnie Generale des Eaux S.A. (7,9%, Francia), la Anglian Water Plc (4,5%, Reino Unido) y un 10% en manos de los trabajadores por el Programa de Propiedad Participada.

<sup>5</sup>La regulación del servicio estaba a cargo del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS), agencia creada por decreto. Su Directorio era designado a partir de la propuesta de las autoridades del Gobierno Nacional, de la Ciudad de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires, por lo que quedaba expuesto a la influencia directa del poder político. Estos directores se mantenían en sus cargos durante seis años con posibilidad de una reelección y sin restricción legal alguna respecto de un empleo anterior o posterior vinculado a la empresa regulada. Por otra parte,

condiciones de negocios de AASA. Producto de las diversas renegociaciones<sup>6</sup> desarrolladas, se registró un aumento tarifario del 88% para el total del período 1993-2002. En 1994, a raíz de una "revisión extraordinaria de tarifas", se incrementó la tarifa general en un 13,5% y en un 38% y 45% los cargos de infraestructura de agua y cloacas. Con la renegociación del contrato de concesión aprobada por el Decreto N° 149/97, la tarifa media residencial aumentó un 37%. Un año después, se elevaron un 5,31% dada una nueva "revisión extraordinaria de tarifas". Mediante la "primera revisión quinquenal de tarifas", se dispusieron aumentos del 12,3% que se efectuarían en tres cuotas de 3,9% (suspendiéndose el último -previsto para 2003- por la aplicación de la Ley de Emergencia N° 25.561). Considerando nuevos ajustes por costos o inflación y la incorporación de otros cargos fijos, la tarifa media residencial para 2001, se incrementó en un 10,4% y en un 4,4% en el 2002. En el Cuadro N° 1 se consigna esta evolución ascendente de la tarifa media residencial mostrando que la factura promedio de \$14,56 en mayo de 1993, llegó a \$27,40 en enero de 2002 (ETOSS, 2003: IV).

**Cuadro N° 1**  
**Evolución de la factura media residencial de Aguas Argentinas S.A.,**  
**mayo 1993- enero 2002 (en pesos y número índice)**

Conceptos	Fecha	Factura media	Factura Media (índice mayo '93=100)	IPC
Obras Sanitarias de la Nación	May-93	\$19,40	133	100
<b>Oferta Aguas Argentinas S.A.</b>	<b>May-93</b>	<b>\$ 14,56</b>	<b>100</b>	<b>100</b>
1º Revisión tarifaria	Jun-94	\$ 16,53	114	104
Incorporación del SU	Nov-97	\$ 20,55	141	108
2º Revisión tarifaria	May-98	\$ 21,65	149	109
Incorporación del MA	Ene-99	\$ 23,73	163	110
Aumento año 2001, revisión quinquenal y anual	Ene-01	\$ 26,25	180	107
Aumento año 2002, revisión quinquenal y anual	Ene-02	\$ 27,40	188	107

Fuente: ETOSS (2003: V).

A este respecto vale puntualizar las sucesivas modificaciones que sufrieron los componentes de la tarifa. Como se detalla en el Cuadro N° 2, aunque se mantuvo por debajo del valor previo a la concesión, el factor "K" aumentó para el período 1993- 2002 un 31%. Los diferentes cargos fijos que se fueron incorporando constituyeron sin duda los factores más representativos que influyeron en el incremento real

que la fuente de financiamiento se estableciera a partir de una tasa fija (2,67%) sobre la tarifa no propiciaba mayores incentivos para reducirla. El riesgo de captura se elevó aún más ya que debía regular a una única empresa sin competencia potencial. El desempeño de su función reguladora fue vulnerado durante 1998 y 1999 cuando la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable (SRNyDS), dependiente del Poder Ejecutivo Nacional, fue designada como autoridad de aplicación del contrato de concesión. En este período su capacidad sancionatoria se vio aún más vulnerada ya que aquella Secretaría eludía las disposiciones del ente, disminuyendo o retirando sanciones impuestas a AASA.

<sup>6</sup>A pesar de que en el contrato de concesión se había prohibido efectuar aumentos tarifarios durante los primeros diez años de prestación -se autorizaba solamente la rebaja de las tarifas- sucesivas renegociaciones fueron realizadas a fin de subir las tarifas.

de las tarifas y en su carácter altamente regresivo<sup>7</sup>. En el caso del cargo de infraestructura para las conexiones del agua potable puede verse que sufrió un aumento del 38,5 % mientras que en relación a los desagües cloacales el incremento fue del 45,7%. Esto valores provocaron no sólo reclamos sino también el cese del pago por parte de aquellos usuarios que no podían costearlos. Si bien el cargo SUMA (Servicio Universal Medio Ambiente) sufrió una disminución del 47% a menos de un año de ser implementado (mayo de 1998), a partir de ese momento se fue incrementando hasta registrar para julio de 2002 un aumento del 63%. Significativos aumentos registró también el cargo por incorporación al servicio (9,6 %) y los consumos libres disminuyeron en 20 m<sup>3</sup>.

**Cuadro N° 2**  
**Evolución de los componentes de la tarifa de Aguas Argentinas S.A.,**  
**1993- 2002 (en pesos/dólares y valores absolutos)**

Fecha	"K"	CI (1) Agua	CI(1) Cloacas	SUMA(2)	CIS(3)	CMC(4)	CIA(5)	CL(6)
May-93	0,7310	325	460					30 m <sup>3</sup>
Jun-94	0,8300	450	670					
Nov-97		Eliminado	2,01	4,00				
May-98	0,8741			2,12	4,21			
Dic-98				3,16				
Ene-01	0,9169			3,32	4,419	0,43	0,25	20 m <sup>3</sup>
Ene-02	0,9572			3,46	4,613	0,45	0,26	
Jul-02								10 m <sup>3</sup>

Fuente: Azpiazu y Forcinito (2004: 58)

"K": Coeficiente de modificación, (1): Cargo de infraestructura, (2): Servicio universal y medio ambiente, por servicio y por bimestre, (3): Cargo por incorporación al servicio, (4): Cargo por mantenimiento de conexiones, (5): Cargo por ingreso adicional, por servicio y por bimestre y (6): Consumos libres residenciales, por servicio y por bimestre.

En relación al cumplimiento de metas y objetivos de inversión previstos contractualmente, se aprecia en el Cuadro N° 3, que el grado de ejecución en el primer quinquenio (1993-98), fue sólo del 58%. En el segundo (1999-2003), las inversiones realizadas en los años 1999 y 2000 se correspondieron en su totalidad con las previstas pues se retrasó dos años la revisión de las metas y fueron aprobadas ex-post. En el 2001 el grado de ejecución fue del 62%, mientras que en el 2002 caería al 19%. La empresa ejecutó para el período 2001-2002, el 37% de las inversiones comprometidas. Para el período 1993-2002, la expansión de la cobertura del servicio de agua potable no alcanzó las metas previstas. Sólo llegó a cubrir a un 79% de los habitantes frente al 88% estipulado en el contrato. En el servicio de cloacas sólo se alcanzó el 63% de cobertura frente al 74% previsto. El tratamiento de efluentes cloacales presentó su mayor incumplimiento en el tratamiento primario de aguas servidas: del 74% comprometido sólo alcanzó el 7%. Las inversiones

<sup>7</sup>Azpiazu y Forcinito (2004: 99) señalan que los costos reales de los servicios recayeron asimétricamente según los estratos de ingresos. Al considerar los datos de mayo de 2002, para el decil de mayores ingresos de la población del Gran Buenos Aires, la relación entre el costo del servicio y sus ingresos era del 1,3%. En el caso del decil de menores ingresos, la tarifa cobrada representaba el 9% de sus recursos. Mientras que para el promedio de los usuarios implicaba el 1,9%.

en rehabilitación y renovación no fueron eficaces para mejorar los niveles de pérdida. Este problema repercutió en casi el 70% de la red con una baja en la presión del agua provista.

**Cuadro N° 3**  
**Inversiones previstas y ejecutadas por Aguas Argentinas S.A.,**  
**primer y segundo quinquenio (en millones de pesos)**

Rubro de inversión	Primer Quinquenio					Total
	1° 1993	2° 1994	3° 1995	4° 1996	5° 1997/8	
Inversiones previstas	101,5	238	340,7	405,9	363,3	1.449,40
Inversiones ejecutadas	89,2	178,3	157,6	202,7	212,7	837,5
Inversiones no ejecutadas	-12,3	-59,6	-186,2	-203,2	-150,6	-611,9
<b>Porcentaje de cumplimiento</b>	<b>88%</b>	<b>75%</b>	<b>45%</b>	<b>50%</b>	<b>59%</b>	<b>58%</b>
Rubro de inversión	Segundo Quinquenio					Total
	6° 1999	7° 2000	8° 2001	9° 2002	10° 2003	
Inversiones previstas	177,4	179,7	170,5	225,3	s/d	
Inversiones ejecutadas	177,4	179,7	105,1	43,2	s/d	
Inversiones no ejecutadas			-65,3	-182,1	s/d	
<b>Porcentaje de cumplimiento</b>	<b>100%*</b>	<b>100%*</b>	<b>62%</b>	<b>19%</b>	s/d	

Fuente: ETOSS (2003: II)

\* Las inversiones previstas para los años 1999 y 2000 se corresponden con las ejecutadas debido al atraso en la aprobación del PMES.

En términos sociales, la política de expansión y de distribución del acceso de AASA, se condijo con la tendencia general descrita en el apartado anterior. Es decir, aún cuando fuera utilizada como argumento para justificar la concesión del servicio a manos privadas, la expansión no se orientó prioritariamente a cubrir las necesidades de cobertura de las poblaciones de menores ingresos. Tal como se detalla en el Cuadro N° 4, en el GBA2, área con los más altos porcentajes de población por debajo de la línea de pobreza (71,3%) e indigencia (38,3%), se registraron los mayores déficits de cobertura: 43% para el servicio de agua potable y 63% respecto de los desagües cloacales.

**Cuadro N° 4**  
**Déficit de cobertura del servicio, Área Metropolitana de Buenos Aires**  
**(año 2004) y población por debajo de la línea de pobreza e indigencia**  
**(relevamiento mayo-03\*)**  
**(en porcentaje y porcentaje de población)**

	Ciudad de Bs. As	Total GBA 1**	Total GBA 2***
Déficit cobertura agua	0	13	43
Déficit cobertura cloaca	0	49	63
Pobreza	21,7	48,0	71,3
Indigencia	8,9	20	38,3

Fuente: elaboración propia en base a Lentini (2007: 71) y Encuesta permanente de Hogares (EPH), Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC).

\*Últimos datos disponibles suministrados por el INDEC.

\*\*GBA1: primer cordón del Gran Buenos Aires. Comprende: Avellaneda, General San Martín, Lanús, Lomas de Zamora, Morón, Hurlingham, Ituzaingó, Quilmes, San Isidro, Tres de Febrero y Vicente López.

\*\*\*GBA2: segundo cordón del Gran Buenos Aires. Comprende: Almirante Brown, Esteban Echeverría, Ezeiza, La Matanza, San Fernando y Tigre. El INDEC incluye dentro de esta definición otros partidos que no integran la concesión de AASA (Berazategui, José C. Paz, Malvinas Argentinas, San Miguel, Florencio Varela, Merlo y Moreno).

Paralelamente a estas situaciones, tal como se presenta en el Cuadro N° 5, la rentabilidad de AASA fue muy elevada entre 1994 y 2001. Vinculada directamente con el carácter funcional de la regulación implementada, registró en promedio una tasa de beneficio sobre el patrimonio neto del 20% que ampliamente superó al 11,21% que había proyectado en la oferta. Aquel valor reveló el contexto de privilegio en el que operó, ya que era muy superior a aquellos que se consideraban aceptables en los EUA (entre el 6,5% y el 12,5%), Gran Bretaña (entre 6% y 7%) y Francia (6%) (Phillips, 1993). Sumado a estas condiciones excepcionales, financió sus inversiones mediante endeudamiento externo. Su estrategia consistió en aprovechar los beneficios obtenidos a partir de tasas de interés externas más bajas que las locales y el seguro de cambio que suponía la vigencia de la Convertibilidad.

**Cuadro N° 5**  
**Evolución de los márgenes de rentabilidad sobre**  
**ventas y patrimonio neto de Aguas Argentinas**  
**S.A.,**  
**1994-2002 (en porcentajes)**

Año	Utilidades /Ventas	Utilidades/ Patrimonio Neto
<b>1994</b>	9%	20%
<b>1995</b>	15%	29%
<b>1996</b>	15%	25%
<b>1997</b>	14%	21%
<b>1998</b>	8%	13%
<b>1999</b>	12%	19%
<b>2000</b>	17%	21%
<b>2001</b>	15%	17%
<b>2002</b>	-113%	-602%

Fuente: Memorias y Balances de AASA (1993-2002) <http://mepriv.mecon.gov.ar/>

El Cuadro N° 6 muestra como la firma se endeudó a un nivel mucho mayor del previsto en la oferta. A partir de 2002, esta situación crítica de endeudamiento la expuso a una debilidad extrema. Al respecto, Azpiazu et al. (2005) puntualizan que aun cuando AASA tenía ingresos totales por aproximadamente 220 millones de dólares (enero 2002), su deuda externa era de alrededor de 650 millones de dólares (casi veinte veces su patrimonio neto) con compromisos de pagos por 215 millones de dólares en ese mismo año y por 109 millones en 2003.

Esta agresiva estrategia de financiamiento decidida por sus accionistas, además de alterar lo comprometido en la oferta de licitación —consecuentemente varió las condiciones que hicieron que Aguas Argentinas se adjudicara dicha licitación—, incrementó notablemente el riesgo económico-financiero de la compañía, dado el nivel de ingresos e inversiones previstos para el negocio concesionado. Aún más, dicha estrategia de financiamiento exacerbó el riesgo de insolvencia con el continuo pago de dividendos a los accionistas. Esta progresiva descapitalización de la compañía llevó a que el cambio de la paridad cambiaría en 2002 la encontrara en una situación de apalancamiento financiero más delicada que si se hubieran cumplido las previsiones de la oferta (Ordoqui Urcelay, 2007: 48).

**Cuadro N° 6**  
**Evolución del índice de endeudamiento de Aguas**  
**Argentinas S.A.,**  
**1994-2002 (en índices)**

Año	Índice de endeudamiento	Índice de endeudamiento OFERTA
<b>1994</b>	1,9	1,8
<b>1995</b>	2,2	1,4
<b>1996</b>	2,4	1,6
<b>1997</b>	2,6	1,8
<b>1998</b>	2,7	1,7
<b>1999</b>	2,7	1,6
<b>2000</b>	2,5	1,5
<b>2001</b>	2,1	1,5
<b>2002</b>	19,2	1,4

Fuente: ETOSS (2003: V)

En la relación con los usuarios, la empresa se mostró eficaz en la resolución de aquellos reclamos que no afectaran su rentabilidad, no siendo así en los casos en los que ésta fuera puesta en cuestión. Asimismo, de un total de \$ 40.603.114 en concepto de multas aplicadas por el ETOSS, AASA sólo había efectuado, al 14/07/2003, el pago del 42% de las mismas (ETOSS, 2003: IV).

En suma, los crecientes incumplimientos en relación a las metas de calidad y expansión del servicio e inversiones comprometidas constituyeron los rasgos distintivos de la concesión. Las constantes modificaciones normativas desnaturalizaron las cláusulas contractuales originales, permitiendo sucesivos aumentos tarifarios que superaron los de los precios locales. Justificada en la necesidad de financiar

inversiones –que finalmente no se concretaban-, la evolución creciente de las tarifas favoreció el incremento de los ingresos y la rentabilidad de AASA. Esta “fallas” regulatorias no hicieron más que perjudicar a los usuarios y consumidores en el acceso a este servicio público esencial, con carácter de derecho humano.

### 3. La renegociación con Aguas Argentinas S.A. tras la caída de la Convertibilidad

Dada la situación de crisis social, política y económica que atravesaba la Argentina en los inicios de 2002, el gobierno a cargo de Eduardo Duhalde puso fin al régimen de Convertibilidad. La Ley N° 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, dispuso la pesificación de precios y tarifas, dejando sin efecto las cláusulas indexatorias de ajuste presentes en los contratos de la Administración Pública. El Poder Ejecutivo Nacional (PEN) fue facultado para renegociar esos contratos, inclusive los de los servicios públicos privatizados. Se determinó el congelamiento de los niveles tarifarios hasta tanto se efectuara la revisión integral de esos contratos.

De aplicarse lo dispuesto por la Ley de Emergencia Pública, la rediscusión contractual contribuiría a rever los excesivos privilegios que AASA había logrado desde el inicio de la concesión. Sin embargo, esto no se concretó. Durante el transcurso de la renegociación de la deuda externa argentina, la revisión de las condiciones irregulares en la que se operaba el servicio, se vio en parte relegada ante la necesidad de lograr una solución favorable respecto de la situación de *default*. Con la firma de un acta acuerdo (mayo de 2004)<sup>8</sup>, el PEN buscó asegurar ciertos beneficios empresarios a los efectos de contribuir indirectamente con el objetivo de subsanar la economía. El servicio de agua y saneamiento sería “intercambiado” por el apoyo del gobierno francés en el Directorio del Fondo Monetario Internacional (FMI).

Vencida el acta acuerdo y coincidiendo con la resolución del canje de la deuda<sup>9</sup>, el proceso renegociador entró en una etapa de discrepancias y parálisis. Esta situación se intensificó a partir de septiembre de 2005 cuando Suez anunció que dejaba la concesión y recomendó a los demás miembros del Directorio a apoyar el proceso de rescisión contractual por culpa del concedente, es decir por responsabilidad del Estado argentino. Los posibles cambios en el contrato (financiamiento, diseño y ejecución de obras en manos estatales) y el congelamiento tarifario, le resultaron poco propicios. Era claro que, al no persistir las condiciones favorables obtenidas durante los noventa, tenía poco interés en continuar operando en el país. AASA buscaba lograr algunos beneficios con su salida pues desde la caída de la Convertibilidad, su rendimiento había disminuido considerablemente. La decisión de retirarse se

<sup>8</sup>El establecimiento del acta acuerdo permitió plantear un horizonte formal de un año, sobre el cual establecer condiciones de prestación y fijar los puntos a negociar para poder avanzar. Fue también útil para plantear un paréntesis en la demanda iniciada por AASA ante el Centro Internacional para Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI). El acta fue presentada ante el tribunal como un documento que abría la posibilidad de componer el contrato de común acuerdo. En materia regulatoria, el acta propició algunas mejoras en relación a la regulación estatal vigente hasta ese momento. A partir de la efectiva implementación de ciertos instrumentos regulatorios, se lograron mayores controles periódicos sobre el desempeño de AASA.

<sup>9</sup> “El canje abrió el 12 de enero de 2005, y cerró el 25 de febrero. La participación final fue de 76,15%. La desagregación no deparó sorpresas. Aceptaron el 63% de extranjeros, el 90% de cuentas residentes en el exterior, y el

vinculó con las nuevas condiciones contractuales, los desfavorables resultados económico-financieros y con la "apuesta" a una resolución favorable de la demanda presentada ante el CIADI. Asimismo, la reestructuración empresaria que Suez venía desarrollando a nivel internacional tuvo incidencia en dicha decisión. A la vez que estaba replegando sus negocios en América Latina, había iniciado la conquista de nuevos mercados a partir de profundizar su diversificación hacia los sectores gasífero y eléctrico.

Frente a la imposibilidad de arribar a un nuevo acuerdo con AASA o de encontrar nuevos inversores, el gobierno tuvo que hacerse cargo del servicio. La deuda empresaria y la necesidad gubernamental de no aumentar las tarifas, afectaron negativamente las condiciones para una posible transferencia. La renegociación culminó en marzo de 2006, cuando el gobierno dispuso mediante el Decreto N° 303/06 dar por terminada la concesión por culpa del concesionario, rescindiéndole el contrato a AASA.

En síntesis, alegando que la rescisión contractual se basó en la preservación de los intereses y la salud de los usuarios, el PEN buscó evitar que la medida fuera considerada un fracaso en la renegociación. Los incumplimientos considerados al momento de rescindir el contrato (exceso de nitratos y falta de cobertura), habían estado presentes a la firma del acta acuerdo de mayo de 2004. Sin embargo, sólo fueron considerados causales de rescisión cuando no tuvo otra alternativa respecto de la operatoria del servicio.

#### **4. La reestatización del servicio: Agua y Saneamientos Argentinos S.A.**

A través del Decreto N° 304/06 y su ratificación mediante la Ley N° 26.100 (mayo de 2006), se formalizó la creación de AySA como una sociedad anónima con control estatal<sup>10</sup>. El 90% de las acciones quedó a cargo del Estado, bajo la titularidad del Ministerio de Planificación Federal Inversión Pública y Servicios (MPFIPyS) -capital intransferible- y el 10% restante en poder de los trabajadores adheridos al Programa de Propiedad Participada (PPP). La nueva prestataria mantuvo el esquema empresario de su antecesora pues no se dispuso ningún tipo de subdivisión de la compañía. Se estableció que dicha sociedad duraría por un plazo de 99 años, pudiendo éste ser reducido o ampliado por una asamblea extraordinaria de accionistas. AySA conservó los activos de la concesión anterior e incorporó automáticamente a su planta a los trabajadores de AASA. Se estableció que las relaciones laborales con el personal se rigieran por la Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo y los convenios colectivos de trabajo respectivos. En el organigrama funcional se dispuso que su desenvolvimiento y la aprobación de su plan de acción y presupuesto deberán ser supervisados por el MPFIPyS. Bajo las normas y principios del derecho privado, no se le aplican las disposiciones de la Ley N° 19.549 de procedimientos administrativos, el Decreto N°

---

98% de los tenedores residentes en la Argentina (100% para AFJP y bancos, 91% para bonistas particulares)" (Levy Yeyati y Valenzuela, 2007: 272).

<sup>10</sup>Conservó el área de prestación de AASA, por lo que quedó a cargo de los servicios en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los siguientes partidos del conurbano bonaerense: Almirante Brown, Avellaneda, Esteban Echeverría, Ezeiza, La Matanza, Lanús, Lomas de Zamora, Morón, Quilmes, San Fernando, San Isidro, San Martín, Tres de Febrero, Tigre y Vicente López. Exclusivamente en relación al servicio de agua potable, incluye a los partidos de Hurlingham e Ituzaingó. Asimismo, se encarga de la recepción de efluentes cloacales en bloque de los partidos de Berazategui y Florencio Varela.

1023/01 sobre el régimen de contrataciones del Estado, la Ley N° 13.064 de obras públicas ni otras normas o controles propios del derecho administrativo. AySA queda sujeta exclusivamente a los controles internos y externos que ejercen la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) y la Auditoría General de la Nación (AGN).

En el ámbito legislativo, esta creación suscitó importantes controversias pues lo que estaba en discusión era la definición de la administración del servicio. Entre los planteos de los legisladores opositores vale destacar el cuestionamiento a la falta de transparencia y reducción de los controles que propiciaba la figura jurídica bajo la que se constituía la nueva empresa. Dicha figura no estaba tipificada dentro de la normativa vigente pues la Ley N° 19.550 de sociedades anónimas no contempla la constitución de sociedades con acciones intransferibles. Otro tema presente en el debate se relacionó con la necesidad de que la Ciudad y la Provincia de Buenos Aires reasumieran las competencias que la Constitución Nacional les asignaba sobre el servicio y que también se hicieran cargo de su financiamiento. El gobierno nacional podía contribuir al desarrollo de obras de infraestructura -como lo hacía en otras regiones del país-, pero no debía financiar las tarifas ni otorgar subsidios. En respuesta a estos planteos, los legisladores oficialistas argumentaron que respecto del régimen jurídico adoptado, ya existía un antecedente con la creación de la empresa Energía Argentina S.A. (ENARSA) y que su adopción no sólo otorgaría mayor fluidez operativa, sino que también permitía preservar la participación accionaria que los trabajadores poseían en AASA. Señalaron también que AySA no quedaba excluida de controles sino que regirían aquellos previstos en la Ley N° 19.550. Por otra parte, sostenían que la participación del gobierno nacional garantizaba los derechos de los usuarios y consumidores en cuanto al acceso al servicio, la protección de la salud y el medio ambiente.

Finalmente el decreto fue aprobado en ambas Cámaras. En Diputados obtuvo 131 votos a favor, 67 en contra y 18 abstenciones, mientras que en el Senado, 37 fueron los votos afirmativos, 18 los negativos y hubo una abstención. Al igual que con la ratificación de la rescisión contractual los legisladores oficialistas permanecieron alineados al PEN. La oposición por su parte si bien apoyaba la restitución del servicio a manos estatales, rechazó la propuesta gubernamental fundamentalmente por la figura jurídica en la que se constituía la nueva empresa y los escasos controles previstos.

## **5. Nuevo marco regulatorio del servicio de agua**

Mediante la Ley N° 26.221 (febrero de 2007) que estableció el nuevo marco regulatorio, se ratificó la responsabilidad estatal en el suministro, mantenimiento y expansión del servicio y se reconoció el carácter de derecho humano del acceso al agua. Aun cuando este marco fue establecido por una ley y no por un decreto, su presentación y tratamiento legislativo deben ser observados. El PEN buscó con urgencia su aprobación (no existieron instancias de consulta ni de participación de los usuarios) y fue escaso el debate legislativo. A fines de diciembre de 2006, a sólo dos semanas de su ingreso, el proyecto ya había sido aprobado en el Senado mediante 32 votos a favor y 13 en contra. Los diputados de la oposición

lograron frenar su aprobación no dando quórum para sesionar. A inicios de 2007, el proyecto fue finalmente aprobado tras 45 minutos de debate con 133 votos por la afirmativa y 75 por la negativa.

En el nuevo esquema regulatorio pueden distinguirse tres ámbitos de acción: 1) el de política y supervisión, 2) el de control y 3) el de auditoría y fiscalización. El primero está integrado por el MPFIPyS que tiene a su cargo el dictado de normas complementarias, la aprobación del plan de negocio y la supervisión del desenvolvimiento de la empresa. La Secretaría de Obras Públicas (SOP) se desempeña como autoridad funcional entre el concedente y el concesionario. Mientras que la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación (SSRH), constituida en autoridad de aplicación, imparte políticas, ejerce el poder de policía y control en materia de prestación de servicio e interviene en todos los aspectos de planificación y coincidencia económica. En materia de control, la Agencia de Planificación (APLA) debe controlar la elaboración de los planes y proyectos, el desarrollo de las obras, la elaboración de los estudios de impacto ambiental y el establecimiento de las metas de calidad. Por su parte, el Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS) tiene que fiscalizar la calidad del servicio, verificar el cumplimiento del contrato de concesión y proteger los intereses de los usuarios. A tal efecto se conformó dentro de este ente una Sindicatura de Usuarios. Por último en el ámbito de auditoría y fiscalización, se dispuso la conformación de una Comisión Fiscalizadora, integrada por el Estado Nacional (dos representantes de la SIGEN y uno del PPP –trabajadores-). Quedando la auditoría externa en manos de la AGN y de un grupo de auditores externos, técnicos y económicos (Plan de Saneamiento de AySA, 2006).

Este régimen de múltiples autoridades formales dispuesto pone en relieve la problemática de la “fragmentación regulatoria”. No sólo se presentan superposiciones en las facultades y funciones de los organismos y entes diseñados, sino que se tiende a la centralización de competencias en las autoridades de la administración central. La ostensible injerencia asignada al MPFIPyS y sus respectivas dependencias pone en cuestión la independencia de los organismos de control propuestos. En la práctica, estos entes carecen de capacidad para ejercer efectivamente las funciones que le fueran asignadas.

A diferencia de las facultades y obligaciones que poseía el ETOSS (aprobación de los cuadros tarifarios y los planes de mejoras y expansión), al ERAS sólo le caben funciones de control (niveles de calidad, contabilidad regulatoria y *benchmarking*). Dentro de sus competencias no figuran el establecimiento de las tarifas ni la fijación y modificación de las metas de expansión del servicio. Estas funciones son asumidas por la SSRH. Tampoco tiene facultad para sancionar a AySA, sólo puede amonestar de los directivos o gerentes de la empresa. Por otra parte, el modo de elección de las autoridades en el ERAS y la APLA, los vincula directamente al poder político. El PEN designa a los integrantes de los respectivos Directorios, uno de manera directa y los dos restantes por recomendación de los Poderes Ejecutivos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Provincia de Buenos Aires. La presidencia del Directorio del ERAS queda a cargo del representante del gobierno nacional mientras que, en el caso de la APLA, ésta es desempeñada por el Subsecretario de Recursos Hídricos. Dicho funcionario no sólo ejerce la representación legal, sino que su voto vale doble en caso de producirse un empate. Esta designación sin concurso público, les resta independencia a los organismos pues se originan compromisos políticos con

las autoridades de las jurisdicciones, que pueden interferir el desarrollo de las gestiones. Desde la técnica regulatoria esto concita diversos cuestionamientos debido a la dependencia que genera respecto del PEN pero, desde el punto de vista político, aseguró que las presidencias se mantuvieran afines a sus disposiciones.

Respecto del financiamiento, estos entes obtienen sus recursos de un porcentaje fijo de la facturación (2,67%). Dado que la tarifa se mantiene congelada desde 2002, y ese monto recaudado debe ser repartido entre ambos organismos, se plantean serios inconvenientes de financiamiento. Para cubrir sus déficits presupuestarios han debido solicitar aportes al MPFIPyS, que en algunos casos, son remitidos a través de AySA.

Aun cuando el marco regulatorio dispuso que la empresa debía brindar amplia información respecto de sus actividades, AySA fue reticente en su entrega tanto al ente como a la sociedad en general. En relación al presupuesto de la empresa, la participación del ERAS quedó reducida a un mero trámite. Los envíos del presupuesto se dan formalmente desde 2008 (con anterioridad no los recibía) y se le solicita que se expida, en un plazo breve, sobre lo que ya fue aprobado por el Congreso Nacional. Asimismo, la empresa reiteradamente eludió al ente respecto de la entrega de información financiera que, por el contrario, enviaba a la SSRH. Al carecer ésta de capacidad técnica para analizarla, la remitió al ERAS y de este modo comenzó a analizarla.

En relación a la participación de los usuarios no se propició un esquema más amplio del que hubiera con anterioridad. La Sindicatura de Usuarios, presenta una conformación y funciones semejantes a la Comisión de Usuarios del ETOSS. Asimismo, parece presentarse un retroceso respecto del mecanismo de audiencias públicas. Al carecer el ente de facultades para establecer el esquema tarifario y/o las metas de expansión, no quedan definidas las instancias en que las audiencias deberían desarrollarse. Por su parte en la APLA, no se estableció ninguna instancia de participación formal. La intervención de los usuarios en la planificación de las obras de expansión se plantea de manera indirecta a través de las demandas y propuestas presentadas por los intendentes de los diversos municipios que la integran.

Al igual que en el esquema anterior, en relación a los niveles apropiados de servicio, se estableció que debía cumplimentarse lo dispuesto en el contrato de concesión y el marco regulatorio. En caso de producirse alguna falla de calidad, AySA también debe informar inmediatamente al ERAS, señalando las medidas implementadas y debe trabajar para restablecer las condiciones de calidad. Contrariamente a lo que sucediera durante la gestión privada, el marco regulatorio eximió a la empresa de la obligación de prestar un nivel mínimo de presión de agua. A diferencia de AASA que, por atrasos en el pago de las facturas, disponía el corte de los servicios sin discriminar las categorías de usuarios (incluyendo también a los públicos), este nuevo marco regulatorio estableció dos modalidades a implementar: 1) la restricción y 2) el corte del servicio. La primera se aplicaría en el caso de los usuarios residenciales, y sólo se apelaría al corte del suministro, en los usuarios no residenciales.

Mediante el establecimiento de los Planes de Mejoras, Operación, Expansión y Mantenimiento de los Servicios (PMOEM) se buscó asegurar el mantenimiento, la mejora del estado, rendimiento y

funcionamiento de todos los sistemas necesarios para la prestación del servicio. De la misma manera que con AASA, estos planes serán revisados y evaluados cada cinco años por el MPFIPyS. En el caso de presentarse incumplimientos en la ejecución de estos planes, AySA sólo tiene que reconducirlos sin que se planteen sanciones específicas al respecto ni la rescisión del contrato.

En lo que refiere al régimen económico de la concesión, éste fue fundado en la determinación de costos operativos, de inversión, mantenimiento, administración y comerciales. De presentarse circunstancias extraordinarias que afectaran el desenvolvimiento económico de la concesión, AySA puede solicitar la intervención de la SSRH a fin de minimizar o superar las consecuencias generadas por esa situación. Asimismo, se estableció que el equilibrio económico financiero de la concesión se dará siempre que las tarifas permitan recuperar todos los costos asociados a la misma, incluyendo los operativos, los de inversión y los de carácter impositivos y financieros si los hubiere.

De acuerdo a lo establecido, el régimen tarifario tiene que propender a cumplir con la universalización del servicio y atender objetivos sanitarios y sociales. Siendo uniforme para la misma modalidad de prestación según el área servida, debe propiciar un uso racional y eficiente de los servicios y los recursos involucrados en la prestación. En relación a la estructura tarifaria, se mantuvo la composición que presentara al finalizar la concesión a AASA (incluyendo los cambios regresivos anteriormente mencionados)<sup>11</sup>. Es decir, un sistema tarifario básico compuesto por un régimen de cuota fija y otro régimen medido, aplicable a algunos usuarios no residenciales, a edificios de propiedad horizontal, a la venta de agua en bloque, y a opción de la concesionaria y de los propios usuarios.

En síntesis, a raíz de la concentración de funciones descripta, la regulación del servicio adquirió formalmente mayor cercanía al poder político y con ello, una mayor discrecionalidad. Este punto no debería ser cuestionado *per se* sino ser discutido dentro de un contexto más amplio, donde la intervención estatal en el servicio se ha incrementado mediante transferencias e inversiones directas en infraestructura. ¿Por qué crear dos organismos de control con restricciones de diseño y de funcionamiento efectivo, si en este nuevo esquema no serían relevantes? El pensar que constituyen “una mera formalidad a cumplir” no agota el interrogante sino que lo profundiza: ¿dentro de qué esquema habría que cumplirlo? Se pone de relieve entonces, la necesidad de definir una clara estrategia regulatoria, donde el contralor normativo y social –sea la forma que adquiera (centralizada o descentralizada)- se conciba como condición para asegurar la buena prestación del servicio. Por otra parte, tampoco se propiciaron cambios sustanciales que incentivaran el uso racional del recurso ni una tarifa más equitativa. Solamente se consideró la implementación un sistema de descuentos sobre el valor de la factura que tuviera en cuenta a los sectores de más bajos recursos (programa de tarifa social).

<sup>11</sup>Para 2009 los cargos fijos (SUMA, CIS, por titularidad no declarada y por mantenimiento al servicio) representaron el 19% del total de los ingresos en concepto de facturación.

## 6. Desempeño de Agua y Saneamientos Argentinos S.A.

Aun cuando el análisis del desempeño de AySA posee ciertas limitaciones por el poco tiempo transcurrido y la falta de suficiente información disponible, resulta importante presentar algunas consideraciones preliminares. Los datos referidos a su situación económica-financiera muestran que a diciembre de 2010, las transferencias corrientes recibidas por la empresa estatal, representaron el 53% de los ingresos totales de AySA (Cuadro N° 7). Con este aporte evitó una pérdida de \$ 196.325.000, puesto que sus ingresos de operación sólo alcanzaban a cubrir el 49% de sus gastos. En relación a estos últimos, las mayores erogaciones se vincularon al rubro "bienes y servicios", que representaron el 52% de sus gastos totales y a los gastos en personal que abarcaron el 45%. Teniendo en cuenta que los datos obtenidos para 2011 alcanzan a mayo, se pudo apreciar que en relación a 2010, el peso de las transferencias pasó del 53% a representar el 57% de los ingresos totales. Sin embargo, este aumento no evitó un resultado económico negativo (\$ - 12.469.000) para el período –aunque menor que el registrado en 2010 (\$ -12.615.000)-, pues los ingresos de operación presentaron un descenso de 4 puntos respecto de su participación en el total de ingresos corrientes (43%). Los gastos de operación sólo pudieron ser cubiertos en un 45% por los ingresos de operación. Asimismo, las erogaciones relativas al personal se pasaron al 49% de los gastos totales, mientras que los gastos en bienes y servicios descendieron 3 puntos, igualando aquel valor.

**Cuadro N° 7**  
**Cuenta corriente**  
**Agua y Saneamientos Argentinos S.A., 2006- mayo 2010**  
**(en miles de pesos, a valores constantes\* y porcentajes)**

Cuenta corriente / Año	2006	2007	2008	2009	%	2010	%	Mayo 2011	%
<b>Ingresos corrientes [A]</b>	<b>179.076</b>	<b>223.898</b>	<b>281.852</b>	<b>294991</b>	<b>100</b>	<b>347656</b>	<b>100</b>	<b>147552</b>	<b>100</b>
Ingresos de operación	177.148	219.011	190.953	180840	61,30	163731	47,10	63885	43,30
Ingresos de la propiedad	1.928	4.887	4.231	5301	1,80	214	0,06	153	0,10
Transferencias corrientes	0	0	86.668	108851	36,90	183711	52,84	83515	56,60
Otros ingresos corrientes	0	0	0	0	0	0	0	0	0
<b>Gastos corrientes [B]</b>	<b>174.181</b>	<b>223.735</b>	<b>281.572</b>	<b>339489</b>		<b>360270</b>		<b>160021</b>	
<b>Gastos de operación</b>	<b>157.584</b>	<b>209.226</b>	<b>255.074</b>	<b>313668</b>	<b>100</b>	<b>331241</b>	<b>100</b>	<b>142514</b>	<b>100</b>
Personal	65.866	90.047	106.556	132328	42,19	149938	45,27	69581	48,82
Bienes y servicios	81.304	109.856	138.387	175479	55,94	172793	52,17	69271	48,61
Transferencias	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Otros gastos de operación	10.414	9.323	10.131	5861	1,87	8511	2,57	3661	2,57
<b>Gastos ajenos a la operación</b>	<b>16.597</b>	<b>14.509</b>	<b>26.498</b>	<b>25821</b>	<b>100</b>	<b>29029</b>	<b>100</b>	<b>17508</b>	<b>100</b>
Intereses internos	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Intereses externos	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Transferencias	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Impuestos directos	6.950	10.949	12.415	13511	52,32	14989	51,64	6596	37,68
Otros	9.647	3.560	14.083	12310	47,68	14040	48,36	10911	62,32
<b>Resultado Económico [C=A-B]</b>	<b>4.895</b>	<b>163</b>	<b>280</b>	<b>-44498</b>	<b>\</b>	<b>-12615</b>	<b>\</b>	<b>-12469</b>	<b>\</b>

\*IPIM base 1993= 100

Fuente: Elaboración propia en base a Ejecución presupuestaria AySA.

Disponible en: [www.eras.gov.ar/info-tecnica-eco\\_fin\\_aysa.asp](http://www.eras.gov.ar/info-tecnica-eco_fin_aysa.asp)

Tal como se consigna en el Cuadro N° 8, las transferencias de capital fueron incrementándose sustancialmente en el período 2006-2010. Este último año registra un valor más treinta y tres veces mayor que el monto dispuesto al inicio de la gestión pública. De esta manera, la totalidad de las obras han sido efectuadas exclusivamente con estos aportes transferidos. A mayo de 2011, puede verse que las inversiones realizadas (\$ 194.494.000) estaban superando los ingresos de capital por un monto de \$ 2.382.000.

**Cuadro N° 8**  
**Cuenta de capital**  
**Agua y Saneamientos Argentinos S.A., 2006- mayo 2010**  
**(en miles de pesos, a valores constantes\*)**

Cuenta capital / Año	2006	2007	2008	2009	2010	%	Mayo 2011	%
<b>Ingresos de capital [D]</b>	<b>9.150</b>	<b>71.043</b>	<b>188.501</b>	<b>269.102</b>	<b>296577</b>	<b>100</b>	<b>192112</b>	<b>100</b>
Recursos propios	184	625	-723	79	141	0,05	596	0,31
Otros ingresos corrientes	8.966	70.418	189.224	269.023	296436	99,95	191516	99,69
<b>Gastos de capital [E]</b>	<b>13.647</b>	<b>70.864</b>	<b>166.208</b>	<b>338.970</b>	<b>507579</b>	<b>100</b>	<b>195331</b>	<b>100</b>
Inversión	12.484	69.988	164.801	338.970	505709	99,6	194494	99,6
Otros gastos de capital	1.163	876	1.407	0	1871	0,4	837	0,4
<b>Resultado Económico [C]</b>	<b>4.895</b>	<b>163</b>	<b>280</b>	<b>-44498</b>	<b>-12615</b>	/	<b>-12469</b>	/
<b>Resultado Financiero [F=C+D-E]</b>	<b>398</b>	<b>342</b>	<b>22.573</b>	<b>-114366</b>	<b>-223617</b>	/	<b>-15688</b>	/

\*IPIM base 1993= 100

Fuente: Elaboración propia en base a Ejecución presupuestaria AySA.

Disponible en: [www.eras.gov.ar/info-tecnica-eco\\_fin\\_aysa.asp](http://www.eras.gov.ar/info-tecnica-eco_fin_aysa.asp)

Aun cuando la tarifa se mantiene congelada desde enero de 2002<sup>12</sup>, el total de facturación por los servicios de agua potable y alcantarillado a 2009 (Cuadro N° 9) descendió en un 14,3% en relación al 2007, año en el que se registró el valor más alto. Asimismo, se presentó un incremento del saldo pendiente de cobro (\$ 8.374.000 más que en 2008), que fue acompañado por un aumento en la cantidad de cuentas que acumulaban deudas por servicios, de 530.128 a 561.254 casos.

**Cuadro N° 9**  
**Facturación total por servicio de agua potable y/o alcantarillado, facturación pendiente de cobro y cantidad de cuentas que acumulan deuda por servicios, Agua y Saneamientos Argentinos S.A., 2006-2009**  
**(en miles de pesos, a valores constantes\*/cantidad de casos)**

	Año			
	2006	2007	2008	2009
<b>Facturación total agua potable y alcantarillado</b>	177.148	210.902	190.953	180.840
<b>Facturación pendiente de cobro</b>	27.016	35.604	40.332	48.706
<b>Cuentas por cobrar (cant. casos)</b>	369.459	550.799	530.128	561.254

\*IPIM base 1993= 100

Fuente: Elaboración propia en base a Informe Anual Agua y Saneamientos Argentinos S.A. 2006, 2007, 2008 y 2009.

En lo que refiere al nivel de endeudamiento sobre el patrimonio neto (Cuadros N° 10), éste pasó de 100,30 % en 2008 a 110,06% en 2009, mostrando una nueva suba a pesar del 150% presentado inicialmente. En cuanto a la rentabilidad empresarial (Cuadro N° 11), en 2009 se registró un significativo descenso, presentando un valor negativo. Esto se ubica en el marco que se describiera respecto del aporte constante y en aumento de transferencias a falta de recursos propios suficientes para cubrir su operatoria.

**Cuadro N° 10**  
**Evolución del nivel de endeudamiento sobre el patrimonio neto de**  
**Aguas y Saneamientos Argentinos S.A., 2006-2009**  
**(en porcentajes)**

Año	% Endeudamiento
2006	150%
2007	73%
2008	100,30%
2009	110,06%

Fuente: Elaboración propia en base a Informe Anual Agua y Saneamientos Argentinos S.A. 2006, 2007, 2008 y 2009.

**Cuadro N° 11**  
**Evolución de los márgenes de rentabilidad sobre ventas y patrimonio neto de**  
**Agua y Saneamientos Argentinos S.A., 2006-2009**  
**(en porcentajes)**

Año	Utilidades /Ventas	Utilidades/ Patrimonio Neto
2006	3%	8%
2007	0,08%	0,10%
2008	0,15%	0,09%
2009	-19,00%	-6,56%

Fuente: Elaboración propia en base a Memorias y Balances de Aguas Argentinas S.A. e Informe Anual Agua y Saneamientos Argentinos S.A. 2006, 2007, 2008 y 2009.

Cabe señalar también que el incremento en los costos de personal fue acompañado por un aumento en la dotación de trabajadores que, a mayo de 2011, era de 4850. Si se la compara con la dotación de AASA, el incremento registrado fue del 27%<sup>13</sup>. Respecto de la productividad<sup>14</sup> si bien se venían observando valores mayores que los de la gestión privada, esta tendencia se ha modificado. En relación al año 1998 (período en que se presentó la cantidad más alta de trabajadores durante la gestión privada - 4267-), cuya productividad fue de 968,4 m<sup>3</sup>/día-hombre (Ver Senén González, 2000), los datos mostraron hasta diciembre de 2010 un significativo aumento: mayo de 2007: 1055,8 m<sup>3</sup>/día-hombre; diciembre de

<sup>12</sup> A esa fecha el valor de la factura media era de 27, 40 \$.

<sup>13</sup>De acuerdo a los datos que se pudieron obtener, en junio de 2005, la dotación de AASA era de 3811 trabajadores.

<sup>14</sup>Se entiende por esta la relación entre producción de agua cruda (m<sup>3</sup> /día) y cantidad de empleados.

2008: 1084,3 m<sup>3</sup>/día-hombre, diciembre de 2009: 983,52. m<sup>3</sup>/día-hombre y diciembre de 2010: 1007,72 m<sup>3</sup>/día-hombre. Para mayo de 2011, este valor se encuentra por debajo de la productividad registrada en la prestadora privada: 948,02 m<sup>3</sup>/día-hombre.

En relación a la capacitación de los trabajadores, se implementaron diversos programas de actualización y perfeccionamiento de técnicos y profesionales. El Sindicato Gran Buenos Aires de Trabajadores de Obras Sanitarias (SGBATOS) conservó la activa participación que tuviera durante la gestión de AASA. A fin de formar al personal en los oficios necesarios, se amplió la Escuela de aprendices que funciona dentro de la empresa y se desarrollaron cursos de especialización en temáticas relativas al sector. Desde 2006 las horas de capacitación se fueron incrementando: de 21.874 pasaron a 59.858 horas, en 2009 (Informes al usuario: 2006 y 2009).

Pasando a las cuestiones vinculadas con la prestación, en materia de cobertura del servicio de agua potable, el déficit total existente al momento de la rescisión era del 16% (1.500.000 habitantes) y del 36% (3.500.000 habitantes) para los desagües cloacales. A fin de atender esta situación, mediante la implementación del Plan Director de Saneamiento 2006-2020, AySA se propuso alcanzar, para el 2011, el 100% de cobertura en el servicio de agua y el 80% en los desagües cloacales. En el período 2012-2020 se prevé mantener la cobertura total de agua y alcanzar el 95% respecto de las cloacas. Si bien debido al tiempo transcurrido desde que se inició la gestión estatal del servicio, no se registraron aumentos significativos en la cobertura, se presenta una evolución ascendente en el número de usuarios incorporados a las prestaciones. Si se compara el total de unidades funcionales a diciembre de 2005 (gestión AASA), con el total existente en diciembre de 2009, para el servicio de agua potable se presentó un incremento del 5%, mientras que en relación a los desagües cloacales alcanzó la mitad de ese valor. Al desagregar por regiones, los mayores incrementos en la cobertura de agua potable se presentaron en la zona oeste (La Matanza, Morón, Hurlingham, Ituzaingó, Morón y Tres de Febrero) y la zona suroeste (Almirante Brown, Esteban Echeverría, Ezeiza y Lomas de Zamora). En la primera, la población servida a 2009 creció 4,73 puntos porcentuales más que en 2006, se pasó del 54,26% al 58,99%. Respecto de la zona suroeste, el aumento se dio en 2,75 puntos porcentuales más que al inicio de la concesión, de 49,70% se alcanzó el 52,15%. La cobertura en desagües cloacales no acompañó este nivel de crecimiento. La zona sureste (Avellaneda, Lanús y Quilmes) presentó el incremento más alto de toda el área concesionada (1,16 puntos más que en 2006), seguida por la zona oeste (0,92), la zona norte (San Fernando, Tigre, San Isidro, San Martín, Vicente López) (0,72) y la zona suroeste (0,03) (Informe Anual AySA, 2009).

Para atender las necesidades de los usuarios con problemas socioeconómicos y abaratar costos, AySA también continuó con la implementación de la tarifa social y de dos metodologías desarrolladas por AASA desde 2003: 1) el Modelo participativo de gestión (MPG) y 2) el Plan Agua + Trabajo (A+T). En relación a los beneficiarios del programa de tarifa social, en 2006, el total de usuarios incorporados fue de 114.646, mientras que en 2007, ascendió a 118.953 y desde 2008 viene disminuyendo, registrando 57.539 usuarios en 2009. Cabe agregar que para este programa, se destinaron anualmente entre 4 y 5 millones de

pesos (Informes al usuario: 2006 al 2009). A través del MPG, la empresa elabora los proyectos, efectúa el seguimiento de las tareas, aporta los materiales y capacita a los vecinos de los barrios para que realicen las obras de expansión. El A+T es un proyecto del gobierno nacional, que busca disminuir el riesgo sanitario de la población sin acceso al servicio y a la vez, crear puestos de trabajo con el establecimiento de cooperativas. Es financiado por el ENOHSA y los municipios participan como las unidades ejecutoras. AySA por su parte, diseña los proyectos, tiene a cargo la logística de los materiales, la supervisión técnica de las obras y capacita a las cooperativas de vecinos, que pueden estar integradas por beneficiarios de planes sociales y desocupados. Desde 2008, este mismo método fue incorporado para la extensión de los desagües cloacales, mediante el Plan Cloaca + Trabajo (Informe al usuario, 2008: 31- 32). En el marco del MPG, tanto las obras concluidas como en curso presentaron, para 2009, una considerable disminución respecto de los años anteriores (se finalizaron dos obras y una quedó en desarrollo). Por el contrario, el P+A mostró para ese mismo período un incremento de cinco veces la cantidad de módulos de obras finalizadas (de 28 pasaron a 146) y de 25 obras en curso, respecto de 2006.

Con respecto a lo planteado, puede verse en el Cuadro N° 12 que durante el segundo año de gestión de AySA, no sólo hubo un importante aumento en la inversión presupuestada sino que también se llegó a ejecutar casi el total de las mismas, cuando en 2006, se había alcanzado apenas un poco más de la mitad. Para 2008 y 2009 la empresa no presentó datos respecto de la inversión presupuestada, por lo que no pudo medirse el nivel de cumplimiento alcanzado<sup>15</sup>. Sólo es posible señalar que en 2009 la inversión ejecutada creció un 384% respecto del valor registrado en 2007. Como ya se refiriera, esto se vinculó con el alto nivel de transferencias estatales aportadas para aquel año.

**Cuadro N° 12**  
**Inversión presupuestada y ejecutada**  
**Agua y Saneamientos Argentinos S.A. 2006- 2009**  
**(en miles de pesos, a valores constantes\* y en porcentajes)**

	2006	2007	2008	2009
<b>Inversión Presupuestada</b>	20.955	71.722	s/d	s/d
<b>Inversión Ejecutada</b>	10.559	69.994	164.830	338.970
<b>% de ejecución de las inversiones</b>	50,40%	97,60%	s/d	s/d

\*IPIM base 1993= 100

Fuente: Elaboración propia en base a Informe Anual Agua y Saneamientos Argentinos S.A. 2006, 2007, 2008 y 2009.

<sup>15</sup>Esta dificultad se vincula con la señalada falta de un contrato de concesión donde estén claramente especificadas las metas de inversión y los plazos en los que deben cumplirse y con la "fragmentación regulatoria".

En síntesis, si bien los datos analizados mostraron buenos resultados en ciertos aspectos del desempeño de AySA, es preciso observar que la empresa no está cubriendo el total de sus gastos corrientes con ingresos propios y que las obras realizadas hasta el momento se solventaron exclusivamente con transferencias del Estado Nacional. Esta participación estatal directa parece mostrar un importante compromiso con el desarrollo sanitario, máxime si se consideran los altos incumplimientos de AASA en materia de inversiones. Sin embargo, este esquema puede presentar problemas en el mediano y largo plazo, por lo que se deberá buscar la mejor manera de readecuar el retraso tarifario y así ir disminuyendo paulatinamente la centralidad de esos aportes. Más allá de tener en cuenta la protección de los sectores más vulnerables a la hora de planificar futuros aumentos tarifarios, deben generarse también cambios en los criterios de tarifación a fin de incentivar una mayor racionalidad en el uso del recurso. La implementación efectiva de un sistema de micromedición en el que se tenga en cuenta también el poder adquisitivo de los usuarios, no sólo evitará el despilfarro asociado a la existencia de tarifas muy bajas sino que propiciará un acceso más equitativo al servicio.

## 7. Consideraciones finales

A pesar de las diferencias entre las gestiones de AASA y AySA, pudieron ser identificadas más continuidades que rupturas en materia de operatoria y regulación. Respecto del primer aspecto, puede señalarse que el esquema empresario se mantuvo, pues no se propició ninguna subdivisión de la nueva compañía estatal. Continúa siendo una de las más grandes proveedoras a nivel mundial, con un área de prestación de aproximadamente 1800 kilómetros cuadrados donde residen casi diez millones de personas. Su constitución jurídica como sociedad anónima permitió que los trabajadores conservaran el 10% de las acciones que poseen por el PPP. Esta participación junto al mantenimiento de la integración horizontal y vertical de la compañía, contribuyeron a la permanencia de una estructura sindical unificada. En lo que refiere a cuestiones vinculadas al servicio, el régimen tarifario no fue modificado. Permanecen vigentes aquellos cargos fijos que incorporan un componente altamente regresivo a la tarifa. Tampoco se promovió el uso racional del recurso a partir de ampliar la micromedición de los consumos (junto a otros criterios que permitan identificar la capacidad de pago de los usuarios). Difícilmente el acceso al servicio pueda ser más equitativo si a partir de tarifas muy bajas, la práctica que se instala entre los usuarios es la del derroche.

En relación a la cuestión regulatoria, aun cuando persisten problemas de diseño e implementación identificados durante la gestión privada, éstos adquirieron una nueva significación. Las deficiencias en los marcos y entes constituidos, ya no resultan funcionales a los intereses económicos de AASA aunque sí continúan afectando la capacidad de contralor sobre la nueva prestataria. En lo relativo a la implementación de sanciones sobre AySA, es ahora, de manera formal, que esta facultad recae en una agencia gubernamental como la SSRH. El ERAS, a quien sólo le caben funciones de control, únicamente puede amonestar el accionar de los directivos de la compañía. Su control sobre AySA también se vio afectado por la renuencia de la empresa a entregar información sobre su desempeño. Por otra parte, al no

modificarse el modo de elección de los directivos de los entes, el nuevo marco regulatorio mantuvo la vinculación de éstos al poder político de las diferentes jurisdicciones que los integran. Ésta vinculación se profundizó respecto del PEN a partir del abandono del carácter rotativo de la presidencia del ERAS (quedó en manos del representante del gobierno nacional) y la designación del Subsecretario de Recursos Hídricos al frente de la presidencia de la APLA. Respecto del financiamiento a partir de una tasa fija sobre la tarifa, lo que constituyó un desincentivo para reducirla durante el período privado, en el nuevo esquema y dado el congelamiento tarifario, se tradujo en el desfinanciamiento del ERAS y la APLA. En una suerte de “divide y no regularás”, la “fragmentación regulatoria” propicia, paradójicamente, la concentración de funciones en el PEN e incrementa su injerencia y discrecionalidad tanto respecto del desenvolvimiento de los organismos establecidos como de la gestión de AySA. Esta constitución híbrida (un régimen centralizado que convive con estructuras e instrumentos descentralizados) hace más que necesario replantear una estrategia regulatoria que asegure a futuro la sustentabilidad, calidad y expansión del servicio.

Las rupturas existentes entre ambos esquemas de gestión quedaron circunscriptas a dos aspectos. La definición del servicio como derecho humano y con ello, el papel asumido por el Estado respecto de su responsabilidad sobre la prestación, rompieron con una conceptualización del servicio vinculada al fin de lucro. Por otra parte, la participación estatal directa tuvo su correlato en el crecimiento exponencial de las inversiones en el sector. Dicha participación muestra un importante compromiso con el desarrollo sanitario, máxime si se consideran los altos incumplimientos de AASA en materia de inversiones. No obstante, es preciso observar que estas obras, hasta el momento, se solventaron exclusivamente con transferencias del Estado Nacional. Asimismo, la empresa no está pudiendo cubrir el total de sus gastos corrientes con ingresos propios por lo que también las transferencias corrientes han ido en aumento. Dado que este esquema puede presentar problemas en el mediano y largo plazo, AySA deberá buscar la mejor manera de readecuar el retraso tarifario (teniendo en cuenta a los sectores más vulnerables) y así ir disminuyendo paulatinamente la centralidad de estos aportes.

## BIBLIOGRAFÍA

- AZPIAZU, D. y FORCINITO, K. (2004) “Historia de un fracaso: La privatización del sistema de agua y saneamiento en el Área Metropolitana de Buenos Aires” en AZPIAZU, D. y otros. *Recursos públicos, negocios privados. Agua potable y saneamiento ambiental en el Área Metropolitana de Buenos Aires*. Los Polvorines, Universidad Nacional de General Sarmiento, pp. 11-112.
- AZPIAZU, D. y otros (2005) “Agua potable y saneamiento en Argentina. Privatizaciones, crisis, inequidades e incertidumbre futura”. *Cuadernos del Centro de Estudios del Desarrollo (CENDES)* Año 22, N° 59. Tercer época, mayo-agosto, pp. 45-67.
- CASTRO, J. (2004) “Final Report”. Project “Barriers to and conditions for the involvement of private capital and enterprise in water supply and sanitation in Latin America and Africa: seeking economic, social, and environmental sustainability (PRINWASS)”, European Commission - 5th Framework Programme, INCO-DEV, Contract ICA4-CT-2001-10041.

- CASTRO, J. (2005) "Agua y gobernabilidad. Entre la ideología neoliberal y la memoria histórica". *Cuadernos del Centro de Estudios del Desarrollo (CENDES)* Año 22, N° 59. Tercer época, mayo-agosto, pp. 1-21.
- DUCCI, J. (2007) *Salida de operadores privados internacionales de agua en América Latina*. Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, 2007.
- FERRO, G. (2000) "El servicio de agua y saneamiento en Buenos Aires: privatización y regulación". Buenos Aires, Centro de Estudios Económicos de la Regulación, Departamento de Economía y Finanzas, Universidad Argentina de la Empresa, Texto de discusión N° 17, abril, 1-23.
- FIEL (1998) *La regulación de la competencia y de los servicios públicos. Teoría y experiencia argentina reciente*. Buenos Aires, Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, 1998.
- HALL, D. (2002) "The water multinationals 2002 –financial and other problems-". Public Service International Research Unit (PSIRU), University of Greenwich.
- HALL, D. y LOBINA, E. (2002) "Water privatization in Latin America, 2002", Public Service International Research Unit (PSIRU), University of Greenwich, PSI American's Water Conference, San José, Costa Rica, July.
- HALL, D. y LOBINA, E. (2006) "Agua, privatización y ciudadanía" en VVAA, *La gota de la vida: hacia una gestión sustentable y democrática del agua*, México, Ediciones Böll, pp. 288-309.
- LEE, T. Y JOURAVLEV, A. (1997) "Participación privada en la prestación de los servicios de Agua. Modalidades para la participación privada en la prestación de los servicios de agua". Santiago de Chile, *Serie medio ambiente y desarrollo N° 2*, CEPAL, Naciones Unidas, mayo, pp. 1-73.
- LENTINI, E. y RODRÍGUEZ, L. (2007) "Conflictos de la empresa prestadora con las prácticas regulatorias de los servicios de agua y alcantarillado y su impacto en la pobreza. El caso del contrato de concesión del Área Metropolitana de Buenos Aires" en YÁNEZ FUENZALIDA, N. y ORELLANA, R. (coord.) *Servicios de agua potable, regulación y pobreza*. Proyecto visión social del agua en los andes. Agua Sustentable / Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (IDRC), pp. 65-84.
- LEVY YEYATI, E. y VALENZUELA, D. (2007) *Resurrección, la historia de la poscrisis argentina*. Buenos Aires, Sudamericana, 2007.
- LOBINA, E. y HALL, D. (2003) "Problems with water concessions: a review of experience". Public Service Internacional Research Unit (PSIRU), University of Greenwich.
- MEDD, W. y otros (2003) "Comparative review of water sector restructuring in the EU Accession Status", Work Package 1, Final Report EU FP5 "Intermediaries" Project, September.
- ORDOQUI URCELAY, M. B. (2007) "Servicios de agua potable y alcantarillado en la Ciudad de Buenos Aires, Argentina: factores determinantes de la sustentabilidad y el desempeño". Santiago de Chile, *Serie recursos naturales e infraestructura N° 126*, CEPAL, Naciones Unidas, mayo, pp. 1-73.
- PHILLIPS, C. (1993) *The regulation of Public Utilities: theory and practice*. Arlington, Public Utilities Reports, inc, 1993.

- REES, J. (1998) "Regulation and private participation in the water and sanitation sector", TAC Background papers N°1, Stockholm, Global Water Partnership Technical Advisory Comité, pp. 1-32.
- SENÉN GONZÁLEZ, C. (2000) Relaciones laborales en empresas de servicios públicos privatizadas de la Argentina. Los sectores de Telecomunicaciones y de Agua y Saneamiento (1990-1998). Tesis de Maestría en Ciencias Sociales del Trabajo.
- SOLANES, M. (1999) "Servicios públicos y regulación. Consecuencias legales de las fallas de mercado" Santiago de Chile, *Serie recursos naturales e infraestructura N° 2*, CEPAL, Naciones Unidas, septiembre, pp. 1-69.
- VARGAS, M. y SEPPÄLÄ, O. (2004) "Water trends regarding policy, institutional ad regulatory issues. Reflections and findings on five selected countries". Project "Barriers to and conditions for the involvement of private capital and enterprise in water supply and sanitation in Latin America and Africa: seeking economic, social, and environmental sustainability (PRINWASS)", European Commission - 5th Framework Programme, INCO-DEV, Contract ICA4-CT-2001-10041.
- VICKERS, J. y YARROW, G. (1991) *Un análisis económico de la privatización*. México, Fondo de Cultura Económica, 1991.

### Leyes y decretos

- Leyes N°: 23.928, 25.561, 25.790, 25.820, 25.972, 26.077, 26.100, 26.221.
- Decretos N°: 252/89, 149/97, 303/06, 304/06.

### Documentos

- ETOSS (2003) Informe sobre el grado de cumplimiento alcanzado por el contrato de concesión de Aguas Argentinas S.A. (Nota UNIREN N° 73 del 15 de agosto de 2003), septiembre.
- Informe Anual Agua y Saneamientos Argentinos S.A. 2006, 2007, 2008 y 2009.
- Informe al Usuario 2006, 2007, 2008 y 2009.
- Memorias y Balances de Aguas Argentina S. A. (1993-2005).
- Plan de Saneamiento de AySA (2006-2020). Acceso universal a los servicios para millones de argentinos.

### Lista de entrevistados

- Integrante de la asociación Unión de Usuarios y Consumidores.
- Ex integrante de la Comisión de Usuarios del ETOSS.
- Personal técnico del ERAS.
- Total de entrevistas realizadas: 5.



# CLASICOS

# CARTA DE HANS KELSEN A RENATO TREVES

**3 de agosto de 1933**

La carta que a continuación se transcribe fue remitida por Hans Kelsen a su amigo Renato Treves, con fecha 3/8/1933, es decir antes de su partida hacia USA.

En ella discute la influencia del neokantismo sobre sus ideas y discute apreciaciones de su corresponsal. La misiva fue publicada en el N<sup>o</sup> 9 de la Revista "Contradogmáticas", publicación internacional de Filosofía y Sociología del Derecho, editada en Brasil y dirigida por Luis Alberto Warat y Leonel Severo Rocha, ambos distinguidos catedráticos. Se trata de un texto tomado de la Revista "Droit et Société", n<sup>o</sup> 7, París, 1977, pág. 333/5 y traducido al portugués por el Prof. Lionel Severo Rocha. Nos ha parecido importante presentarlo ahora en castellano y reactivar su divulgación la que, seguramente, será de interés para los estudiosos de la teoría jurídica. Probablemente resulte de extraordinaria significación la circunstancia de que en sus precisiones referidas a la Norma Fundamental, Kelsen mencione ya aquí la posible influencia del pensamiento de Mach y de Vahinger, en el diseño conceptual de esa categoría. Influencia sobre la volverá autocriticamente recién en 1970, en su trabajo "La función de la Constitución"<sup>1</sup>, en el que reniega de su postura tradicional acerca de la naturaleza epistémica de la "Grundnorm", para considerarla desde entonces como una ficción en el sentido vaihingeriano<sup>2</sup> de ese término.

En el número que mencionamos de "Contradogmáticas", se publican también trabajos de Michel Mialle, André Jean Arnaud, Agustín Squella, Eduardo Angel Russo y Luis Alberto Warat, entre otros. Como es conocido, estos dos últimos se formaron en la Facultad de Derecho de la UBA y obtuvieron en ella el grado máximo en el ejercicio de la docencia, en su calidad de Profesores Titulares. Luego del golpe militar de 1976, Warat se radicó en Brasil, país en donde realizó una vastísima, proficua y reconocida labor docente e investigativa, que constituyó un impulso decisivo para el importante desarrollo actual de la jusfilosofía, en aquel ámbito.

Lamentable y prematuramente, Eduardo y Luis Alberto han fallecido, dejando entre nosotros, de un lado y el otro de la frontera, un recuerdo cálido y respetuoso y un vacío intelectual, que será difícil superar. Esta publicación se realiza también, en homenaje a sus distinguidas trayectorias humanas y académicas.

Carlos María Cárcova.

---

<sup>1</sup> Kelsen, Hans "La función de la Constitución" en "Derecho y Psicoanálisis" Ed. EDICIAL, Bs.As 1994, 2a. ed. 79-88.

Prof. Dr. Hans Kelsen

Dzt. Strobl b/Isch, Villa Lechner.

3 de agosto de 1933.

Muy apreciado Dr. Treves:

*Le agradezco muy cordialmente su carta del día 25 del mes pasado. Me siento muy satisfecho al saber que la traducción de mis escritos sobre el Método y los Fundamentos de la Teoría Pura del Derecho (en adelante TPD) haya sido realizada con éxito y que ella sea su obra, porque sé hasta qué punto ha penetrado Vd. en el espíritu de mi doctrina.*

*De ello resultaron observaciones que ha hecho correctamente respecto de la TPD. Lo que me ha relatado es pertinente. Permítame, sin embargo, formular algunas observaciones.*

*A) La afirmación según la cual la TPD no sería nada más que "Lavandismo", carece de sentido. Si es probablemente verdad que Laband intentó separar el derecho positivo de la política, también es verdad que él no lo consiguió. La doctrina del Estado de Laband es en realidad una ideología del principio monárquico, que él estudio de una manera completamente inadmisibles en oposición al derecho positivo. Frente a la aspiración conocida de Laband, de distinguir entre la doctrina del derecho positivo del Estado por una parte y la política por otra, la TPD se inscribe ciertamente en la prolongación de una tradición que, en Alemania, se inicia con Gerber.*

*La diferencia fundamental entre la TPD y la doctrina de Laband, reside en el hecho de que ésta no enuncia los principios de una teoría jurídica, sino que se dirige a una interpretación de la Constitución.*

*Destituída de su fundamento técnico explicitando la diferencia entre derecho público y derecho privado, la doctrina de la Laband conserva el dualismo entre derecho internacional y estatal. En el mismo sentido, también Tripel y una gran parte de nuestros profesores de derecho internacional y derecho público reconocen este dualismo. Esto, lamentablemente, vale también para Anzilotti, aun cuando su rigor teórico supere en mucho al de los primeros. Me gustaría recordar, por otro lado, el hecho de que ya mis "Hauptprobleme" tenían el cuidado de distanciarse de las tendencias políticas (hábilmente disfrazadas) de la doctrina del estado de Laband. Esto demuestra que la TDP nació en oposición al "Labandismo".*

*Más allá, que es sorprendente que todos aquellos que me critican por ser un adepto del "labandismo", sean los mismos que insisten sobre el peligro que mi teoría representa para el Estado. Laband mismo, el jurista más conservador de la corona prusiana sabiendo que la TDP le fue atribuida se revolvería en su tumba.*

<sup>2</sup> Vaihinger, Hans "Die Philosophie des "Als Ob", 8a. ed. Leipzig, Meiner, 1922.

*B) Es absolutamente verdad, que el fundamento filosófico de la TDP reposa sobre la filosofía kantiana o, más precisamente, sobre la interpretación "Coehniiana" de su filosofía. El hecho de que, a partir de Cohen, asumí la teoría de la razón pura como una teoría de la experiencia, es seguramente de importancia capital en relación a mi tentativa de aplicar el método trascendental a la teoría de derecho positivo. Si, por derecho positivo se entiende el derecho empírico, el derecho en la experiencia o aun, como Sander, la experiencia jurídica, entonces la TPD es ciertamente empírica. Este empirismo tiene el mismo sentido que puede encontrarse en la filosofía trascendental de Kant. Así como la filosofía trascendental de Kant se dirige contra la metafísica, la TPD se dirige contra el derecho natural, siendo éste el correlato exacto, en el dominio de la realidad social en general, y del derecho positivo en particular, de la metafísica. Yo profundice esta cuestión en ocasión de mi trabajo "Die Philosophischen Grundlagen der Naturechtslehre Und der Reschspositivismus" (vortreager Kant-Gesellschaft, Mr31). En la medida que en la TPD, intentó de manera inédita, presentar a la filosofía de Kant como una teoría del derecho positivo (en oposición a Stammler, todavía muy ligado a la teoría del derecho natural) ella fue en cierto modo, más allá del pensamiento de Kant que, en su propia doctrina del derecho, abandonó el método trascendental. Es necesario señalar, mientras tanto, que la TPD administra lo más fielmente posible la herencia espiritual de Kant. Esto la distingue de otras filosofías del derecho que se reclaman seguidoras del Kantismo. La TDP ha tornado la filosofía de Kant mucho más fértil para el derecho; ella contribuyó a su perfeccionamiento, sin adherir en todos los puntos a la filosofía Kantiana del derecho. Si se piensa que la obra de Kant es representativa de la verdadera filosofía Alemana, la TPD es la más alemana de todas las filosofías del derecho elaboradas en Alemania, después de la época de Kant. Al decir esto, me dirijo a todos aquellos que en la atmósfera pestificada de nuestros días, se contentan combatiendo a la TPD bajo el pretexto de que ella es anti alemana, sin procurar comprenderla. En este respecto, por otro lado, me gustaría insistir sobre el carácter universal de la TPD. Característica que surge, ante todo, del conjunto del derecho, del ordenamiento jurídico, donde el objetivo es, el de concebir no importa cuál sea, algún fenómeno accesorio. De ahí resulta que la doctrina de la proposición jurídica (Rechtssatz) ocupe el centro de la TPD. Aun la filosofía del derecho de Hegel-tímidamente estudiaba por la doctrina de su época- a pesar de la idea de espíritu objetivo, no puede alcanzar un grado de objetividad similar aquel que posee la TPD. Esta última no permitió solamente superar el dualismo entre derecho público y privado y derecho objetivo y subjetivo, ella tiene también la finalidad de superar numerosas teorías jurídicas insustentables.*

*C) La TPD se diferencia de la filosofía del derecho de Cohen porque, en este aspecto, él no consiguió superar la doctrina del derecho natural, en efecto esa doctrina no prestó adecuada atención al derecho positivo ni a la importancia de éste para la ciencia del derecho. Cohen no tuvo el coraje de seguir hasta el final la filosofía trascendental de Kant y de aplicarla a la realidad social, a un sistema de normas bien determinadas por ejemplo a un Estado, al derecho positivo o a la moral dominante. Frente a las normas positivas de la vida social, Cohen no pudo contentarse con categorías formales o valores a priori. Esto lo habría llevado a un relativismo ético, que el rechazaba debido a su actitud religiosa. Actitud en buena medida semejante a la de Kant. La filosofía del derecho de Cohen, en relación con la de Stammler, una doctrina del derecho natural y no una doctrina del derecho positivo. Ella no es un aspecto colateral de la experiencia natural dentro del sistema ideal en la filosofía kantiana. Kant mismo, en verdad, no fue suficientemente consecuente, luego que el extendió su pensamiento trascendental al estudio del Estado, del derecho, de la moral y de las teorías sociales. En estos dominios el permaneció como un metafísico. En cambio su dominación espiritual fue significativa en el dominio del*

*conocimiento natural (Natur Erkenntnis). El fundamento Kantiano de la TPD puede ser contestado por aquellos que no reconocen a la ética Kantiana como la única y auténtica filosofía de Kant. Sera sin dudas fácil, para aquellos que consideran que la obra principal de Kant reside en su filosofía trascendental, que esto es carente de valor.*

*D) Aun si, en cierto sentido, es exacto afirmar que la teoría de la norma fundamental encuentra su origen en el principio de economía del pensamiento de Mach y en la teoría de la ficción de Vahinger, prefiero renunciar en la secuencia de tantos malos entendidos a inspirarme en estos dos autores. Lo esencial es que la teoría de la norma fundamental, proviene enteramente del método de la hipótesis desarrollado por Cohen. La norma fundamental responde a la siguiente pregunta ¿Cuál es el presupuesto que permite sostener que determinado acto jurídico, puede ser calificado como tal, esto es definido como un acto que sirve de base al establecimiento de la norma tanto como a su ejecución. Esta cuestión se inserta completamente en el espíritu de la lógica trascendental.*

*En lo que concierne a la disolución el concepto de persona, la TDP se distingue claramente de la filosofía del derecho de Cohen. La fidelidad esta ultima al postulado ético metafísico, no le permitió renunciar a este concepto. La TPD definió el concepto de persona como siendo una sustancia, como siendo la hipóstasis de postulados éticos políticos (p.e.: libertad, propiedad) finalmente la TPD definió este concepto aplicando el espíritu de la filosofía kantiana que reduce el concepto de sustancia al concepto de función.*

*Esto fue demostrado en una bella obra de Cassirer, uno de los mejores kantianos en la época en la que él, aun lo era.*

*Con estas pocas sugerencias, apreciado Dr. Treves no le digo nada nuevo, pero ellas podrían ser útiles para confirmar sus puntos de vista relativos a la esencia de la TPD.*

*Como probablemente Ud. conoce fui expulsado de mi cátedra en la universidad. A partir del otoño próximo, estaré en el Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra, donde fui contratado por un periodo de tres años. Enseñaré, sobretudo, derecho internacional público. Si pasa por Ginebra estaré muy contento de rencontrarlo.*

*Cordialmente suyo,*

*Hans Kelsen*



# RESEÑA BIBLIOGRAFICA

---

## **Reseña del libro “Gobernanza y manejo sustentable del agua”**

**Por Javier Echaide**

### **RESUMEN**

El libro “Gobernanza y manejo sustentable del agua” es un voluminoso trabajo resultante del II Taller Internacional sobre “Sinergias Ambientales, Entre las aguas continentales y las marinas” organizado por la Dra. Griselda Capaldo y su equipo de investigación en el marco del proyecto UBACyT D-021 entre el 29 y el 31 de marzo de 2010. Se trata de una edición bilingüe castellana y anglófona que compila veinticinco trabajos en veintisiete capítulos, los cuales abordan la gobernanza del agua los aspectos más diversos: desde el derecho ambiental, la ecología, la salud, las consecuencias sociológicas, el comercio, el servicio de su distribución, la corrupción, la geopolítica, la antropología, el manejo costero y los espacios marinos. Representa los trabajos parciales arribados por parte de un equipo de investigación interdisciplinario que estudia al agua desde una multiplicidad de ópticas.

### **PALABRAS CLAVE**

Agua, gobernanza del agua, derecho ambiental, bienes comunes, conflictos armados, corrupción, ecosistemas, Delta Paraná, energía, contaminación, pueblos indígenas, movimientos sociales, ciudadanía ambiental, derecho corporativo, derecho de las inversiones, comercio de servicios, derechos humanos, aguas marinas, pesca furtiva.

# **BOOK REVIEW OF "GOVERNANCE AND SUSTAINABLE MANAGEMENT OF WATER"**

**By Javier Echaide**

## **ABSTRACT**

The book "Governance and sustainable water management" is a voluminous work arising from the Second International Workshop on "Synergies Environmental Among the fresh water and marine" organized by PhD Griselda Capaldo and his research team under the UBACyT project D-021 between 29 and 31 March 2010. This is a Spanish-English bilingual edition which compiles twenty-five works in twenty-seven chapters, which address water governance the most diverse aspects, from environmental law, ecology, health, sociological implications, trade, service distribution, corruption, geopolitics, anthropology, coastal management and marine areas. Represents the partial work arrived by an interdisciplinary research team studying the water from a multiplicity of perspectives.

## **KEY WORDS**

Water, water governance, environmental law, common goods, armed conflict, corruption, ecosystems, Paraná Delta, energy, pollution, indigenous peoples, social movements, environmental citizenship, corporate law, investment law, trade on services, human rights, marine waters, poaching.

## Reseña del libro "Gobernanza y manejo sustentable del agua"

Por Javier Echaide\*

El libro "Gobernanza y manejo sustentable del agua" recoge diversos puntos de vista acerca del manejo sustentable del agua, tanto continental como marina. A lo largo de sus veintisiete capítulos, se analiza al agua como bien económico vs. bien común, como servicio que se ofrece a cambio de un precio o como objeto de prácticas corruptas, como parte de ecosistemas complejos –tanto de agua dulce como marinos- y como factor clave de la geopolítica, como representación social en comunidades urbanas y como centro del discurso de ciudadanía ambiental, como objeto subjetivado por las comunidades indígenas en su relación hombre-naturaleza y como bien tarifado según el concepto de costo-beneficio que caracteriza a la cultura occidental, como sitios sometidos a planes de manejo Ramsar y como objeto de manejo ecohidrológico en el delta paranaense, como recurso afectado por los conflictos armados y como bien indispensable para la salud humana, como caso de estudio que ejemplifica la falta de manejo sustentable y como elemento clave de las instituciones de gestión.

Esta pluralidad de lecturas es directamente proporcional a la complejidad del discurso que los autores construyen a través de la obra, sin que ello vaya en desmedro de su unidad conceptual.

Este voluminoso trabajo es resultante del II Taller Internacional sobre "Sinergias Ambientales, Entre las aguas continentales y las marinas" organizado por la Dra. Griselda Capaldo y su equipo de investigación en el marco del proyecto UBACyT D-021 entre el 29 y el 31 de marzo de 2010 y representa los trabajos parciales arribados por parte de un equipo de investigación interdisciplinario que estudia al agua desde una multiplicidad de ópticas.

En materia de agua y derecho ambiental la principal problemática expuesta en el libro gira en torno a las dificultades en materia de gobernabilidad del recurso. Griselda Capaldo toma la problemática de la gobernabilidad ambiental y la eficacia del derecho como magnitudes del desarrollo sustentable, exponiendo casos judiciales y proponiendo medidas específicas en cuanto a la mensura del nivel de eficacia del derecho y su relación con la gobernabilidad del agua. Marta Vigevano analiza también la falta de gobernabilidad pero en un contexto de conflicto armado como ser el caso colombiano. Dicho conflicto conlleva consecuencias no solo para los individuos afectados sino también para el medio ambiente, el cual a su vez causa nuevos efectos negativos sobre la población civil. Por su parte, los juristas brasileños José L. A. Guimaraes y Carlos Rebelo Jr. presentan un trabajo sobre el aprovechamiento energético del río San Francisco, que en sus 2.830km de extensión atraviesa cuatro estados, con dos centrales hidroeléctricas que

atienden al consumo energético de casi todo el Brasil. El trabajo plantea una preocupación acerca de la situación de la degradación ambiental y los procesos judiciales abiertos que evidencian el alto impacto de los efectos adversos de dichas empresas sobre los ecosistemas locales.

Una segunda parte del libro gira en torno al agua, la ecología y la salud. Alba Puig y Héctor Olguín trabajan la problemática de los ecosistemas en humedales, en especial en el Delta del Río Paraná. Critican el modo en que el ser humano se relaciona con este tipo de ecosistemas, alertando los posibles efectos de su degradación y la necesidad de integrar una visión de desarrollo articulada con un enfoque ecosistémico y una perspectiva de sostenibilidad. Claudio Campagna trata, en su trabajo sobre el Mar Patagónico, la situación de sus recursos naturales y de su exposición a todo tipo de amenazas originadas o potenciadas por las actividades humanas, entre ellas las numerosas especies introducidas así como los efluentes provenientes de las ciudades costeras y que poseen un tratamiento deficiente, lo que pone en riesgo a 65 especies en vías de extinción en la zona entre otros efectos perjudiciales, a menos que se encare un cambio de conciencia en el diseño y manejo de las políticas públicas. Mirta E. Ryczel exhibe, desde el punto de vista médico, una serie de láminas en donde relaciona a las aguas contaminadas con la salud humana. La ingesta de agua contaminada causa severos trastornos que son abordados en este trabajo, los que agrupa a fin de clasificar sus efectos nocivos para la salud humana.

Un tercer apartado está dedicado al agua y la sociología. Marta Biagi presenta las representaciones sociales del agua en las culturas urbanas en la Argentina. También se adentra en las posibles conveniencias de la elaboración de campañas para el cuidado del agua, así como en la confianza o no que poseen los ciudadanos respecto de la actuación de los poderes públicos frente a conflictos con el recurso. Por otro lado, Mariano Ferro expone un trabajo sobre algunas experiencias latinoamericanas de ciudadanía ambiental, relacionado a la crisis global del medio ambiente y su vinculación con la gobernanza mundial. Analiza la aparición de nuevos "bienes públicos globales" que por sus alcances constituirían imperativos para la cooperación compulsiva, aunque con ciertas contradicciones respecto de sus manejos regionales.

Un cuarto apartado está dedicado a la relación entre agua, comercio, servicios y corrupción. Desde un análisis teórico, el español Juan Hernández Zubizarreta presenta la actual relación entre un marco jurídico corporativo a nivel transnacional con las dificultades para el desarrollo de sistemas de control y regulación jurídica de las empresas transnacionales. Esto sirve como marco teórico para analizar críticamente la relación del comercio internacional en lo relativo al agua. Miguel R. Solanes analiza los acuerdos de protección de inversiones entre los países en desarrollo y los desarrollados y su relación con el servicio de agua potable y saneamiento. Expone como resultado la generación de una "industria del arbitraje", que incumbe particularmente a Argentina, contra quien se han presentado ocho de los diez procesos arbitrales en materia de inversiones en el sector de aguas ante el CIADI. Por su parte, Javier Echaide trabaja el proceso de inclusión y liberalización del agua como mercancía dentro de la OMC como

---

\* Abogado (UBA). Becario Doctoral UBACyT. Docente de Derecho Internacional Público (UBA y UNLZ). Investigador Adscripto del Inst. Ambrosio Gioja (Fc. Derecho, UBA). Miembro del proyecto de investigación UBACyT 2011-2014, código 20020100100815.

forma de establecimiento de un mercado para los bienes comunes, con el especial caso del agua potable. Analiza conceptos tales como la teoría del *free rider* aplicada los bienes comunes (*common goods*), el concepto de acumulación originaria en sus distintas definiciones, y el proceso de la formación de mercados como relación social, así como tratados y negociaciones dentro del ámbito de la OMC. Por último, Clara Minaverri trabaja el fenómeno de la corrupción en la gestión del agua dulce en Sudamérica. Identifica los escenarios más propicios para el desarrollo de conductas corruptas en torno al manejo del recurso y exige una mayor regulación de la actividad que paulatinamente favorezcan la eliminación de dichas prácticas.

Mariela Chervin abre el primero de dos capítulos que conciernen al agua y el manejo costero. La autora se preocupa en su trabajo por dar algunos lineamientos para una ley de presupuestos mínimos de protección ambiental y uso sustentable de la zona costera atlántica argentina, mientras que Cecilia Mantecón trabaja sobre la costa de la Provincia de Buenos Aires y su problemática ambiental.

El sexto apartado del libro se dedica a la geopolítica del agua. Argemiro Procopio advierte sobre las falsas soluciones en torno a la escases de agua en el contexto de los cambios climáticos, analizando el agua virtual, las alianzas hídricas, el problema de las asimetrías regionales en materia hídrica y, por último, la geopolítica del agua. Miguel Mathus Escorihuela presenta un trabajo sobre gestión institucional del agua para fortalecer la gobernabilidad en materia de medio ambiente, precisando especialmente el concepto de *sinergia* en materia ambiental. Refleja la evolución doctrinaria, legislativa y de gestión ambiental desde la Conferencia de Estocolmo de 1992. Kleverton Melo de Carvalho suma reflexiones sobre bases jurídicas para la creación de un sistema internacional de bonos que viabilice políticas públicas para la reducción de la emisión de contaminantes en el agua, haciendo una breve revisión del derecho internacional ambiental y el derecho de aguas. Los planes de manejo de sitios Ramsar (pesqueras, usos de suelos, de fauna, de regulación de regímenes hidrológicos, etc.) en Argentina es el tema que expone Pablo Filippo. En su trabajo expone algunos conceptos centrales para la regulación de sitios Ramsar, así como las normas relevantes en algunos sitios testigo del norte argentino. Sofía Capalbo desarrolla el concepto del agua como un derecho humano y analiza el rol del Estado en tanto garante de su accesibilidad, con referencia al caso argentino. Hace una breve reseña histórica del servicio de agua potable en Argentina, así como del derecho de aguas y su evolución normativa.

Una sección aparte toma al agua vista desde la antropología. Juan Carlos Radovich escribe sobre grandes represas hidroeléctricas y el impacto social de las mismas hacia las poblaciones vecinas, todo ello desde una mirada de la antropología social, vinculando los efectos de los desplazamientos con categorías de "refugiados ecológicos". Gimena Perret realiza una aproximación al estudio de la representación social del agua en la reserva de biósfera del Delta del Paraná. Presenta una serie de lineamientos para un estudio antropológico sobre el agua y cómo los isleños que viven en la Reserva perciben su relación con ella. Mariana D. Gómez reflexiona desde la etnografía con mujeres indígenas qom y la relación naturaleza-cultura. Su trabajo se centra en observar las relaciones que los indígenas mantienen con la naturaleza, pero considerando la dificultad que significa el manejo de categorías modernas y occidentales como "naturaleza", o "cultura", lo que las convierte en categorías antropológicamente no universales.

La última parte del libro trata sobre el agua y los espacios marítimos. Sergio Marensi presenta en su capítulo las acciones habidas desde el sistema del Tratado Antártico sobre la contaminación marina en el continente helado. Luis F. Castillo Argañarás exhibe su trabajo sobre medio marino y tecnología satelital, expresando la necesidad de financiamiento para abordar la tarea así también como de un nuevo tratado internacional en la materia. El objetivo de su trabajo es analizar la actividad satelital aplicada al medio marino y considerar los actores que en ella intervienen. Leopoldo M. A. Godio analiza la pesca furtiva en la zona económica exclusiva argentina, debatiendo sobre la importancia para la agenda nacional el tratar seriamente medidas que sirvan para prevenirla. Finalmente, un tercio del libro restante está dedicado a la versión resumida de los quince capítulos en idioma inglés.

En suma, se evidencia el resultado del libro *Gobernanza y manejo sustentable del agua – Governance and sustainable management of wáter* como un esfuerzo conjunto e interdisciplinario cuya amplitud intelectual y de puntos de vista enriquecen los análisis sobre el agua, que toma al Derecho como una herramienta pero no la única, advirtiendo –tal vez en forma explícita- que una de las principales causas de la actual crisis del agua es la del estudio parcelado del problema y el de abordajes aislados que siquiera intentan establecer una sinergia entre distintas áreas de la ciencia, que incluye tanto a las exactas como a las sociales. El libro editado por Capaldo es más que un simple esfuerzo en ese sentido, es una apuesta por integrar perspectivas en torno a una preocupación común sobre un recurso elemental para la vida.

### **Referencias bibliográficas:**

Capaldo, Griselda (2011): *Gobernanza y manejo sustentable del agua – Governance and sustainable management of water*, Mnemosyne, Buenos Aires, 2011, 700 páginas.



# CRONICA

## **III Jornadas de jóvenes Investigadoras/es en Derecho y Ciencias Sociales**

### **Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja**

**Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires  
3 al 5 de octubre de 2012**

#### **Comisiones:**

- Derecho Constitucional e Instituciones Políticas
- Derechos humanos y políticas públicas
- Derecho y Teoría política
- Derecho Internacional
- Teoría del Derecho
- Derecho Penal

Consultas: [jornadas.gioja@gmail.com](mailto:jornadas.gioja@gmail.com)

Programa, mesas y paneles: <http://jornadasioja2012.blogspot.com.ar>