ISSN 1851-3069

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

Revista Electrónica

Año VII – Nº 11 - 2013

Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

URL: www.derecho.uba.ar/revistagioja e-Mail: revistagioja@derecho.uba.ar

ISSN 1851-3069

Revista Electrónica

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”

Año VII – N° 11 - 2013

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

Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

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

DIRECTOR Y EDITOR RESPONSABLE
Carlos María Cárcova

COMISIÓN DE REDACCIÓN
Martín Aldao
Lucas Arrimada
Mauro Benente
Agustín Cárdenes
Federico De Fazio
Clara Minaverry
Liliana Ronconi
Luciana B. Scotti
Leticia Vita

COMITÉ CIENTÍFICO
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 ESTABLES
Ignacio Gabriel Anitua
Luis F. Castillo Argañarás
Nancy Cardinaux
María Laura Clérico
Aníbal D´Auria
Juan Carlos Frontera
Mónica S. Rodríguez

ÁRBITROS DE ESTE NÚMERO
Virginia Abelenda - Claudia Bacci - Zlata Drnas de Clément - Juan B. Etcheverry - Victoria Famá - Leopoldo Godio - Luciane Klein Vieira - María Inés Pacecca - Gonzalo Penna - Gabriela Rodriguez - Adriana Tripelli - Nora Wolfzun - Fabíola Wüst Zibetti - Diego Zentner - Carla Zibecchi

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN
Federico José Lago

Sumario

EDITORIAL

Pag.

- CARLOS MARÍA CÁRCOVA 5

INVESTIGACION

Pag.

- Verónica Lucía Cáceres y Adrián Marcelo Carbayo - *LA CONCESIÓN DEL SERVICIO DE AGUA Y SANEAMIENTO EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, ARGENTINA (1999-2006)* 6
- Roberta Marina Cioatto y Salete Oro Boff - *LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD BRASILEÑA ANTE LOS ACTOS DE VIOLENCIA DE ESTADO COMETIDOS DURANTE LA DICTADURA - A BRASIL LE FALTAN ESPARTACOS. LA PLEBE SIGUE CÓMPLICE FRENTE A LAS ATROCIDADES DE LA ARENA* 25
- Horacio Javier Etchichury - *EL BANCO MUNDIAL Y LAS POLÍTICAS SOCIALES ARGENTINAS: LA ASIGNACIÓN UNIVERSAL POR HIJO DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS* 57
- Juan Jesús Garza Onofre - *APROXIMACIONES A LOS CRITICAL LEGAL STUDIES (CLS) EN TORNO AL COMPONENTE IDEOLÓGICO EN LA EDUCACIÓN JURÍDICA* 75
- Mariana Carolina Marchese - *LA CONSTRUCCIÓN SIMBÓLICA DEL ACCIONAR SOBRE EL ESPACIO HABITACIONAL: ANÁLISIS CRÍTICO DE DISCURSOS DEL GCABA Y DE HISTORIAS DE VIDA DE SUJETOS EN SITUACIÓN DE POBREZA* 101
- Celeste S. Novelli y Pablo D. Colmegna - *¿QUÉ TAN PREVIA DEBE SER LA CONSULTA PREVIA? REFLEXIONES EN TORNO AL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A SUS TIERRAS ANCESTRALES Y LA CONSULTA PREVIA* 123
- Mónica S. Rodríguez - *LA UTILIZACIÓN DE LOS AVANCES TECNOLÓGICOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: Algunas novedades respecto a la digitalización del procedimiento judicial y la implementación del expediente electrónico* 147
- Carlos María Cárcova - *ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y RADICALIDAD DEMOCRÁTICA* 183

CONVOCATORIA

Pag.

- INVITACIÓN A PRESENTAR ARTÍCULOS 194

ISSN 1851-3069

EDITORIAL

Un nuevo número de la *Revista Electrónica del Instituto "Ambrosio L. Gioja"* de la UBA conoce la luz, correspondiente a la segunda entrega de 2013.

Como es de estilo, contiene un conjunto de artículos especializados, de carácter variado y plural. En este último sentido por los temas que abarcan y por las concepciones que sustentan. Todos ellos llevan firma y las opiniones que expresan deben atribuirse exclusivamente a sus respectivos autores. Nuestra publicación no discrimina ideológicamente y cree en la fecundidad del debate y del intercambio de opiniones, pero naturalmente ni se hace responsable más que de sus propias posiciones cuando ellas se explicitan de manera formal, por alguna razón; ni deja de manejar límites que se asocian con un claro compromiso democrático y republicano.

Los trabajos que se ofrecen en esta oportunidad a nuestros lectores, en su gran mayoría, pertenecen a jóvenes estudiosos y quizás por ello, se ocupan mayoritariamente de cuestiones de trascendencia social y de políticas públicas. Las actividades del Banco Mundial y del Estado Argentina en materia de integración social y derechos humanos; agua y saneamiento en la Provincia de Buenos Aires; las responsabilidades de la dictadura brasileña y el larvado reclamo de la ciudadanía; el espacio habitacional y las políticas de vivienda del GCABA; la problemática de los derechos indígenas y la efectividad de su implementación; la resolución de conflictos y las nuevas tecnologías y por último la posibilidad de pensar en una democracia radicalmente transformadora, son algunas de las temáticas visitadas.

Esperamos que nuestros lectores reciban con interés este nuevo ejemplar de nuestra *Revista Electrónica* y como hemos dicho muchas veces esperamos sus opiniones, pareceres y críticas para que ayuden a mejorar la calidad de nuestros esfuerzos.

Hasta el próximo encuentro, con la cordialidad de siempre.

Carlos M. Cárcova
Director

ISSN 1851-3069

LA CONCESIÓN DEL SERVICIO DE AGUA Y SANEAMIENTO EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, ARGENTINA (1999-2006)

Por Verónica Lucía Cáceres y Adrián Marcelo Carbayo

RESUMEN

El artículo contribuye al conocimiento de los resultados de la gestión privada de los servicios de agua y saneamiento en Argentina, específicamente de las experiencias subnacionales de provisión, a partir de centrar la atención en un caso poco estudiado: la concesión de los servicios en la provincia de Buenos Aires durante 1999-2006. El trabajo se sustenta en el análisis de un conjunto de fuentes: normativas, contratos de concesión y los fallos del Tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

Primero, realiza una reseña histórica de la provisión desde sus inicios hasta la concesión; luego caracteriza los aspectos principales de la concesión, el contexto, la división del territorio en áreas de negocios, y el ingreso de Azurix Buenos Aires S.A. y Aguas del Gran Buenos Aires S.A.

PALABRAS CLAVE

Concesión - agua y saneamiento - provincia de Buenos Aires

ISSN 1851-3069

THE CONCESSION OF WATER AND SANITATION SERVICES IN THE PROVINCE OF BUENOS AIRES, ARGENTINA (1999-2006)

By Verónica Lucía Cáceres and Adrián Marcelo Carbayo

ABSTRACT

The paper contributes to the knowledge of the results of the private management of water and sanitation services in Argentina, specifically the subnational provision experiences, focusing on a case that have been less studied: the provision of services in the province of Buenos Aires during 1999 to 2006. This paper is based on the analysis of a set of sources: regulations, concession agreements and the judgments of the International Center for the Settlement of Investment Disputes.

Firstly, it makes a historical review of the provision from its beginnings to the concession; then the main aspects of the concession, the context, the division of land into areas of business, and the entry of Azurix Buenos Aires SA and Aguas del Gran Buenos Aires SA is characterized.

KEY WORDS

Concession, water and sanitation, province of Buenos Aires

ISSN 1851-3069

LA CONCESIÓN DEL SERVICIO DE AGUA Y SANEAMIENTO EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, ARGENTINA (1999-2006)

Por Verónica Lucía Cáceres[*] y Adrián Marcelo Carbayo[**]

1. Introducción

Los servicios de agua potable y saneamiento constituyen espacios privilegiados para el despliegue de políticas públicas porque se vinculan a un derecho humano inalienable, conforman eslabones centrales para el desarrollo económico, posibilitan la integración territorial y generan fuertes externalidades positivas en lo que concierne a la salud y condiciones de vida de la población así como al ambiente, especialmente en los recursos hídricos.

En términos económicos, la prestación conforma dos monopolios naturales diferenciables que resultan de las redes de tuberías y drenaje de las grandes obras de potabilización del agua y depuración de los residuos, y de los acueductos y drenajes que conforman la infraestructura típica de las zonas urbanas. Por otro lado, la demanda de los servicios debido a la esencialidad de las necesidades básicas que satisface es fuertemente inelástica en relación con el precio. Los servicios forman parte de la infraestructura social y económica del país: social en tanto su acceso seguro por parte de la población en términos de cantidades y calidades a los servicios impacta en lo que concierne a los aspectos sanitarios, en la calidad de vida y en sus condiciones ambientales; y económica, ya que el desarrollo de las diversas actividades productivas demanda de la amplitud del abasto de agua y de las posibilidades de disponer y tratar los efluentes.

La regulación pública, atento al poder monopólico que caracteriza a la actividad, resulta central a fin de garantizar el acceso a los servicios, mejorar la calidad de vida de la población y proteger el recurso hídrico. La esencialidad de los servicios y las externalidades generaron que la regulación se convirtiera en un aspecto crítico con las concesiones de las empresas prestatarias de los servicios. Las concesiones fueron promovidas por los organismos internacionales de crédito y por la industria del agua como forma de mejorar los indicadores sociales vinculados a la provisión.

[*] Profesora Universitaria en Economía egresada de la Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS), Magíster en Ciencias Sociales por la UNGS y del Instituto del Desarrollo Económico Social (IDES). Doctoranda en Ciencias Sociales de la UNGS-IDES. Becaria del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, lugar de trabajo Instituto del Conurbano de la UNGS.

[**] Abogado egresado de la Universidad Nacional del Sur (UNS) de Bahía Blanca. Docente Universitario de la cátedra Derecho Administrativo I en la carrera de Abogacía de la UNS. Magíster en Desarrollo y Gestión Territorial (UNS).

ISSN 1851-3069

En la Argentina, el estudio de los servicios y de la acción estatal en la materia cobró importancia en la década del noventa del siglo pasado en el marco de las concesiones de las empresas prestatarias de los servicios, y ha enfatizado en el estudio del desempeño de la empresa nacional y de forma más reciente en las experiencias subnacionales de provisión. Aunque desde inicios de la década del ochenta, tras la descentralización y transferencia llevada adelante por el gobierno cívico-militar, las responsabilidades sobre la provisión y el establecimiento de lineamientos de políticas sectoriales recaen sobre los Estados provinciales y por decisión de estos últimos, en algunos casos, también sobre ciertos municipios, a excepción del territorio integrado por la Ciudad de Buenos Aires y 17 municipios del conurbano bonaerense que se encuentran bajo jurisdicción nacional.

El presente artículo contribuye al conocimiento de los resultados de la gestión privada de los servicios de agua y saneamiento en Argentina, específicamente de las experiencias subnacionales de provisión, a partir de centrar la atención en un caso poco estudiado: la concesión de los servicios en la provincia de Buenos Aires durante 1999-2006. El trabajo posee la siguiente estructura, luego de la presente introducción se realiza una reseña histórica de la provisión de agua y saneamiento en la provincia de Buenos Aires; seguido se enfatiza en la concesión de la empresa provincial a partir de caracterizar el contexto en el que se desarrolla, la división del territorio en áreas de negocios, el ingreso de Azurix Buenos Aires S.A. y de Aguas del Gran Buenos Aires S.A. y por último, se detallan las conclusiones.

2. Breve reseña histórica de la provisión de agua y saneamiento en la Provincia de Buenos Aires

El servicio de infraestructura de agua se inició en la Argentina en 1869, específicamente en la ciudad de Buenos Aires, y posteriormente se inauguró el de cloacas. Para entonces, la ciudad que había tenido un crecimiento poblacional lento en los siglos anteriores y tras la inserción del país en el mercado internacional como productor de materias primas, fundamentalmente de carnes y cueros, alcanzaba una población de 170.000 personas. A diferencia de lo que sucedió en otros países, en la Argentina las obras sanitarias desde sus inicios se gestionaron desde el sector público y con "exclusión del poder municipal" (Regalsky 2010: 455)

En el caso de la Provincia de Buenos Aires, los servicios en territorio bonaerense se originaron tras la decisión del gobierno provincial de fundar la ciudad de La Plata y constituirla como cabecera de la provincia de Buenos Aires, luego de la federalización de la ciudad de Buenos Aires en 1880. La legislatura provincial autorizó la construcción y contratación de las obras, encargó la elaboración de los planos mediante la ley 1611 de 1882 y designó una Comisión Central de Aguas Corrientes de la Provincia de Buenos Aires para que elaborase informes sobre la factibilidad de la expansión del servicio a partir de las obras ya construidas hacia el área de influencia de La Plata. Posteriormente, la comisión pasó a integrar la Oficina de Obras Sanitarias dentro del Departamento de Ingenieros en coexistencia con las secciones

Finalizado el cursado de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Rosario. Secretario Legislativo del Honorable Concejo Deliberante de Villarino.

ISSN 1851-3069

ferrocarriles, hidráulica, puentes y caminos, arquitectura y dibujo, geodesia, catastro y archivo. El servicio de agua corriente fue inaugurado en 1885 y el de cloacas en 1905.

Si bien durante los primeros años del Siglo XX la cobertura de los servicios alcanzó niveles importantes en la ciudad de La Plata dónde se concentró la actividad política de la provincia, en otras ciudades y pueblos del interior aún no se visualizaba la posibilidad de concreción de los servicios. Para atender a esta cuestión la provincia autorizó mediante el otorgamiento de concesiones a distintas empresas privadas para que realizaran estudios, construyeran las infraestructuras y prestaran el servicio de agua corriente. Así, en 1906 se autorizó mediante ley 2981 al empresario Mariano Obarrio a establecer y explotar los servicios mediante la Compañía Aguas Corrientes de la provincia de Buenos Aires en la zona comprendida por la ciudad de Avellaneda (y sus suburbios denominados Piñero, Elortondo y Jiménez) y la ciudad de Lomas de Zamora (y los pueblos de Banfield, Temperley y Adrogué). Mientras la provincia otorgó la concesión mantuvo la responsabilidad de regular y fiscalizar el desempeño de las empresas privadas mediante el Departamento de Ingenieros.

Asimismo, el gobierno provincial y el nacional firmaron una serie de acuerdos tendientes a establecer las responsabilidades respecto a la creación, expansión y prestación de los servicios de agua y saneamiento en distintas localidades de la provincia. El primer convenio celebrado, aprobado mediante la ley 3134, refiere a la pujante ciudad turística de Mar del Plata dónde en 1907 la Nación se comprometió a ejecutar mediante la Dirección General de Obras de Salubridad de la Nación las obras tendientes a garantizar la provisión de agua y transferirlas a la provincia una vez amortizada la inversión realizada. Luego en las décadas siguientes se fueron agregando otros convenios que permitieron a la Nación prestar los servicios en una parte importante del Conurbano Bonaerense.

En 1910 la sanción de la ley 3221 estableció que la dirección, administración y conservación de las obras sanitarias quedaría atribuida a la Sección del Departamento de Ingenieros con el personal proveniente de la Oficina de Obras Sanitarias. Tres años después mediante la ley 3529 la provincia creó la Dirección General de Saneamiento y Obras Sanitarias de la Provincia de Buenos Aires (DGSOSBA), que asumió la tarea de ejecutar las obras que posibilitasen la prestación de los servicios en territorio bonaerense. La creación del organismo intentó jerarquizar el sector pero dicha medida no logro sostenerse en el tiempo, ya que en 1915 la dirección pasó a ser aglutinada en la Dirección General de Salubridad Pública y Obras Sanitarias que coexistió al interior del MOP con otras reparticiones vinculadas con la gestión de los recursos hídricos como la Dirección de Hidráulica.

En 1924 la Dirección General de Salubridad Pública y Obras Sanitarias volvió a separarse, dejando, por un lado las tareas de salubridad pública a cargo de un organismo especifico y por otro, a las obras sanitarias bajo la Dirección de Obras Sanitarias de la Provincia de Buenos Aires (DOS). La DOS permaneció sin grandes transformaciones hasta 1973 cuando el gobierno militar del Brigadier Moragues sancionó el decreto-ley 8065 por el cual creó la entidad autárquica denominada Administración General de Obras Sanitarias de la Provincia de Buenos Aires (AGOSBA), como sucesora. La creación de la AGOSBA se enmarcó en un período de continuo crecimiento de la población en áreas menos rentables

ISSN 1851-3069

donde la empresa de jurisdicción nacional Obras Sanitarias de la Nación (OSN), no gestionaba la provisión y los hogares accedían mediante distintas modalidades sustitutas como perforaciones domésticas conectadas a distintos equipos de bombeo y pozos ciegos para el saneamiento.

La AGOSBA ocupó un lugar importante en el entramado de actores del sector al quedar como responsable de la prestación de los servicios, de las obras existentes y de las futuras en las áreas de la provincia no abastecidas por OSN y recibió el poder de policía sobre las instalaciones sanitarias internas. Durante los primeros años de su desempeño se evidenciaron distintos acontecimientos que afectaron el área de prestación de la empresa, por un lado, la transferencia y municipalización de los servicios no interjuridiccionales llevada adelante por la provincia hacia una parte importante de las localidades del interior. Lo cual se vio posibilitado por la sanción previa del decreto- ley 9975/79 que dispuso en su artículo 1 la municipalización de las funciones y servicios que "por su índole" fueran "propios de la competencia comunal". Esto generó la transferencia de los servicios a cargo hasta entonces de AGOSBA a los municipios de Alberti, Arrecifes, Balcarce, Baradero, Benito Juárez, Bolívar, Campana, Cañuelas, Carmen de Areco, Colón, Coronel Dorrego, Coronel Pringles, Coronel Suárez, Chacabuco, Chascomús, Chivilcoy, Escobar, General Alvear, General Belgrano, General Madariaga General Viamonte, General Villegas, Hilario Ascasubi, Las Flores, Lincoln, Lobería, Lobos, Luján, Magdalena, Miramar, Mercedes, Necochea, Olavarría, Pigüé, Pilar, Ramallo, Ranchos, Rauch, Rojas, Saladillo, Salto, San Andrés de Giles, San Antonio de Areco, San Pedro, Sierra de la Ventana, Sierras Bayas, Tornquist, Trenque Lauquen, Patagones, Tres Arroyos, Pedro Luro, 25 de Mayo y Villalonga.

Por otro lado, en 1980 el territorio a cargo de la empresa volvió a expandirse dado el proceso de descentralización y transferencia de los servicios, esta vez implementados por el gobierno Nacional, sobre la prestación, gestión y regulación de los servicios a cargo de OSN a las jurisdicciones subnacionales.[1] De esta forma, la provincia recibió así la responsabilidad sobre los servicios en municipios, de creciente importancia relativa, como General Pueyrredón.

En la provincia de Buenos Aires durante el Siglo XX se configuró un esquema heterogéneo de provisión de agua y saneamiento que involucró a los distintos niveles de gobierno y que tuvo -en una parte importante del territorio- al Estado provincial como productor de los servicios en sus distintas fases que se vinculan, en el caso del agua con la captación, producción, transporte, distribución y comercialización del agua potable; y en el caso del saneamiento con la colección, tratamiento, disposición y comercialización de efluentes.

En la década del ochenta las políticas sectoriales se vieron condicionadas por el fuerte desfinanciamiento estatal que afectó al país tras la crisis económica y el dramático legado de la dictadura.

[1] En 1979 en forma conjunta el Ministerio del Interior y el Ministerio de Economía dictaron las Resoluciones N° 9 y Nº 1.332 por la que se transfirieron "sin cargo" a las provincias los servicios de los sectores eléctricos, de gas natural, de riego y obras sanitarias así como el sistema ferroviario con fecha del 1° de enero de 1981. El decreto Nº 258/80 aprobó las Resoluciones ratificando la descentralización y transferencia previo a la firma de convenios entre el

ISSN 1851-3069

Ya en los noventa la crítica situación en materia de desigualdad de la cobertura, calidad de la prestación y tenues niveles de tratamiento de los efluentes fueron los argumentos centrales esgrimidos por el gobierno provincial para promover la concesión a capitales privados de los servicios prestados por la AGOSBA.

3. La concesión de la AGOSBA

3.1 El contexto político nacional y su incidencia en la provincia de Buenos Aires

En un contexto institucional marcado por la salida anticipada del presidente Raúl Alfonsín, de la Unión Cívica Radical, y un hostil escenario económico signado por la crisis hiperinflacionaria, la recesión y la cesación parcial en el pago de la deuda externa se inició, a mediados de 1989 en la República Argentina, una importante modificación en el sistema de relaciones entre el Estado, la sociedad y el mercado.

A nivel nacional, el gobierno del presidente Carlos Menem, del partido justicialista, pasó a alinearse con las políticas de libertad de mercado propugnadas por el llamado Consenso de Washington que propusieron la privatización de empresas públicas, restricciones al gasto público, eliminación de subsidios al consumo, prioridad al equilibrio macroeconómico, desregulación de mercados, apertura comercial, flexibilización de las condiciones laborales, que buscaban imponer una mayor disciplina para contener el déficit fiscal del sector público y equilibrar las cuentas externas (Forcinito y Nahón, 2005). Dichas reformas, de sesgo neoliberal, fueron presentadas a la sociedad como la forma de enfrentar la "quiebra del Estado", continuaron con los cambios introducidos por el gobierno cívico-militar que irrumpiera en 1976, y logró el apoyo de distintos medios de comunicación, de los grupos económicos locales y de los acreedores externos.

El punto de partida del viraje del Estado fue la sanción en 1989 de las leyes 23.696 y 23.697 conocidas como de Reforma del Estado y de Emergencia Económica. La línea argumental que fundamentó la Ley de Reforma del Estado[2], desde la perspectiva de quienes la implementaron, se basó en la necesidad de descargar al Estado del peso antifuncional provocado por su déficit estructural, crónica ineficiencia, carencia de recursos, estancamiento tecnológico, desinversión y falta de rentabilidad (Dromi, 1998).

En este marco, las concesiones o privatizaciones de las empresas públicas con mayores potencialidades constituyeron la "prenda de paz" que lograra conciliar los intereses de los sectores dominantes y cambiar la concepción de la "comunidad de negocios" respecto al gobierno local (Azpiazu,

gobierno nacional y los gobiernos provinciales, mientras tanto OSN mantuvo bajo su jurisdicción a la Ciudad de Buenos Aires y a trece partidos del conurbano

[2] La ley nacional 23.696, en su artículo nº 1, declaró en estado de emergencia la situación económico financiera de la Administración Pública nacional centralizada y descentralizada, entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, servicios de cuentas especiales, obras sociales del sector público, bancos y entidades financieras oficiales, nacionales y/o municipales y todo otro ente en el que el Estado nacional o sus organismos descentralizados tengan participación total o mayoritaria de capital o en la formación de las decisiones societarias.

ISSN 1851-3069

2003). El apoyo de dichos sectores permitió, en un contexto de liquidez internacional, el ingreso de capitales y la renegociación de la deuda externa a través de la firma del Plan Brady. La mayor parte de las ventas y las concesiones de empresas nacionales se llevó a cabo en el breve lapso comprendido entre 1990 y 1994. A partir de 1993 los Estados provinciales y municipales también se sumaron en forma masiva a la ola privatizadora, enajenando sus propias empresas regionales y locales.[3]

Bajo este contexto político imperante la provincia de Buenos Aires, bajo el gobierno de Eduardo Duhalde del Partido justicialista, impulsó las concesiones de las empresas públicas provinciales. Así durante la primera mitad del año 1997 llevó a cabo la privatización de la Empresa Social de Energía de Buenos Aires S.A (ESEBA), una de las principales empresas de generación y distribución de energía eléctrica de Argentina y en 1999 concesionó AGOSBA. En líneas generales, las principales reformas llevadas adelante por el gobierno nacional del presidente Menem contaron con el apoyo del gobernador Duhalde, que fuera parte de la formula que resultara ganadora en 1989 y que renunciara a la vicepresidencia para asumir el Poder Ejecutivo Provincial.

3.2 La desarticulación de la AGOSBA

En 1996 se sancionó el marco regulatorio del servicio de agua y saneamiento en territorio bonaerense, mediante la Ley 11.820, que habilitó la inclusión de actores privados en la prestación de los servicios y, de esta forma, la concesión de la histórica AGOSBA. La sanción de la norma y su implementación requirió el apoyo político de distintos bloques políticos que tenían representación en la legislatura y del Sindicato de Obras Sanitarias de la Provincia de Buenos Aires que aglutinaba a los trabajadores de AGOSBA.

Posteriormente, el gobierno de Duhalde llamó a licitación nacional e internacional para otorgar la concesión de los servicios que serían supervisados y regulados por una nueva autoridad reguladora establecida a esos efectos: el Organismo Regulador de Aguas Bonaerenses (ORAB).

La concesión requirió dividir el área de prestación de AGOSBA en tres áreas de concesión A, B, C y, a esta última en cuatro subregiones, consideradas como unidades de negocios.[4] A diferencia de lo que

[3] En esta línea, para Bonofiglio y Nahón (2007), una vez avanzado el programa de privatizaciones en la órbita nacional, la administración Menem promovió procesos de reestructuración y privatización equivalentes en el ámbito provincial. A este efecto, uno de los puntos del "Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento", instaurado por el decreto Nacional Nº 1.807/93, impulsado por la Nación sostenía taxativamente el compromiso de las jurisdicciones provinciales a "Propender a la privatización total o parcial, a la concesión total o parcial de servicios, prestaciones u obras, cuya gestión actual se encuentre a cargo de las provincias o a la liquidación de las empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas cuya propiedad pertenezca total o parcialmente a las Provincias".

[4] La zona A incluía: Adolfo González Chávez, Bahía Blanca, Bahía Blanca, La Madrid, Guaminí, Salliquelo, San Cayetano, Tornquist, Tres Arroyos, Villarino. La zona B: José. C. Paz, San Miguel, Malvinas Argentinas, Moreno, Merlo, Rodríguez y Escobar. Mientras la zona C fue dividida en cuatro zonas: C1 (Berisso, Ensenada, La Plata, Magdalena, Punta Indio), C2 (Florencio Varela, Presidente Perón y San Vicente), C3 (Bragado, Carlos Casares, Carlos Tejedor, Chivilcoy, General Arenales, General Viamonte, Viamonte, Leandro N Alem, Lincoln, Navarro, Nueve de Julio, Pehuajó, Ramallo, Suipacha), C4 (Ayacucho, Dolores, General Paz, General Alvear, General

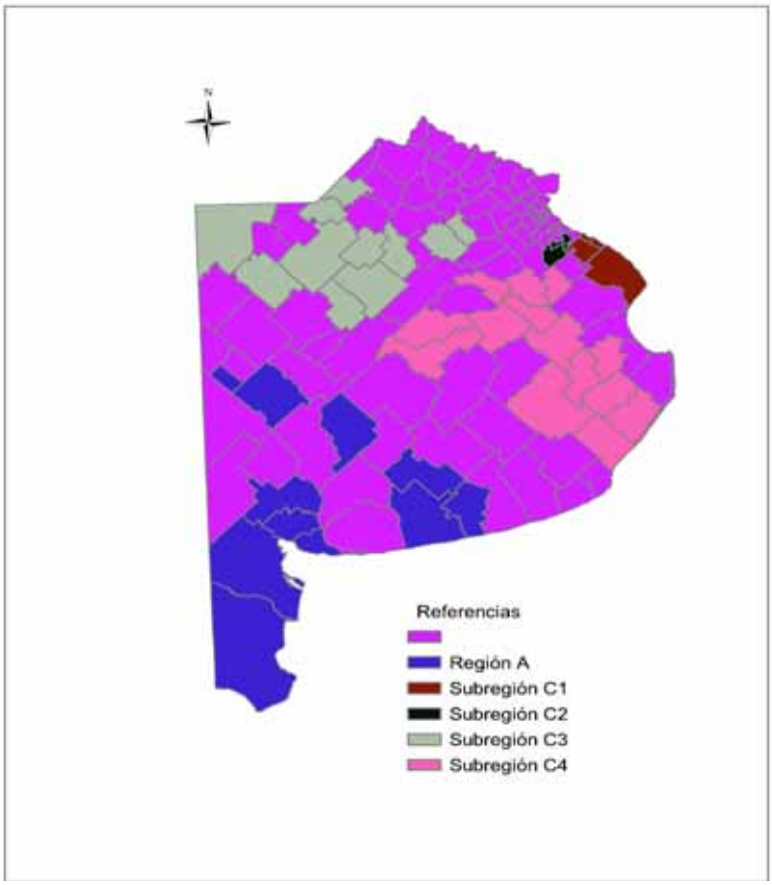
ISSN 1851-3069

sucedió con la concesión de la empresa nacional primó en la adjudicación en cada área el criterio de mayor canon ofrecido.

En las áreas A y C, cómo muestra la figura 1, ingresó Azurix Buenos Aires Sociedad Anónima (ABA) tras ofrecer un canon de 438.555.554 pesos argentinos (en un marco de convertibilidad del peso argentino con el dólar norteamericano de ARS 1= USD 1) que implicaba una concesión por 30 años para la distribución de agua potable y el tratamiento y la eliminación de aguas residuales.

ABA se constituyó después de haberse adjudicado la oferta a dos sociedades subsidiarias indirectas del grupo Azurix Coporation: Azurix AGOSBA Sociedad de Responsabilidad Limitada y Operadora Buenos Aires Sociedad de Responsabilidad Limitada. La primera estaba registrada en Argentina y pertenecía en un 0,1% a Azurix Corporation y en un 99% a Azurix Argentina Holdings Inc. (sociedad constituida en Delaware), que a su vez era de propiedad plena de Azurix Corporation. La segunda, también registrada en Argentina, era de propiedad de Azurix Agosba Holdings Limited, registrada en las islas Caimán. Azurix Corporation era propietaria del 100% de las acciones de Azurix Agosba Holdings Limited. Por último, Azurix Corporation pertenecía a la multinacional Enron.

Figura 1: Área concesionada a ABA en la Provincia de Buenos Aires



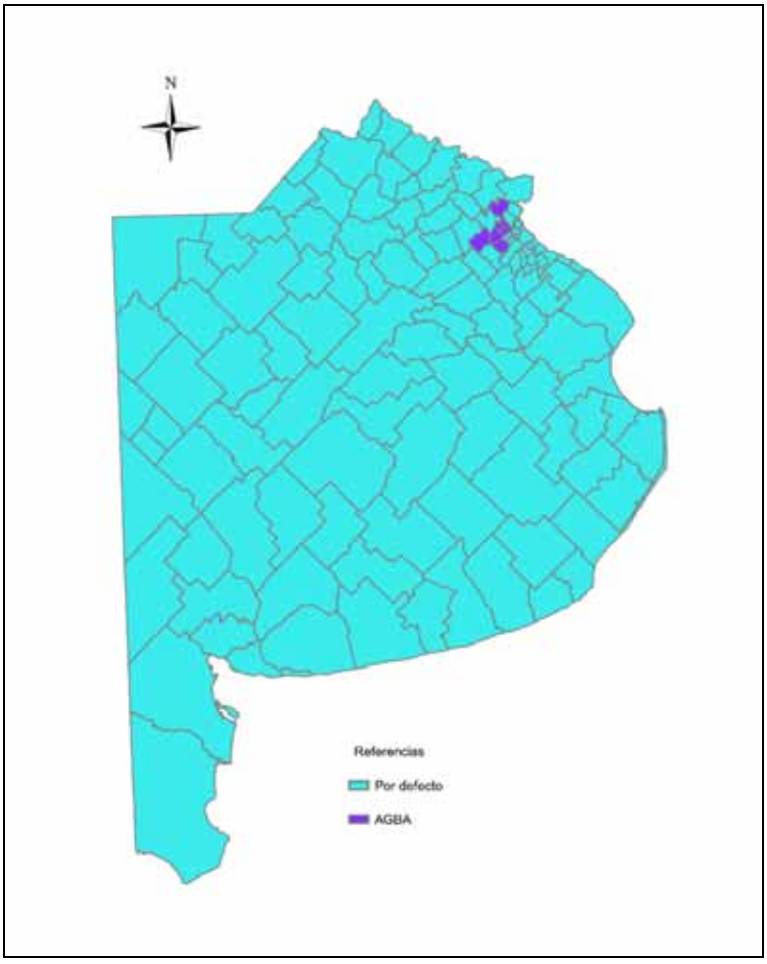
Belgrano, General Guido, General Juan Madariaga, General Lavalle, Las Flores, Maipú, Mar Chiquita, Monte, Pila, Roque Pérez, Tapalque y Villa Gesell.

ISSN 1851-3069

Fuente: Elaboración propia en base a contrato de concesión

El área B prevista en los pliegos licitatorios, figura 2, quedó en manos de Aguas del Gran Buenos Aires Sociedad Anónima (AGBA), consorcio compuesto por Aguas de Bilbao Bizkaia, Sideco Americana S.A., Impregilo S.p.A e Iglys S.A., tras el pago de un canon de 1.260.000 pesos argentinos por un plazo de 30 años[5].

Figura 2: Área concesionada a AGBA en la Provincia de Buenos Aires



Fuente: Elaboración propia en base a contrato de concesión

A poco de asumir la prestación, en los dos casos se suscitaron distintos problemas y controversias que evidenciaron la complejidad de la administración del recurso hídrico y la regulación del servicio público.

[5] Mediante Decreto Provincial N° 757/2002 se autorizó transferencia de las acciones pertenecientes a Sideco Americana S.A. a las empresas Impreglio S.p.A. e Iglys S.A. Por ello, a fin de dar cumplimiento al recaudo exigido por el Pliego de Bases y Condiciones y salvaguardar la relación porcentual en la participación accionaria, se integraron como nuevos accionistas las firmas Urbaser Argentina S.A., Urbaser S.A. y Dycasa S.A.

ISSN 1851-3069

3.3 Azurix Buenos Aires Sociedad Anónima

ABA al asumir la concesión estaba obligada a desarrollar un plan de inversiones denominado Programa de Optimización y Expansión del Servicio (POES) que se dividió en seis Planes Quinquenales correlativos. El POES comprendía metas en torno a la expansión del servicio, planes de acción y las obras necesarias para alcanzar las metas y los compromisos cuantitativos, cualitativos y de eficiencia del servicio y la obligación de cobertura geográfica. Es importante señalar que desde el inicio de la concesión ABA incumplió todas las metas que incluía el contrato, a la par que buscaba modificarlo (alegando el quebrantamiento de la ecuación económica financiera al no mediar una reestructuración de tarifas), y recibía sin solución de continuidad diversas sanciones del ORAB.

Urbiztondo (2001) destaca que ABA pagó un canon[6] excesivamente alto de difícil recupero y que el flujo operativo evidenció ser muy problemático debido a una estructura tarifaria sumamente deficiente (con fuertes subsidios cruzados entre usuarios de una misma región y entre usuarios en distintas regiones, previendo una medición generalizada ineficiente y con una fuerte reducción tarifaria implícita, etc.), y a la negativa de la Provincia de otorgar a la empresa los instrumentos que le permitieran incrementar las tarifas conforme se previó contractualmente (por ejemplo, evitando el uso del nuevo catastro, etc. por razones electorales).

Los incumplimientos de las cuestiones mínimas por parte de ABA generaron fuertes cuestionamientos de los usuarios desde los primeros meses de su gestión. Los reclamos se vincularon con la distribución de agua con exceso de arsénico y flúor en Carlos Casares, Nueve de Julio y Pehuajó, los numerosos e imprevistos cortes del servicio y la falta de presión del suministro en La Plata, Berisso, Florencio Varela, General Villegas, Carlos Casares, French y Pehuajó.

Uno de los episodios más significativos del accionar de ABA se evidenció en la denominada crisis del agua que se inicio en abril del 2000 y se mantuvo por dos meses en Bahía Blanca, tras la proliferación de algas microscópicas en el embalse Paso de las Piedras, del cual se abastecía la ciudad.[7] Tras la denuncia

---

[6] Mientras que fue el único oferente en dos subáreas, en las tres restantes el canon propuesto fue casi 18 veces más que el de su inmediato competidor (Azpiazu y Bonofiglio, 2006a). Es presumible pensar que hubo un cálculo especulativo y rentístico por parte de ABA al momento de pagar la desproporcionada suma por el canon. La oferta muy alta realizada es un indicio o presunción de su intención para tratar de mejorar el valor de las acciones de la empresa Enron (que lucraba con su burbuja financiera), especulando con la debilidad ex post del regulador para ejercer oportunismo empresario y trasladar el valor del canon a las tarifas.

[7] A los efectos de comprender la "crisis del agua" que aconteció en los meses de abril y mayo de 2000 es menester analizar la Circular 31 (A), emitida por el gobierno bonaerense el 23 de abril de 1999, denominada "Obras de remoción de algas en el Dique Paso de las Piedras", que integraba el pliego licitatorio. Ella establecía que esta obra en ejecución, sería transferida sin cargo al concesionario una vez concluida la misma. Consistía en la construcción de una planta de micro filtrado, el re-acondicionamiento de los filtros de la Planta Potabilizadora Patagonia, etcétera. Lamentablemente, las "Obras de Remoción de Algas" tenían graves defectos de diseño y construcción que imposibilitaban un correcto funcionamiento. Además, al momento de concesionarse el servicio, el dique Paso de las Piedras venía de una seria e importante reparación por lo que la presa solo podía ser operada con una cota de embalse reducida. Así, la Provincia de Buenos Aires mantuvo el embalse lleno tan sólo en un 25% para poder completar las obras, lo que contribuyó a que la floración de algas alcanzara proporciones extraordinarias.

ISSN 1851-3069

de distintos usuarios que sostuvieron percibir olor a gamexane y un color ocre en el agua que se distribuía en la red se generó fuerte conmoción social.

En general, los reclamos se vincularon con los incumplimientos por parte de ABA de distintos rubros del POES: expansión, obras de infraestructura, micromedición, renovación de cañerías, calidad del servicio, etc.

Asimismo, en materia regulatoria, la debilidad y precariedad que caracterizó la experiencia privatizadora en la Argentina se manifestó también al momento de la toma de posesión de ABA de la concesión. Del traspaso se puede traslucir un diseño contractual inconsistente, por ejemplo el Reglamento del Usuario se puso en vigencia recién el 1 de enero de 2001, lo que implicó una situación de vulnerabilidad de los usuarios por mucho tiempo; la constitución de una endeble agencia reguladora con escasos recursos y con falta de delegados en las distintas regiones[8], recurrentes intentos de renegociaciones contractuales, y la colisión con normas de superior *status* jurídico.

Luego de varios intentos de modificar las tarifas, ABA manifestó encontrarse en una situación de asfixia financiera y en febrero de 2002 anunció la presentación en concurso de acreedores.

Finalmente, el 12 de marzo de 2002 el Poder Ejecutivo Provincial, que había rechazado en noviembre la rescisión por falta de justificativos (decreto 2598/01), dictó el decreto 508/02 por el cual rescindió el contrato por culpa del concesionario con retroactividad al 7 de marzo. Se adujeron dentro de las causales, por un lado los incumplimientos del POES, destacando que si bien el contrato de concesión no expresaba compromisos de inversión en pesos, en razón de que se trata de un contrato de objetivos con metas cuantitativas (número de conexiones a realizar, parámetros de calidad, presión de agua, kilómetros de cañerías, etc.) la valorización del POES aprobado por el ORAB equivalía a una inversión de $ 295.038.000 para el primer quinquenio.

En este sentido, se constató que para los dos primeros años de la concesión, el nivel de inversión esperado era del orden de $ 114.101.000 y sólo se comprobaron erogaciones imputables al plan por $ 7.988.000, es decir, no se ejecutaron compromisos por $ 106.113.000, importando un incumplimiento que medido en términos de inversión financiera alcanza al 93%. Asimismo, el acto administrativo resaltaba que era de público conocimiento la quiebra de la compañía texana Enron, considerada la mayor debacle empresaria de la historia económica de los Estados Unidos, provocando el despido de 22.000 empleados y la caída del valor de sus acciones situación que debilitaba a la concesionaria provincial. Por otro lado, también se adujeron: falta de insumos, deudas con las Provincia y abandono de servicio; el concurso de ABA y del operador; y los reclamos de los usuarios. (Azpiazu y Bonofiglio, 2006b).

Asimismo se declaró el estado de emergencia del servicio sanitario y se creó Aguas Bonaerenses Sociedad Anónima (ABSA), sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, para prestar el servicio -decreto 517/02, ratificado por ley 12.989- ABSA asumió la prestación del servicio en la zonas y

[8] En este contexto debe subrayarse que la ciudad de Bahía Blanca no tenía por entonces un delegado local del ORAB, que recién fue designado en diciembre de 2000. Esto generó malestar en la población atento a que las decisiones del organismo se tomaban a más de 600 km. de distancia.

ISSN 1851-3069

partidos que fueran concesionados a ABA, en iguales términos y condiciones que los previstos en el contrato de concesión celebrado oportunamente con ésta última, con excepción del régimen de inversiones y de expansión del servicio, el cual debió adaptarse en función de las necesidades sobrevinientes de la desinversión y abandono.

Posteriormente, Azurix Corporation inició un procedimiento arbitral contra Argentina, por entender que dicha nación había violado varios preceptos del Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones[9] de 14 de noviembre de 1991, suscrito entre la República de Argentina y Estados Unidos de América, en el marco de la actuación del gobierno Provincial de Buenos Aires con respecto a la privatización de los servicios de agua potable y saneamiento. Finalmente, el 26 de julio de 2006, el CIADI emitió un laudo condenando a la Argentina pagar US$165.240.753 (ciento sesenta y cinco millones doscientos cuarenta mil setecientos cincuenta y tres dólares de Estados Unidos)[10].

3.4 Aguas del Gran Buenos Aires Sociedad Anónima

Respecto a la concesión de AGBA es necesario resaltar que el canon pagado fue muy bajo en relación con la cantidad de habitantes y en comparación con el precio abonado por ABA. La empresa asumió el riesgo al decidir invertir en una zona poca atractiva, que inicialmente cuando se llamó a licitación fue declarada desierta y en un segundo llamado solo AGBA presento oferta.

La zona ostentaba un déficit en infraestructura básica, sólo el 35,4% de los hogares contaban con acceso al agua por red y el 13,4% al servicio de cloacas, presentaba altos niveles de vulnerabilidad social, importantes índices de pobreza y niveles de incobrabilidad del 37% de los usuarios en 1999.

En tal sentido, la concesión estaba basada en el principio del riesgo empresario y por lo tanto sólo podían invocarse alteraciones en las condiciones del mercado de bienes y servicios comprometidos en la concesión, en tanto se originen en decisiones expresas de la autoridad pública competente, sin perjuicio de lo establecido en las Revisiones Ordinarias Quinquenales y en las Revisiones Extraordinarias por Índices de Costos y Extraordinarias Generales.

La empresa estaba obligada a realizar grandes inversiones a fin de alcanzar los objetivos del POES referidos a la cobertura de los servicios, se comprometió a invertir 230 millones de dólares durante los primeros cinco años y a lograr que, para el año 2004, el 74% de la población estuviese conectada a la red de agua y el 55% estuviese conectado a la red de cloacas.

Para mayo de 2001 AGBA, pese a que al momento de licitar tenía conocimiento de las vicisitudes económicas del área, solicitó la renegociación del contrato y la suspensión de sus obligaciones, alegando la

[9] A partir de los TBI firmado en los años noventa los inversores extranjeros comienzan a limitar seriamente las decisiones "soberanas" (por ejemplo soberanía jurisdiccional) de los Estados receptores.

[10] La decisión final del Tribunal fue que la República Argentina infringió el Artículo II (2) (a) del TBI al no dispensar un tratamiento justo y equitativo a la inversión de Azurix Corporation; no otorgó a la inversión entera protección y seguridad que le caben según lo dispuesto en el artículo II (2) (a) del TBI. 4, y que infringió el artículo II (2) (b) del TBI al adoptar medidas arbitrarias que menoscabaron el uso y goce de la inversión.

ISSN 1851-3069

elevada tasa de incobrabilidad y dificultades de financiamiento. Dos meses más tarde reiteró su pedido de renegociación y suspensión del POES, pero esta vez alegando la crisis económica que azotaba al país.

En enero de 2002 el Congreso Nacional sancionó la ley 25.561 de Emergencia Nacional por la cual se eliminó la indexación de las tarifas en dólares estadounidenses contemplada en los contratos de concesión de los servicios públicos. La Provincia, en igual sintonía, dictó la ley 12.858 de Emergencia Provincial que pesificó y congelo las tarifas de los servicios, incluyendo los prestados por AGBA. Esta situación produjo una reducción de dos tercios en los ingresos de la concesionaria. Azpiazu y Bonofiglio (2006a) sostienen que la ruptura del régimen de convertibilidad agudizó la protesta empresaria y, más allá de la neutralización del POES -readecuación de las metas-, AGBA sólo cumplió los objetivos fijados para el primer año de gestión y concentró las obras de expansión en las zonas de relativo mayor poder adquisitivo, mientras que en el resto de los partidos la expansión de las redes fue muy baja o nula.

En el año 2003, el gobernador Felipe Solá, del partido justicialista, estableció un nuevo marco regulatorio para la prestación de los servicios públicos de agua potable y desagües cloacales mediante el decreto 878/03 que reemplazo a la Ley 11.820 de 1996. El mismo alteró las reglas de juego iníciales de AGBA, afectó sus intereses disponiendo, entre otras medidas, la intervención del Estado en las decisiones societarias (art. 47), la vigencia de la tarifa social para usuarios de escasos recursos económicos (art. 55) y el impedimento de cortar el servicio a clientes morosos (art. 61 inc. B).

La gestión empresarial de AGBA concluyó el 11 de julio de 2006 cuando se dictó el decreto 1.666 que determinó la rescisión por: incumplimientos graves de disposiciones legales, contractuales o reglamentarias aplicables al servicio; atrasos reiterados e injustificados en el cumplimiento de las metas de cobertura previstas en el POES, como renovación y/o reacondicionamiento de cañerías, expansión del servicio, micromedición, obras de infraestructura, valores de presión registrados sobre los puntos de muestreos en la red, así como curvas comparativas por localidad de la evolución de los parámetros de calidad de agua cruda y potable.

El incumplimiento observado alcanzaba al 84% para las instalaciones de redes de agua y prácticamente el 100% en cuanto al tendido de redes cloacales, circunstancias que privaron a prácticamente 100.000 posibles nuevos usuarios de disponer de agua potable y a 150.000 posibles usuarios de desagües cloacales en el ámbito de la concesión. Las únicas inversiones en infraestructura se efectuaron en las áreas más rentables de los municipios de Escobar y General Rodríguez.

Por otro lado, se alegó la reiterada violación del Reglamento del Usuario; reticencia u ocultamiento de información al organismo regulador; falta de constitución, renovación o reconstitución de la garantía de cumplimiento del contrato, y de la garantía de cumplimiento de las obligaciones del operador.

A fin de dar continuidad al servicio público, la Provincia dictó el decreto 1.677/2006 por el cual dispuso que ABSA asumiera la prestación del servicio de la zona que correspondía a AGBA.

Casi un año después, el 20 de julio de 2007, el CIADI recibió una solicitud de arbitraje presentada por el consorcio de Aguas de Bilbao Biskaia y Urbaser, accionistas de AGBA, en contra de la República

ISSN 1851-3069

Argentina en virtud del acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones, firmado por el país y el Reino de España en 1991. Dicha controversia no tiene definición todavía.

Por su parte, Impreglio (el otro accionista de AGBA) presentó el 25 de julio de 2007, una solicitud de arbitraje por violación al TBI, celebrado entre Argentina-Italia en mayo de 1990. En este caso el Tribunal[11], el día 21 de junio de 2011, resolvió condenar al país al pago de una suma de US$ 21.294.000 más los intereses.

4. Conclusiones

La concesión de la empresa pública responsable de la prestación de los servicios de agua y saneamiento en la mayor parte del territorio bonaerense, se insertó en una década de grandes reformas de sesgo neoliberal que afectaron distintas aristas de la vida cotidiana.

Por entonces, como señalamos en este artículo, el sector de agua y saneamiento que se expandió a partir de la presencia estatal en la provisión experimentaba una merma en las inversiones que daba lugar a bajos niveles de cobertura, calidad y sustentabilidad de los servicios.

A nivel internacional a la par que cobraban importancia los grupos económicos vinculados a la comercialización del recurso hídrico, se promovían como forma de mejorar los indicadores sociales ligados a la prestación, la inclusión de actores privados en la gestión de los servicios por redes.

En la Argentina las concesiones de las empresas prestatarias se iniciaron en 1991 en la provincia de Corrientes y afectaron a la mayor parte de las jurisdicciones. En la provincia de Buenos Aires la concesión de la AGOSBA se desarrolló luego que el gobierno provincial articulara los intereses de múltiples actores y a diferencia de lo que sucedió en otras jurisdicciones, la concesión le permitió el ingreso de importantes recursos producto del pago del canon de las empresas que recibieron la concesión.

Más allá que trascurrieron tres años desde la sanción de la ley 11.820 que habilitara al Estado provincial a concesionar la prestación de los servicios hasta su concreción en 1999, así como la existencia de experiencia acumulada respecto a la complejidad de la regulación y del accionar empresario en otras jurisdicciones, los resultados alcanzados en términos de los objetivos sociales perseguidos por la concesión de la empresa provincial estuvieron lejos de alcanzarse en el área de prestación de ABA y AGBA.

La complejidad de la prestación del servicio público de agua potable se magnificó dentro de un contexto regulatorio deficiente donde, a diferencia de lo que sucedió en las concesiones de los servicios de mayor tamaño relativo del país, el marco regulatorio se sancionó con anterioridad a la concesión; pero la agencia responsable de aplicarlo comenzó a operar de forma contemporánea al ingreso de los consorcios, se vio dotada del personal de la ex AGOSBA no absorbido por las concesionarias y conto con escasos recursos económicos y tecnológicos para las funciones a desempeñar.

[11] El laudo dispuso que la República Argentina violó el TBI Argentina-Italia al no conferir un trato justo y equitativo a la inversión de Impreglio.

ISSN 1851-3069

De acuerdo al Tribunal del CIADI, el Estado Concedente no respetó las reglas de juego que daban marco a la actividad por lo que dicha inseguridad jurídica provocó daño a las empresas y a la regularidad de la prestación. No obstante, los fallos no plantean que en los casos bajo análisis el desempeño empresario se caracterizó por el incumplimiento de los compromisos contractuales de inversión, de ampliación de la cobertura y mejora del tratamiento de los efluentes. Dicho accionar limitó la seguridad de los usuarios y consumidores de los servicios e impidió incorporar a un conjunto importante de potenciales usuarios que continuaron accediendo al agua y saneamiento por modalidades menos seguras.

Finalmente, el retorno de la prestación de los servicios de agua y saneamiento a una empresa con mayoría accionaria estatal enfrenta una serie de desafíos vinculados a los problemas centrales del sector que las concesiones no lograron mejorar: la desigualdad en materia de cobertura que afecta negativamente a los sectores más postergados de la estructura social, crecientes niveles de contaminación del agua, reducida macromedición y micromedición, entre otros.

Referencias Bibliográficas

ARIÑO ORTIZ, G. (1996) *La regulación económica*. Buenos Aires, Abaco, Universidad Austral, 1996.

ARIÑO ORTÍZ, G. y CASSAGNE J. (2005) *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*. Buenos Aires, Lexis Nexis / Abeledo-Perrot, 2005.

AZPIAZU, D. (2003) *Las privatizaciones en la Argentina. Diagnósticos y propuestas para una mayor equidad social*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 2003

AZPIAZU, D., CATENAZZI, A. y FORCINITO, K. (2004) *Recursos públicos, negocios privados: agua potable y saneamiento en el Área Metropolitana de Buenos Aires*. Serie Informes de Investigación Nº 19 de la Universidad Nacional de General Sarmiento, Los Polvorines, la Universidad Nacional de General Sarmiento. 2004.

AZPIAZU, D. y BONOFIGLIO, N. (2006a) *Nuevos y viejos actores los servicios públicos. Transferencias de capital en los sectores de agua potable y saneamiento y en distribución de energía eléctrica en la post-convertibilidad*. Documento de Trabajo Nº 16, Área de Economía y Tecnología de la FLACSO, Buenos Aires, FLACSO, 2006.

AZPIAZU, D y BONOFIGLIO N. (2006b) "Nuevos escenarios macroeconómicos y servicios públicos. Reconfiguración empresaria en los sectores de agua potable y saneamiento, y distribución eléctrica. Diferencias y similitudes". En *Revista Realidad Económica*, 2006, Nº 224, 32-68.

AZPIAZU, D. y BONOFIGLIO, N y NAHÓN, C. (2008) *Agua y energía. Mapa de situación y problemáticas regulatorias de los servicios públicos en el interior del país*. Documento de Trabajo Nº 18, Área de Economía y Tecnología, Buenos Aires, FLACSO, 2008.

ISSN 1851-3069

BONOFIGLIO, N. y NAHÓN, C. (2007) "La experiencia subnacional de servicios públicos en Argentina. Los casos de distribución de energía eléctrica y agua y saneamiento"**.** XII Congreso del CLAD, Santo Domingo, República Dominicana, 2007.

CÁCERES, V. (2013) "La regulación del agua potable y saneamiento domiciliario en la provincia de Buenos Aires: un accionar discriminatorio del Estado". En *Realidad Económica*, 2013, Nº 274, 22-45.

CÁCERES, V. (2011) *La problemática del acceso al agua potable y al saneamiento domiciliario por fuera de las redes. Regulación estatal y circuitos mercantiles de acceso en el Partido de José C. Paz, en el interior del AMBA*. Tesis de la maestría en Ciencias Sociales, Universidad Nacional de General Sarmiento- Instituto del Desarrollo Económico y Social, Los Polvorines, 2011.

CARBAYO, A. (2011) *El fracaso de la concesión del servicio público de agua potable y saneamiento por parte de Azurix Buenos Aires S. A. en la Provincia de Buenos Aires. El caso de Bahía Blanca*. Tesis de la Maestría en Desarrollo y Gestión Territorial, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 2011.

DROMI, R. (1998) *Empresas Públicas. De Estatales a Privadas*. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998.

FORCINITO, K. y NAHÓN, C. (2005) "La fábula de las privatizaciones: ¿Vicios privados, beneficios públicos? El caso de la Argentina (1990-2005)". Buenos Aires, Grupo de Trabajo en Economía, Observatorio Argentino, New School University, 2005.

ISUANI, F. (2010) *Política Pública y Gestión del agua: aportes para un debate necesario*. Los Polvorines, Prometeo Libros, 2010

REGALSKY, A. (2010) "De Buenos Aires a las provincias. La formación de una gran empresa pública. Obras Sanitarias de la Nación, 1891-1930". En *Desarrollo Económico*, 2010, Nº 199 Vol. 50, 455-483.

URBIZTONDO, S. (2001) "Las concesiones fallidas: ¿quién tiene la culpa?". [En línea]. Buenos Aires, Fundación Investigación Económicas Latinoamericanas, 2001, http://201.216.237.145/server1/notes/coyuntu39.pdf [26 de febrero de 2012].

Fuentes documentales consultadas

Documentos

PACTO INTERNACIONAL DE DEREHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Nº 15, El derecho al agua (Arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 29th sección, Geneva, 11-29 Noviembre 2002.

BANCO MUNDIAL. CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. "Azurix Corporation c. República Argentina". Caso No. ARB/01/12**.** Washington, D.C.: julio de 2006,

ISSN 1851-3069

http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC507_Sp&caseId=C5 [26 de febrero de 2012].

BANCO MUNDIAL. CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. "Impregilo S.p.A. c. República Argentina" Caso CIADI No. ARB/07/17. [En línea]. Washington, D.C.: julio de 2011, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2171_Sp&caseId=C109 [10 de agosto de 2013].

Normativa

Ámbito de la Provincia de Buenos Aires

Ley 671
Ley 1463
Ley 1486
Ley 1508
Ley 1611
Ley 2981
Ley 3134
Ley 3338
Ley 3529
Ley 3580
Ley 3833
Ley 5137
Ley 6209
Ley 11.820
Ley 12.858
Decreto 2923/1949
Decreto-Ley 8065/1973
Decreto- ley 9975/1979
Decreto Nacional Nº 1.807/93
Decreto 2598/2001
Decreto 508/2002
Decreto 517/2002
Decreto 757/02
Decreto 878/2003
Decreto 1.666/2006

ISSN 1851-3069

Decreto 1.677/2006

Ámbito Nacional

Ley 23.696

Ley 25.561

Resolución N° 9 Ministerio del interior

Resolución Nº 1.332 del Ministerio de Economía

Decreto Nº 258/1980

ISSN 1851-3069

LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD BRASILEÑA ANTE LOS ACTOS DE VIOLENCIA DE ESTADO COMETIDOS DURANTE LA DICTADURA - A BRASIL LE FALTAN ESPARTACOS. LA PLEBE SIGUE CÓMPLICE FRENTE A LAS ATROCIDADES DE LA ARENA

Por Roberta Marina Cioatto y Salete Oro Boff

RESUMEN

El surgimiento de actos violentos tras el fin de regímenes dictatoriales se lo puede relacionar a transiciones democráticas poco consolidadas. El éxito en esta tarea resulta dificil y más aún frente a experiencias traumáticas derivadas de violencia política generalizada, en concreto: torturas, asesinatos, desapariciones forzadas, ocultación de cadáveres y otros hechos inhumanos - lo que repercute por generaciones. La dificultad es aún mayor cuando gran parte de la sociedad reacciona con desconfianza y desesperanza o, para colmo, con indiferencia. Debido a su inacción, individuos desinteresados se convierten en cómplices. Ninguna estructura democrática de reconciliación se mantendrá acertadamente sin la cooperación y participación de toda la nación. El proceso podría hacerse más dinámico y consolidado si se desarrollara con una visión compartida de futuro - y de responsabilidades. Para la ejecución de este trabajo se utilizó el método de enfoque dialéctico, el procedimiento monográfico y la técnica de investigación bibliográfica en fuentes secundarias.

PALABRAS CLAVE

Dictadura - comisión de la verdad – responsabilidad

ISSN 1851-3069

A RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE BRASILEIRA EM FACE AOS ATOS DE VIOLÊNCIA DE ESTADO PRATICADOS DURANTE O PERÍODO DE DITADURA - AO BRASIL FALTAM ESPÁRTACOS. E A PLEBE SEGUE CÚMPLICE ANTE AS ATROCIDADES DA ARENA

Por Roberta Marina Cioatto e Salete Oro Boff

RESUMO

A ocorrência de atos violentos posteriores ao término de regimes ditatoriais pode estar relacionada com transições democráticas pouco consolidadas. O êxito nesta tarefa é árduo, quanto mais em face de experiências traumáticas decorrentes de generalizada violência política, torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e outros atos desumanos - o que repercute por gerações. A dificuldade é ainda maior quando grande parte da sociedade reage com desconfiança e desesperança ou, pior, com indiferença. Devido à sua inação, indivíduos desisteressados convertem-se em cúmplices. Nenhuma estrutura democrática de reconciliação se manterá adequadamente sem a cooperação e a participação de toda uma nação. O processo poder-se-ia fazer mais dinâmico e consolidado se desenvolvido com uma visão compartida de futuro - e de responsabilidades. Para o desenvolvimento do presente trabalho utilizou-se o método de abordagem dialético e de procedimento monográfico e a técnica de investigação bibliográfica em fontes secundárias.

PALAVRAS-CHAVE

Ditadura - comissão da verdade - responsabilidade

ISSN 1851-3069

LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD BRASILEÑA ANTE LOS ACTOS DE VIOLENCIA DE ESTADO COMETIDOS DURANTE EL PERIODO DE LA DICTADURA - A BRASIL LE FALTAN ESPARTACOS. LA PLEBE SIGUE CÓMPLICE FRENTE A LAS ATROCIDADES DE LA ARENA [*]

Por Roberta Marina Cioatto[**] y Salete Oro Boff[**]

Dormia
a nossa pátria mãe tão distraída
sem perceber que era subtraída
em tenebrosas transações.
Vai Passar, Chico Buarque

Introducción

Actualmente, gran parte de los suramericanos viven, nacieron o crecieron bajo gobiernos autoritarios establecidos tras golpes de Estado[1] o ante la posibilidad de ello. La intolerancia a la diversidad y el propósito de imponer la homogeneidad son peculiaridades de los regímenes dictatoriales. Las dictaduras son "la negación de la política, la supresión de la multiplicidad de voces y el intento, siempre vano, de imponer una única voz, monocorde y autoritaria, correlato de un orden socio-cultural despótico, dedicado con fruición a impedir el funcionamiento de los cerebros." (ANSALDI, 2002: 2)

Restablecidas las democracias, se creía que las dictaduras estuvieran definitivamente enterradas. Resulta que en el mundo actual se siguen presentando ejecuciones y masacres en contra de disidentes políticos. ¿Será que en definitiva se mantienen lejos de nuestra realidad los crímenes de lesa humanidad y

[*] Este trabajo se ha elaborado desde debates celebrados en la cátedra Estado y Administración Pública del Programa de Posgrado en Derecho – Master y Doctorado – de la Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) impartida por el profesor Dr. Rogerio Gesta Leal.
Hay que fijarse en el doble sentido del vocablo "arena" en ese contexto. En 1965 el "Ato Institucional nº 2" (AI 2) eliminó en Brasil el pluripartidismo, y el "Ato Complementar nº 4" introdujo el bipartidismo. Así, en 1966 solamente existían dos partidos políticos en el país: la "Aliança Renovadora Nacional" (ARENA) y el "Movimento Democrático Brasileiro" (MDB). ARENA fue el partido político de sustentación del gobierno dictatorial militar brasileño y a causa de ello las autoras asociaron su nombre a las arenas romanas. Espártaco fue el gladiador que se enfrentó con sus opresores trayendo más esclavos a su rebelión.

[**] Maestranda en *Direitos Sociais e Políticas Públicas* por la *Universidade de Santa Cruz do Sul* (UNISC/Brasil) y en *Direito das Autarquias Locais* por la *Universidade do Minho* (UMINHO/Portugal). Línea de Investigación: Políticas Públicas de Inclusión Social. Grupo de Pesquisa: Desarrollo, Inovación y Propriedad Intelectual. Graduada en Economía. Abogada. *Juíza Leiga do Juizado Especial Cível da Comarca de São Marcos/RS/Brasil.* Correo electrónico: robertacioatto@gmail.com

[**] Pos doctora en Derecho por la *Universidade Federal de Santa Catarina* (UFSC). Docente del Programa de Posgrado en Derecho – Maestría y Doctorado – de la *Universidade de Santa Cruz do Sul* (UNISC). Línea de Investigación: Políticas Públicas de Inclusión Social. Profesora de la *Universidade Federal de Pelotas* (UFPEL), de la *Faculdade Meridional de Passo Fundo* (IMED) y del *Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo* (IESA).

[1] Perú en 1962, Brasil y Bolivia en 1964, Argentina en 1966, Chile y Uruguay en 1973.

ISSN 1851-3069

terrorismo de Estado? Quizás se habría que admitir el genocidio como una práctica aberrante y siempre presente, y las dictaduras como un riesgo inminente. La historia nos ha mostrado que las persecusiones son recurrentes entre los humanos y el convivir pacífico es una creación incompleta de los modernos.[2] (GONZÁLEZ, 2010: 505)

Hoy se establecen en Brasil "comisiones de la verdad" con el intento de consolidar la paz y prevenir actos violentos, tras un periodo de terrorismo de Estado. Como mecanismo de justicia transicional, buscan fortalecer la cultura democrática de respeto a los derechos humanos y fundamentales. La democracia brasileña ha sido instituida bajo una política de olvido, sin que se pudieran concretar los derechos a la verdad y a la memoria. Sin la toma de conciencia de que esta realidad la ha incorporado su sociedad, el riesgo de que se repita el terrorismo de Estado no está lejos. Sería también una lástima si la comisión de la verdad no cumpliera su rol fundamental.

1 La responsabilidad de la sociedad

> El jefe de policía recibe de sus superiores la orden de eliminar a uno de los habitantes del pueblo. El caso no debería ofrecer mayores dificultades, salvo por algunas cuestiones prácticas: ¿Cómo mantener en secreto el asesinato de un vecino conspicuo en un pueblo donde todos se conocen? ¿Cómo desanudar la trama de relaciones en la que el jefe de policía y la víctima se hallan inextricablemente involucrados? ¿Cómo, en suma, llevar adelante una versión pueblerina del crimen perfecto?
> Veinte años después, el protagonista vuelve al pueblo de su madre y sus abuelos, el de los veranos de su infancia, con el propósito de escribir una novela sobre la desaparición de Ezcurra. Recorre casa por casa, recogiendo testimonios. Las voces de sus interlocutores, voces que niegan o que confirman, que se acusan o acusan a otros, que se retuercen sobre sí mismas en su esfuerzo por encontrar la verdad o por huir de ella, y que en sus ecos y entrecruzamientos van dibujando la figura de un secreto compartido que todos tratan de evitar y al que por eso no pueden dejar de aludir. Y llegará el punto en que deba admitir que la historia que le cuentan es, también, la suya propia.
> (Extracto adaptado de la reseña de libro *El Secreto y las Voces* de Carlos Gamerro)

En Brasil, el número de personas afectadas en sus derechos por el ilegítimo ejercicio de violencia de Estado practicado en el periodo dictatorial todavía es desconocido, aunque se estime un total de más de cinquenta mil.[3] La *Comissão de Anistia* declara haber formado setenta mil expedientes individuales (ABRÃO; CARDOSO, 2012: 14) y el país espera a los datos oficiales finales, especialmente respecto a los muertos y desaparecidos.[4]

[2] "Perseguições e assassinatos são uma das características recorrentes na história da humanidade. A convivência pacífica entre os povos foi uma criação, apenas parcialmente realizada, da modernidade." (GONZÁLEZ, 2010: 505)
[3] http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-02-25/ditadura-militar-violou-direitos-de-50-mil-pessoas-diz-comissao-nacional-da-verdade
[4] Los números presentan variaciones entre los historiadores justamente por el hecho de que todavía no se han verificado todos los acontecimientos ocurridos en el periodo de la dictadura brasileña. (RAMOS, 2012)

ISSN 1851-3069

El terrorismo de Estado brasileño se produjo en las detenciones, en las cárceles, en el exilio, en las torturas, en la clandestinidad, en las desapariciones, en las muertes. Sin embargo, para la sociedad, con excepción de las víctimas y sus familias, esta realidad parece no haber existido.

Para Bauman, la calidad de las instituciones actuales y la de las anteriores al holocausto es la misma. Según dice, se ha mantenido la adecuación de las conductas y los modelos de interacción considerados y aceptados como normales, y las personas cuyas acciones ellas mismas han institucionalizado no se desvían de estándares normales establecidos. Desde su perspectiva de modernidad, el autor asegura haber sido la indiferencia de la población la gran protagonista, pues la mayoría prefirió cerrar los ojos, taparse los oídos y ponerse una mordaza en la boca. La exterminación no estuvo acompañada de agitación emocional, sino de un silencio mortal de indiferencia. (BAUMAN, 1998: 95-97)

La referencia al exterminio judío que se hace aquí no es para comparar hechos distintos, sino tiene el propósito de recordar que no se esperaba ninguno de estos hechos y que cualquiera puede repetirse bajo la perspectiva del desinterés de la población.

Carrion asimismo dice que el régimen dictatorial brasileño no fue una creación de “hombres malos”. A su turno, todavía, hace responsable al sistema, en una fuerte posición anticapitalista. Para él, las dictaduras se las instituye con el intento de mantener la dominación económica y sofocar a las movilizaciones sociales.

> [...] o regime militar não foi criação de "homens maus". Foi criação de um sistema de exploração em crise que, para manter-se, precisou assumir uma forma totalitária e repressiva. Expressão disso é a participação de prestigiadas multinacionais e proeminentes líderes empresariais no financiamento e na sustentação da ditadura e de seus aparelhos de repressão e tortura – como a Operação Bandeirantes. Sistema econômico e social que, enquanto não for superado definitivamente, gerará novos monstros. (CARRION, 2010: 49)

Valdez, al presentar la transición de los años de violencia y graves conflictos internos en Argentina, sostiene que uno de los factores de éxito en su país ha sido darles seguimiento a las demandas de la población. La verdad se encuentra en la sociedad y se la puede evidenciar si hay un sector interesado en traerla a la luz. La dinámica argentina[5] que comenzó con vitalidad en el año de 1996 no se detuvo, permitiendo el progresivo conocimiento social acerca de lo sucedido. El análisis del periodo muestra un conjunto dinámico de actores políticos que impidieron que la sociedad argentina se mantuviera indiferente a los hechos del pasado. Lo importante es la presencia constante del tema y el posicionamiento de la sociedad frente a esa relación, imaginando las tensiones no como meras relaciones en conflicto, sino como constructoras de una lógica democrática de gobierno. (VALDEZ, 2005: 107-108)

[5] Durante todo el año 1996, aniversario de 20 años del golpe de Estado se multiplicaron en el país hermano protestas, actos de homenaje a las víctimas, discusiones en las cátedras, exposiciones, documentales y películas respecto a los años de violencia anteriores e inmediatamente posteriores a la interrupción del orden constitucional. Los recuerdos de estos tiempos oscuros fueron los ejes contrales de todas las manifestaciones desarrolladas en los más diversos sitios.

ISSN 1851-3069

> El recorrido que hemos hecho hasta aquí, tiene el objetivo de mostrar que Argentina es el país de América Latina que ha experimentado desde 1983 la casi totalidad de las opciones conocidas en el tratamiento judicial y social de su pasado de violaciones a derechos humanos cometidas por regímenes de facto. Esto ha sido posible por una combinación privilegiada de acciones promovidas por el movimiento de derechos humanos – que jugó un rol central en la transición a la democracia y continuó luego incidiendo en favor de acciones gubernamentales para lograr justicia y verdad –; por un uso inteligente de la vía judicial desde los primeros momentos en que el terrorismo de Estado comenzó a devastar el país hasta nuestros días; por acciones gubernamentales que posibilitaron avanzar en la búsqueda de la verdad y por una sociedad que – aunque con altibajos – globalmente acompañó estas demandas.
> Si hacemos el ejercicio de recuperar y nombrar a los actores individuales e institucionales, que desde la sociedad civil impulsaron y trabajaron para el éxito de algunas de las medidas antes mencionadas y se opusieron a las decisiones que truncaban el camino de la verdad y la justicia, tendremos una red social que, si bien atravesó momentos desiguales de relevancia, actuó sin pausa y con significativo protagonismo durante todos estos años. Desde el inicio de la campaña electoral para el retorno a la democracia, el tema de los graves abusos a los derechos humanos y sus devastadoras consecuencias fue, por momentos, el centro de demandas y reclamos sociales; produjo asimismo hechos políticos relevantes: precipitó decisiones presidenciales, marcó comportamientos judiciales, reacciones en las Fuerzas Armadas, sublevaciones de sectores militares y conflictos con los sectores que les prestaron sustento ideológico. (VALDEZ, 2005: 107-108)

En un país que tiene la impunidad como un rasgo peculiar y donde el silencio aún impera, es esencial que se conozca y que no se olvide su pasado dictatorial y que todos participen en este proceso.

2 La verdad, el olvido y la memoria

La memoria despierta para herir
a los pueblos dormidos
que no la dejan vivir

Todo está cargado en la memoria,
arma de la vida y de la historia.
La memoria apunta hasta matar
a los pueblos que la callan
y no la dejan volar

libre como el viento.
La memoria, Leon Gieco

Dicen que la historia es siempre la versión de los vencedores, que una mentira se oficializa y pasa a ser verdad. Por eso se dice que quien tiene el poder, construye la verdad.

La complejidad y la pluralidad de verdades es un tema importante, ya que las diferentes partes tienen sus propias versiones, a veces conflictivas con lo que realmente sucedió. Los hechos, se los puede considerar verdaderos frente a algo que uno crea en el momento, o que limitadamente conozca. La interpretación que se haga acerca del pasado puede tomar muchas formas, lo que requiere una atención especial con respecto a situaciones de violencia política producidas en la represión. La memoria tiene sus

ISSN 1851-3069

peligros, pues la podrán utilizar distintos grupos y para sus propios intereses. Las dictaduras intentaron manipular, distorsionar, omitir, transformar los hechos e indicios acerca de lo que realmente ocurrió.

> [...] Si bien las interpretaciones unívocas de la historia son improbables, ello no significa que no se pueda alcanzar un momento en donde los hechos ocurridos ya no se cuestionen, aunque no haya acuerdo respecto a por qué los hechos han sucedido de un modo u otro, o respecto a las responsabilidades que le cabe a cada cual en la historia. En este sentido, no se trata de una elaboración única de la memoria, sino de distintas memorias que se construyen, articulan, compiten y transforman de manera dinámica. Y no sólo en sus elementos y relaciones, sino también en sus sentidos y objetivos. Como veremos a continuación, el estatuto de la memoria se juega en luchas permanentes por el reconocimiento y la legitimidad de las narrativas que ellas conforman. (KREFT; SAUX; LAUZÁN, 2011: 15)

Para Sylvas, memoria se relaciona con recuerdo, pero recuerdo se emplea para nombrar el hecho de recordar y memoria designa la facultad de recordar. La memoria es una selección, es la retención de los hechos cuyo término final es el recuerdo. Algunos sucesos ganan prestigio, otros, olvido. Sin embargo, la memoria no se opone al olvido. El conflicto se produce entre conservación y supresión, una manipulación ideológica de la memoria que a la vez impone la historia oficial. (SYLVAS, 2011)

En una definición genérica, "la memoria es la capacidad de conservar determinada información." En un sentido general, la memoria de un determinado grupo social se conserva en archivos, en museos. Así, la memoria colectiva se ubica en dos planos diferentes, el del poder y el de los dominados. "Es decir, hay una confrontación". (ANSALDI, 2002)

Memoria constituye una forma de traer al presente momentos individuales que repercuten en lo colectivo. En este momento, el tema se instala entre los suramericanos y, como identidad democrática, parece empezar a ganar fuerzas en Brasil.

> El debate de la memoria se instala en América Latina una vez que toman forma las transiciones en el Cono Sur para seguir luego en diferentes áreas de la región. Mediante un eje articulador se fue imponiendo un debate zigzagueante, de impulsos y frenos y, por qué no, una pugna en el espacio público en el que se busca construir una memoria del horror acontecido, de las diferentes formas en que fueron violados los derechos humanos, determinando la verdad sobre las víctimas. Al mismo tiempo se van construyendo relatos de las distintas cotidianidades, de las multifacéticas experiencias de aquellos años. (BIELOUS, 2007)

Sin embargo, los brasileños no están preparados para manejar el tema, tampoco tienen madurez sobre esos conceptos, pues no hay en el país una tradición en esas cuestiones:

> [...] não há no país uma tradição acadêmica e mesmo governamental no manejo destas questões em termos sistemáticos e operacionais, carecendo mesmo de maturação conceitual adequada, razão pela qual se impõe algumas reflexões estruturantes sobre as condições e possibilidades geracionais de políticas públicas de Estado (e não só de Governo) sobre memória enquanto instância cívica de formação da cidadania à Democracia. (LEAL, 2012a)

ISSN 1851-3069

Shilling dice que hay diferencias entre la memoria en Brasil, en Argentina y en Uruguay, y que el tema también se define por las especificidades de cada país. En Brasil, una sistemática construcción del olvido sería típica, mientras que en Argentina existiría una extraña "obsesión" por la memoria:

> Por isso, não falo de "falta de memória", não uso esse termo, porque na verdade a questão que identificamos e que nos desafia é a da construção do esquecimento existente no Brasil. Essa construção do esquecimento é sistemática, é uma característica muito importante neste país. Também me incomodou o que, talvez, pudesse chamar de obsessão pela memória na Argentina. (SHILLING, 2010)

La autora imagina a la memoria como un rompecabezas constituido de piezas, fragmentos y pedazos. Sin embargo, encamina sus estudios al concepto uruguayo de memoria justificándolo por el hecho de haber estado allá detenida y porque considera que la mitad de su vida está conectada a ese país.[6]

Hay una memoria individual y una memoria colectiva, ambas en diálogo e interacción. No se trata de memoria, sino de memorias, se dice. El proceso de construcción de la memoria se relaciona con las dos, con la recuperación de un pasado histórico en defensa de los derechos humanos:

> ¿Por qué esto es importante? Porque la memoria es un componente esencial de la identidad, individual y colectiva. La construcción de la identidad individual es un proceso por el cual cada uno de nosotros, consciente o inconscientemente, recorta memoria y olvido. La construcción de la identidad social no tiene exactamente las mismas características: en ella hay un juego de poder, en el cual optar por ciertos elementos de la memoria y dejar otros en el olvido tiene una lógica y una racionalidad claramente orientadas en una sola y única dirección. (ANSALDI, 2002)

Lo que pasa es que la sociedad brasileña se encuentra todavía bajo su "política de olvido" que ha empezado con su ley de amnistía. Una de las consecuencias de ese olvido es el riesgo de la repetición de la violencia. Eso se puede constatar en el uso de la tortura como procedimiento de investigación y su aprobación de parte de la opinión pública y asimismo las degradantes condiciones a las que son sometidos los prisioneros en las cárceles brasileñas sin que a nadie le importe. (RAMOS, 2012) Además, hay la típica apatía brasileña por la política.

Aunque el derecho a la verdad no haya sido objeto de ninguna convención internacional específica, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas aporta a las víctimas el derecho a saber la verdad. Resoluciones e informes de las Naciones Unidas preparados por expertos independientes también contienen declaraciones explícitas sobre el derecho a la verdad. (GONZÁLEZ; VARNEY, 2013)

El derecho a la verdad – reconocido explícitamente como respuesta a las desapariciones forzadas, se aplica también a otras violaciones graves. Algunos de sus aspectos se van aceptando de forma creciente a nivel internacional: incluyen el derecho a una investigación efectiva, conocer las circunstancias

[6] Para hablar de memoria, la autora se sirve de "Funes, El Memorioso", del argentino Jorge Luis Borges, cuento que le llegó a manos durante su estadía en la cárcel.

ISSN 1851-3069

en las que ocurrieron las violaciones a los derechos humanos. (OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS)

Algunas cortes nacionales también han afirmado el derecho a la verdad, como la Corte Suprema de Argentina en el caso "Simón" y el Tribunal Constitucional de Perú en el caso "Villegas Namuche". En Colombia, la Corte Constitucional en el caso "Ley de Justicia y Paz" afirmó que ni siquiera la prioridad política de contribuir a la desmovilización de los grupos armados ilegales hacía desaparecer la obligación del Estado a buscar la verdad sobre los desaparecidos. (GONZÁLEZ; VARNEY, 2013)

La Comisión y la Corte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han confirmado que el derecho a la verdad se encuentra establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En una serie de casos ha ratificado ese derecho, sosteniendo que: el derecho a conocer la verdad con respecto a los hechos que dieron lugar a las graves violaciones de los derechos humanos que ocurrieron, así como el derecho a conocer la identidad de quienes participaron en ellos, constituye una obligación que el Estado deberá satisfacer por respeto a los familiares de las víctimas y la sociedad en general. El derecho a la verdad es un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad acceder a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y a la vez un derecho particular para las víctimas y familiares. Se relaciona también con establecer el derecho a contar con un recurso sencillo y rápido para la protección de los derechos consagrados. Independientemente del problema de las eventuales responsabilidades, toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho a conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que los delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. (CASO Nº 10.488, ELLACURIA *VERSUS* El SALVADOR, PÁRAFOS 223 Y 224)

3 Justicia transicional y comisiones de la verdad

La justicia transicional y las comisiones de la verdad son mecanismos para afrontar a la herencia de violaciones de derechos humanos derivadas de gobiernos autoritarios. Surgen, precisamente, en un contexto de transición de un régimen dictatorial hacia la democracia que le sigue, buscando crear una conciencia de lo que se conoce hoy como *la cultura del nunca más*. "La justicia transicional puede ser definida como la concepción de justicia asociada a periodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar a los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores." (TEITEL, 2003)

Aunque no existen evidencias de que contribuye a la reconciliación y consolidación de la democracia, busca apurar la historia y reconstruir la memoria con el fin de transformar el presente. "Actualmente, el discurso está dirigido a preservar un estado de derecho mínimo identificado principalmente con la conservación de la paz." (TEITEL, 2003) Dichas iniciativas, visadas por entidades como las Naciones Unidas (ONU) y la Organización de los Estados Americanos (OEA), se consideran estratégicas para evitar el sentimiento de impunidad.

ISSN 1851-3069

Las comisiones de la verdad se emprenden en la búsqueda de la paz y la prevención de la violencia. Oficialmente facultadas por el Estado, son uno de los mecanismos más utilizados para conseguir el establecimiento de la verdad y para avanzar en los procesos de reconciliación, "no son cuerpos judiciales ni deben considerarse como sustitutos de los juicios penales. Son entidades temporales que investigan patrones de abusos y violaciones de derechos humanos y normas humanitarias cometidos en un periodo de tiempo." (IDEA, 2005: 39)

"Una comisión de verdad es un organismo oficial, habitualmente creado por un gobierno nacional para investigar, documentar y divulgar públicamente abusos a los derechos humanos en un país durante un período de tiempo específico." (TEITEL, 2003: 11) "El propósito de las comisiones de la verdad debe ser comprender los orígenes del conflicto pasado y los factores que permitieron la perpetración de los abusos, y hacerlo, de tal manera, que ello repercuta en favor de las víctimas y que tome en consideración una amplia gama de perspectivas." (HAYNER, 2006)

Cada comisión tiene características bastante diferentes: debe tomar en cuenta la realidad y las posibilidades de su entorno particular.

En su carácter de organismos temporales de asesoramiento a los gobiernos oficialmente investidos de poderes de identificación y reconocimiento, las comisiones de la verdad son ampliamente utilizadas como una forma de aclarar el pasado histórico de arbitrariedades cometidas. Sin embargo, son solamente uno de los muchos elementos de reconciliación. Las comisiones de la verdad no tienen el poder de enjuiciar, pero muchas han recomendado la realización de juicios y algunas han compartido sus archivos con las fiscalías. Otras han optado por dar a conocer públicamente los nombres de las personas que, según sus conclusiones, eran responsables de violaciones específicas. "Ello puede plantear cuestiones muy difíciles en cuanto a las garantías procesales. El procedimiento estándar es permitir a los acusados que respondan a los cargos en su contra, sea por escrito o en entrevistas privadas, antes de que la comisión los nombre en público. (HAYNER, 2006)

Entre los potenciales beneficios enumerados por el Instituto Internacional para la Democracia y Asistencia Electoral (IDEA) se encuentran: establecer un registro detallado, imparcial y oficial, que contrarreste otras versiones parcializadas; promover que los perpetradores asuman su responsabilidad; integrar a las víctimas en el proceso de transición, ayudándolas a cerrar heridas; estimular el debate público de los aspectos morales, políticos y legales que se deberán tomar en cuenta durante un proceso de transición; recomendar programas de reparación por abusos del pasado y por los daños psicológicos, físicos y económicos persistentes; recomendar las reformas legales e institucionales necesarias; promover la tolerancia y el entendimiento al permitir que las partes en conflicto compartan sus sufrimientos y aflicciones, y recomendar medidas para la reintegración de aquellos que cometieron delitos; iniciar la transición hacia un futuro más abierto, democrático y pacífico.

> Lo atrayente de este modelo es su capacidad para ofrecer una perspectiva histórica más amplia, en lugar de meros juicios para casos aislados. Las comisiones de verdad son preferidas en los casos donde el régimen predecesor

ISSN 1851-3069

> hizo desaparecer personas u ocultó información sobre su política persecutoria, como fue el caso típico en Latinoamérica. (TEITEL, 2003: 11)

Dentro de las comisiones de la verdad instituidas se apunta a la de Argentina como la de más alta expresión. Argentina está considerada como el país que más adelante ha llevado las discusiones que siguieron acompañadas de movilizaciones populares exigiendo la investigación de los hechos y la condena de los culpables.

Dicen que mientras Brasil discutía su "Diretas Já"[7], los argentinos creaban comisiones.

En Brasil, la búsqueda por explicaciones comenzó con grupos de familias de diferentes partes del país que empezaron a denunciar la tortura y otras condiciones a las que eran sometidos los encarcelados, así como las muertes y desapariciones[8] de sus familiares, lo que fue condensado en el informe "Nunca Mais". A pesar de que sectores conservadores de la Iglesia puedan haber apoyado al régimen, [9] todavía se considera importante la contribución de sus sectores de base en contra de la represión. El apoyo de algunos legisladores y grupos de derechos humanos también se ve como de relieve.

Silva (2011) afirma que movimientos por la amnistía se originaron ya en la primera[10] fase de la dictadura militar.[11]

La Ley 6.620/78,[12] que define los crímenes contra la seguridad nacional, su procedimiento y juicio (revocada por la actual 7.170/83) mostró señales de "enfriamiento de la dictadura", continúa Silva,

[7] *Diretas Já* fue un movimiento civil ocurrido en Brasil en 1983-1984, el que tenía como objetivo el restablecimiento de la democracia y elecciones directas para Presidente del país.
http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/tv/programa/17-DIRETAS-JA-20-ANOS.html

[8] El dossier *Nunca Mais* presenta la distinción entre los términos *morto oficial* y *desaparecido*. El primero lo reconoce el Estado, mientras que el segundo se utiliza para "establecer la condición de aquellos que, a pesar de que hayan sido secuestrados, torturados y asesinados por los órganos de represión, sus arrestos y sus muertes no son asumidos por las autoridades gubernamentales. Se consideran fugitivos, siendo que las familias buscan aclarar no sólo las circunstancias de las muertes, sino también localizar los restos mortales.

[9] http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-11-08/comissao-da-verdade-comeca-analisar-atuacao-das-igrejas-na-ditadura-militar

[10] En 1965, el lanzamiento de un manifiesto a favor de la amnistía, impulsado por la pérdida de los derechos políticos de muchos intelectuales y personalidades. Otro, en 1966, lanzado por la "Frente Ampla", firmado por Carlos Lacerda, João Goulart y Juscelino Kubitschek. En 1968, el año de intensificación de la represión con la institución del *AI*-5, el movimiento había alcanzado repercusión popular. En 1975, la creación del Movimiento Femenino por la Amnistía. En 1976, la publicación de un dossier en Lisboa por el *Comitê Pro-Amnistia Geral no Brasil* y la aprobación de una moción por la amnistía, durante la 28 ª Reunión Anual de la Sociedad Brasileña para el Progreso de la Ciencia (SBPC), en Brasilia. En 1978, la fundación, por iniciativa del *Movimiento Femenino por la Amnistía*, del *Comitê Brasileiro pela Anistia*, con sede en la Asociación Brasileña de Prensa (ABI). Poco después, la creación de nuevos comités de amnistía en todo el país, a los que se han unido organizaciones como la *Ordem dos Advogados do Brasil* (OAB), la Asociación Brasileña de Prensa (ABI) y la Conferencia Nacional de Obispos de Brasil (CNBB).

[11] La historia política brasileña durante la República, se la puede dividir en cuatro grandes periodos: la *República Velha* (1889-1930), de dominación oligárquica y prácticas políticas minoritarias (elitistas) y restrictivas; el de la política de masas (1930-1964), con dos subperiodos, uno autoritario (1930-1945), cuya máxima expresión es el *Estado Novo* (1937-1945), y otro democrático (1945-1964), caracterizado por el populismo; el de la dictadura militar (1964-1985), con su decisión de institucionalizar un nuevo Estado, fundado en los principios de la doctrina de la seguridad nacional y de crear, después de vacilaciones y oscilaciones, un sistema bipartidista que finalmente se vuelve pluripartidista; el de construcción de la democracia política (1985-1994). (ANSALDI, 1995)

[12] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6620.htm

ISSN 1851-3069

cuando redujo las penas y revocó la antigua *Lei de Segurança Nacional* (*Decreto-lei* 898/69)[13]. En la misma oportunidad se revocó el *Decreto-lei* 975/69[14] y la Ley 5786/72[15].

Precedida de huelgas de hambre en varias cárceles del país, (SILVA, 2011) en 1979 se promulgó la Ley 6.683[16] que concedía la amnistía. Promulgada en un periodo en el que los militares aún estaban en el poder, rechazó las protestas de los perseguidos políticos: no contempló las movilizaciones de oposición al régimen, entendidas como hechos de terrorismo ("prácticas encuadradas en actos de exceso, como crímenes de sangre, que solamente contemplaban a aquellos individuos que no habían sido previamente condenados por la dictadura, que todavía duraría casi seis años más.") (MEZAROBBA, 2010). Exceptuaba de los beneficios, por lo tanto, a aquellos que habían sido condenados por la práctica de crímenes de terrorismo, robo, secuestro y ataques personales y tampoco estaban incluidos los prisioneros de la lucha armada. Aunque se la entienda como una victoria política, la ley siguió recibiendo críticas.

Para toda actividad de lucha armada había un dispositivo legal en la Ley de Seguridad Nacional y, por ello, los guerrilleron no serían beneficiados por la Ley 6.683/79. Silva, quien abogaba durante aquellos años, explica: con la reforma de la Ley de Seguridad Nacional en 1978, se redujeron significativamente las penas y, aplicándose retroactivamente la ley más beneficiosa, se dio la falsa idea de que la amnistía había alcanzado a los presos políticos y guerrilleros. Sin embargo, el hecho de que habían sido puestos en libertad no significaba que se los había amnistiado. A diferencia de los que regresaban del exilio, les quitaron a los presos políticos sus derechos políticos por diez años. Por lo tanto, la inconformidad se justifica en vista de la exclusión de los condenados por los llamados "crímenes de sangre" mientras que se han beneficiado a los agentes que practicaron la tortura en contra de los opositores al régimen, en una verdadera "autoamnistía". La ley tampoco preveía la localización de los desaparecidos políticos y la identificación de los muertos por la represión estatal. (SILVA, 2011)

> Depois do fim do regime militar instaurado em 1964 vivemos, no Brasil, num curioso estado de faz-de-conta, exemplificado pela anistia geral dada a vencidos e vencedores. Buscava-se um "desarmamento dos espíritos" (frase muito usada na época, mas inadequada: não foram exatamente espíritos armados que nos dominaram durante 20 anos), mas o verdadeiro objetivo era fingir que nada tinha acontecido. Assim os militares voltaram para as casernas sem remorso ou desculpas, os civis que os apoiaram continuaram suas carreiras políticas sem atos de contrição, as vítimas sobreviventes do regime refizeram suas vidas e - a ideia era esta - não se falava mais nisso. Mas havia as memórias. Durante estes últimos anos o país conviveu com duas histórias, a oficial, a do deixa pra lá, e a da memória das pessoas. Com o tempo este desencontro se agravou. A memória aguçada - assim como a cobrança dos que reivindicam a verdade apenas para saber onde alguém foi enterrado - exige o fim do faz-de-conta.
> E afinal, mesmo aceitando-se a realidade que são os vencedores que contam a história, a exigência não muda. O fim do regime militar foi uma vitória de uma

[13] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0898.htm
[14] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0975.htm
[15] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5786.htm
[16] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm. Y alteraciones por la ley nº 10.559/02: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10559.htm#art22

ISSN 1851-3069

> democracia imperfeita e até agora não consolidada, mas democracia. O que se quer é a versão democrática da história do Brasil. (VERÍSSIMO, 2010b)

Desde abril de 2010, los juristas brasileños se dan por insatisfechos, a la vez que consideran contraria a la actual concepción de los derechos humanos el fallo del Supremo Tribunal Federal acerca de la *ADPF* 153, que no excluyó de la amnistía la tortura y los crímenes del artículo 5º, inciso XLIII, de la Constitución Federal.[17]

4 La Comisión de la Verdad de Brasil y otras políticas

La creación de la *Comissão Nacional da Verdade* de Brasil (Ley nº 12.528/11)[18] puede ser vista como una respuesta a la reciente presión internacional en contra de la resistencia del país a apurar los crímenes del periodo militar – en 2010, Brasil fue condenado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos[19] por no haber apresurado a los responsables de las muertes y desapariciones forzadas ocurridas en la *Guerrilha do Araguaia*.

Su informe final tiene la intención de reagrupar, en un único documento de versión oficial, la verdad sobre la dictadura en el país. Hasta entonces, los producidos están limitados a los hechos por la sociedad civil:[20] El *Dossiê dos Mortos e Desaparecidos* – preparado por las familias de las víctimas y la investigación *Brasil Nunca Mais* realizada por la *Arquidiocese de São Paulo*[21]. En el ámbito estatal, la *Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos* (Ley 9.140/95)[22], la *Comissão de Anistia do Ministério da Justiça* (2002) y el *Programa Nacional de Direitos Humanos* - PNDH3 (Decreto 7.037/09[23] alterado por el Decreto 7177/10).

La *Comissão Nacional da Verdade* de Brasil tendría que terminar sus trabajos en mayo de 2014. Sin embargo, ha pedido más plazo. En un evento público ocurrido el 21/05/13, presentó un informe parcial de sus actividades respecto a los últimos doce meses de trabajo.[24] Claudio Fonteles, miembro de la

---

[17] Art. 5º: " Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;"

[18] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm

[19] http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf

[20] http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=17&sid=4

[21] http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/Dossie%20mortos%20e%20desaparecidos%20politicos.pdf

[22] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9140.htm

[23] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm

[24] http://www.cnv.gov.br/images/pdf/cnv_parcial.pdf

ISSN 1851-3069

comisión, ya ha escrito algunos textos en base a los documentos analizados, los cuales se encuentran en el sitio de la comisión.[25]

Negligente en el aclamiento de los hechos y en la identificación de los agentes, el país celebró la responsabilidad del Estado, indemnizando a víctimas y familiares.[26] Típica amnistía "en blanco". (MARQUES, 2012)

Además de firmar compromisos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Decreto 592/92)[27] y el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Decreto 6085/07)[28], se tomaron otras medidas: en 1988, el artículo 8 de los ADCT (actos de las disposiciones constitucionales transitorias) estableció la amnistía a las víctimas de persecución política a partir de 1946; la Ley 8.159/91[29] (alterada por la Ley 12.527/11) establece la política nacional de archivos públicos y privados, regulada por el Decreto 4073/02[30]; la Ley 9.140/95 (alterada por las leyes 10.536/02[31] y 10.875/04[32]) reconoce a las personas desaparecidas que estuvieron detenidas por funcionarios públicos ante la acusación de participación en actividades políticas en el periodo del 02/09/61 al 05/10/88 como muertas; la Ley 10.559/02[33] reglamenta el art. 8 de los ADCT, crea la *Comisssão de Anistia*, reglamenta la condición de persona amnistiada y las reparaciones económicas; el Decreto 5.584/05 trata de reunir en el Archivo Nacional los documentos públicos producidos y recibidos por los extintos Consejo de Seguridad Nacional (CSN), Comisión General de Investigaciones (CGI) y Servicio Nacional de Informaciones (SNI) que estén bajo la custodia de la *Agência Brasileira de Inteligência* (ABIN); fue creado el *Centro de Referência das Lutas Políticas em Brasil - Memórias Reveladas* (1964-1985) y su Comisión de Altos Estudios; la *Portaria Interministerial* 205/09 prevé la realización de una convocatoria pública para la presentación de documentos o informaciones producidas o acumuladas en el régimen político que se encuentren bajo la posesión de empleados públicos y el personal militar.

Se destaca también la divulgación de documentos públicos a través del portal Memorias Reveladas; la Ley 12.527/11[34], que regula el acceso a informaciones (reglamentada por el Decreto 7.724/12)[35]; y el Decreto 7.845/12[36] para el tratamiento de la información clasificada como confidencial.

---

[25] http://www.cnv.gov.br/index.php/publicacoes/177-textos-de-claudio-fonteles

[26] La Comisión de Amnistía creada por *Medida Provisória*, convertida en la Ley 10.559/02, juzgó hasta 2009 casi 55.000 casos, examinó más de 60.000 solicitudes de reparación moral y económica. Se estima el coste del programa de reparaciones brasileño en más de 3 millones de reales y es considerado por muchos uno de los más costosos de América Latina y del mundo.

[27] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm

[28] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6085.htm

[29] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8159.htm

[30] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8159.htm

[31] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10536.htm#art1

[32] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.875.htm#art1

[33] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10559.htm

[34] http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/lei_12527.pdf

[35] http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/dec_7724.pdf

ISSN 1851-3069

En la ejecución de las políticas públicas de memoria funcionan dos organismos del Ministerio de Justicia: la Comisión de Amnistía y el Archivo Nacional. La primera delibera sobre solicitudes y aprecia pedidos de reparación, cuenta con más de 70 mil expedientes individuales y firmó acuerdos de cooperación con comisiones locales. El Archivo Nacional reúne la documentación federal (incluida la del antiguo SNI) y desarrolla acciones para disponibilizarla libremente, con proyetos para estimular la investigación y difusión de información. Para integrar la colección del Centro de Referencias Memorias Reveladas, se está repatriando el trabajo de denuncias hechas en los años 70 por la Fundación italiana Lelio y Lisli Basso. Desde el 01/04/13 están abiertos los archivos y ficheros del extinto Departamento Estatal de Orden Política y Social de São Paulo, el DEOPS,[37] considerado uno de los más importantes aparatos de represión del país.

Otras políticas también se pueden considerar: el Proyecto Derecho a la Memoria y la Verdad (respecto al registro de muertos y desaparecidos); las Caravanas de Anmistia (juicios públicos itinerantes y que presentan disculpas oficiales); las *Clínicas do Testemunho* (para asistencia psicológica a las víctimas); el *Projeto Marcas de Memória* (que selecciona y financia proyectos culturales, artísticos y científicos en el tema); los Caminos de la Resistencia - mapeo y demarcación de los sitios de las acciones históricas.

En 2012, el Senado devolvió - simbólicamente - el mandato de ocho senadores privados de sus derechos durante el régimen militar, así como lo hizo la Câmara de Diputados a 173 diputados.[38]

5 La verdad como reconciliación y para la construcción de una comunidad responsable – los retos brasileños

La verdad encerrada en el informe que será elaborado por la Comisión Nacional de la Verdad de Brasil, busca retratar la verdad oficial ofrecida al país respecto a las violaciones de derechos humanos que figuran en los documentos dados a conocer y promover la reconciliación.

¿Qué significa la reconciliación en el contexto de la reconstrucción de la paz? ¿Depende ella de la eliminación de los conflictos o de complejos procesos de reconocimiento?

De un lado están los que consideran fundamental el castigo judicial a los culpables - si el daño es irreparable, es por lo tanto, inexcusable. De otro, los que luchan por la reconciliación entre víctimas y victimarios.[39]

Para los que comparten la primera posición, las partes no estarían dispuestas a establecer lazos de confianza y solidaridad. Las autoridades no podrían perdonar en nombre de las víctimas, tampoco

[36] http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/decreto_7845.pdf
[37] www.arquivoestado.sp.gov.br
[38] http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-12-20/senado-devolve-mandatos-de-oito-senadores-cassados-pela-ditadura
[39] Incluso cuando fue investida con la autoridad gubernamental, la justicia transicional, realizada a través de las comisiones de verdad, frecuente y básicamente se convirtió en un vehículo para que las víctimas se reconciliaran y se recuperaran del daño sufrido en el pasado, muchas veces a través de la asesoría y la ayuda de varios actores no estatales. La justicia transicional se convirtió en una forma de diálogo entre las víctimas y sus victimarios. (TEITEL, 2003: 13)

ISSN 1851-3069

imponer el perdón, sino incentivar acciones privadas hacia estos procesos. Para los del segundo grupo, desconfianza y desilusión crecerían con la falta de juicios o con amnistías, con las formas de olvido y perdón propuestos. En ese sentido, la reconciliación nacional, al poner fin al pasado, tal vez salvara al Estado, pero no necesariamente a la sociedad. (FERREIRA, 2012)

Y ¿qué pasa con la conciliación de sectores que nunca estuvieron conciliados? El establecimiento de la verdad permitiría que las víctimas contaran su historia, a menudo denegada por la versión oficial. La verdad, por sí misma, lograría traer la reconciliación, dicen. [40] Sucede que, en virtud de este pensamiento, también se puede estar poniendo énfasis en la verdad de las víctimas como el único criterio de verdad.

La forma de presentar el pasado ilustra la memoria de uno de los actores del drama, el reprimido. Sin embargo, no se puede defender eficazmente la verdad omitiendo partes de la historia. Hay que llevar en cuenta el contexto en el que se produce un suceso, sus antecedentes y sus consecuencias, evaluar las ideologías que se enfrentaron, lo que Todorov llama juicio equitativo. En ese sentido, la investigación de los hechos con la participación de toda la sociedad es fundamental para la construcción de la verdad.

El gran conflicto de Brasil es cómo seguir frente a los informes obtenidos y cómo consolidar la democracia ante la memoria y verdad alcanzadas. La sociedad debe ser informada, sensibilizada y *responsabilizada*, pues toleró y nada hizo para impedir aquellos hechos violentos. Los tiempos sombríos de violencia de Estado tuvieron sus noches duraderas también frente al permisivo silencio de buena parte de la población de aquellos periodos existiendo todavía un vacío público muy grande de sensibilación que necesita ser ocupado (LEAL, 2012b).

Es esencial que sea imparcial para que pueda ser aceptada e incorporada a la memoria histórica del país. La idea de una "única verdad" asume el riesgo de constituirse ella misma en una forma parcial y autoritaria de dominación.[41]

Conclusión[42]

Se cometieron actos de violencia de Estado durante la dictadura brasileña – por debajo de los ojos y con el silencio de la nación.

Es imprescindible tener en cuenta la necesidad de una transformación social. Repensar los valores culturales y desarrollar una práctica ciudadana efectiva que impida a la sociedad permanecer

[40]La búsqueda de la verdad respecto a los hechos acaecidos en el pasado es un paso fundamental en el proceso de reconciliación. En diversos contextos postconflicto las personas hablan de verdad y reconciliación, y con frecuencia se establecen comisiones exactamente con ese nombre. El establecimiento de la verdad les permite a las víctimas contar su historia, muchas veces denegada por la historia oficial. La empatía no es posible si los perpetradores no aceptan escuchar a las víctimas o si los grupos enfrentados no reconocen el dolor del otro. Sin embargo, la verdad por sí misma no trae la reconciliación; es sólo un ingrediente de ella. (IIDH, 2012: 18)

[41] No menos importante: hay que estar atento a las circunstancias de las muertes de militares y para sus versiones, aunque que sea para rechazarlas.
http://m.g1.globo.com/brasil/noticia/2013/04/apos-um-ano-comissao-nacional-da-verdade-ainda-e-alvo-de-polemicas.html

[42] Las autoras agraceden a Silvana Rocchi, a Tomas Argerich y a Inés Pennacca por la ayuda argentina con la revisión idiomática y a la revisora final Hildegard Susana Jung.

ISSN 1851-3069

indiferente a los hechos del pasado. Políticas públicas de reconciliación nacional deberán generar redes de cooperación para que el mayor número posible de personas se sienta responsable de prevenir el resurgimiento de hechos como los ocurridos y de tomar conciencia del momento en el que las democracias ponen en peligro su estabilidad.

La naturaleza y función de la Comisión de la Verdad, habrá que entendérselas como parte de un proyecto comprometido con la exposición de las violaciones graves y establecer una nueva cultura de los derechos humanos. La verdad como reconciliación, pero también como forma de construir una comunidad responsable. El brasileño deberá dejar de ser espectador y tendrá que convertirse en protagonista de la reconstrucción de la historia, con verdadera participación social y política.

La apertura de los archivos nacionales y el interés por saber qué otra cosa podrán decir a Brasil podría ser el comienzo de la construción de un gobierno verdaderamente más democrático. Para que no se olvide. Para que nunca más ocurra. *Para que não se esqueça. Para que nunca mais aconteça*.

Referencias bibliográficas

ABRÃO, Paulo; CARDOZO, José Eduardo. O Guardião da memória: as políticas públicas de memória do Ministério da Justiça do Brasil. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Ministério da Justiça, n. 6, p. 10-21, jul./dez. 2011). Brasília : Ministério da Justiça , 2012.

ADORNO, Theodor W. *O que significa elaborar o passado.* Disponible en: <http://adorno.planetaclix.pt/tadorno14.htm.> Acceso el: 19 mai. 2013.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Delegando a Justiça. Comissões da Verdade e Justiça Criminal.* Reino Unido: 2010. Disponible en: <http://www.amnesty.org/en/library/asset/POL30/004/2010/en/fe589528-c056-4fd1-8e31-857e37a78e4f/pol300042010pt.pdf> Acceso el: 20 abr. 2013.

ANSALDI, Waldo. Democracias de pobres, democracias pobres, pobres democracias. Publicado originariamente en *Temas y Debates*, Rosário, ano 7, n 6/7, p. 27-43, nov. 2003. Disponible en: <http://www.catedras.fsoc.uba.ar/udishal/art/democracias_de_pobres.pdf>. Acceso el: 16 nov. 2012.

_____. *Dormir con el enemigo. Las organizaciones de la sociedad civil en la transición a la democracia política en Brasil.* Disponible en: <http://www.catedras.fsoc.uba.ar/udishal/art/dormir.pdf>. Acceso el: 16 nov. 2012.

_____. Gobernabilidad democrática y desigualdad social. Publicado originariamente en *Estudios Sociales. Revista Universitaria Semestral*, Santa Fé, ano 5, n 9, p. 9-35, 2 sem. 1995. Disponible en: <http://www.catedras.fsoc.uba.ar/udishal/art/gobernabilidaddemocratica.pdf>. Acceso el: 16 nov. 2012.

ISSN 1851-3069

_____. Una cabeza sin memoria es como una fortaleza sin guarnición. La memoria y el olvido como cuestión política. Publicado originalmente en *Ágora, Revista de Ciencias Sociales*, Nueva Época, n. 7, Valencia, p. 65-87, dez. 202. Disponible en: <http://www.catedras.fsoc.uba.ar/udishal/art/cabeza_sin_memoria.pdf>. Acceso el: 15 nov. 2012.

_____. Un caso de ficción de organización partidaria o la política sin partidos: Brasil, 1889-1945. Publicado originariamente en *Secuencia. Revista de Historia y Ciencias Sociales*, Nueva Época, n. 32, Instituto Mora, México DF, p. 57-94, mai./ago. 1995. Disponible en: <http://www.catedras.fsoc.uba.ar/udishal/art/uncasodeficcion.pdf>. Acceso el: 18 mai. 2013.

ARQUIVO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. MEMÓRIA POLÍTICA E RESISTÊNCIA. Disponible en: <http://www.arquivoestado.sp.gov.br/memoriapolitica/>.

ARRUDA, Roldão. Coordenador de Comissão Questiona Lei de Anistia. *Estadão*, São Paulo, 02 abr. 2013. Disponible en: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,coordenador-de-comissao-questiona-lei-da-anistia,1016222,0.htm>. Acceso el: 08 abr. 2013.

_____. É preocupante a inversão de valores nas indenizações às vítimas da ditadura. *Estadão*, São Paulo, 06 jul. 2009. Entrevista. Disponible en: <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,e-preocupante-a-inversao-de-valores-nas-indenizacoes-as-vitimas-da-ditadura,398317,0.htm>. Acceso el: 08 abr. 2013.

BARBOSA, Marco Antônio Rodrigues. Direito à Memória e à Verdade. In: SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Revista Direitos Humanos*, n. 1. p. 26-33, dez. 2008. Disponible en: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/revistadh1.pdf>. Acceso el: 19 mai. 2013.

BARBOSA, Vânia M. et al. (Org.). *Da Campanha da Legalidade ao Golpe de 1964*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Corag, 2010a, v. 1. [Ditadura de Segurança Nacional no Rio Grande do Sul (1964-1985): história e memória]. Disponible en: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/VOLUME%201%20-%20GOLPE%20revista%20e%20ampliada.pdf>. Acceso el: 16 mai. 2013.

_____. *Repressão e Resistência nos "Anos de Chumbo"*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Corag, 2010b, v. 2. [Ditadura de Segurança Nacional no Rio Grande do Sul (1964-1985): história e memória]. Disponible en: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/volume%202%20-%20chumbo%202%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acceso el: 16 mai. 2013.

ISSN 1851-3069

_____. *A Conexão Repressiva e a Operação Condor*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Corag, 2010c, v. 3. [Ditadura de Segurança Nacional no Rio Grande do Sul (1964-1985): história e memória]. Disponible en: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/VOLUME3_revista_e_ampliada.pdf>. Acceso el: 16 mai. 2013.

_____. *O Fim da Ditadura e o Processo de Redemocratização*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Corag, 2010d, v. 4. [Ditadura de Segurança Nacional no Rio Grande do Sul (1964-1985): história e memória]. Disponible en: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/volume4_abertura_revista_e_ampliada.pdf>. Acceso el: 16 mai. 2013.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BIELOUS, Silvia Dutrénit. *Buenos Aires: destierro, resistencia, encierro, huída… Reconstruyendo el mosaico exiliar uruguayo.* [2007] Disponible en: http://www.historiaoralargentina.org/attachments/article/eho2009/Memoriaydictadura/Dutrenit-Silvia.pdf>. Acceso el: 19 mai. 2013.

BOFF, Salete Oro; CIOATTO, Roberta Marina. Quando as fossas falam. Um país não pode se calar frente a tudo o que lhe dizem os mortos (e os vivos) da ditadura. 2013. Presentado a la *Revista Espaço Jurídico Journal of Law* (http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/index) y aguarda referato.

BORAINE, Alex. *Reconciliación ¿A qué Costo? Los Logros de la Comisión de Verdad y Reconciliación.* Artigo traduzido ao espanhol pelo Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile e reproduzido com autorização expressa de Oxford University Press, Southern Africa. Título original: What price reconciliation? The achievement of the TRC. Publicado em A Country Unmasked, Oxford University Press, 2000, p. 340-378.

BRASIL. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Disponible en: <www.cnv.gov.br>. Acceso el: 23 mai. 2013.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acceso el: 23 mai. 2013.

ISSN 1851-3069

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. COMISSÃO DE ANISTIA. CENTRO DE ESTUDOS LATINO-AMERICANOS. Universidade de Oxford. Reino Unido. *A Anistia da Era da Responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada.* Brasília; Oxford, 2011. Disponible en: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2011livro_OXFORD.pdf>. Acceso el: 19 mai. 2013.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. MEMÓRIAS REVELADAS. Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil. Disponible en: <http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=17&sid=4>. Acceso el: 05 abr. 2013.

BRASIL. SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. COMISSÃO ESPECIAL SOBRE MORTOS E DESAPARECIDOS POLÍTICOS. Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: 2007. Disponible en: <http://portal.mj.gov.br/sedh/biblioteca/livro_direito_memoria_verdade/livro_direito_memoria_verdade_sem_a_marca.pdf>. Acceso el: 19 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* ADPF 153, Brasília, DF, 24 de abril de 2010. Disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960> Acceso el: 21 abr. 2013.

BRITTO, Cézar. O Direito à memória e à verdade. In: Secretaria Especial Dos Direitos Humanos. *Revista Direitos Humanos,*. n. 5, p. 26-31, abr. 2010. Disponible en: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/revistadh3.pdf>. Acceso el: 19 mai. 2013.

CABRAL, Reinaldo; LAPA, Ronaldo. *Desaparecidos Políticos:* prisões, sequestros, assassinatos. Rio de Janeiro: Comitê Brasileiro Pela Anistia; Edições Opção, 1979. (Série Brasil de Nossos Dias, v. 2) Disponible en: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/Desaparecidos.pdf>. Acceso el: 16 mai. 2013.

CAMPELLO DE SOUZA, Maria do Carmo C. *Estado e Partidos Políticos no Brasil (1930-1964).* São Paulo: Alfa-ômega, 1983, p. 83-169. Disponible en: <http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/BibliografiaSelecaoPos/SOUZA_1976.pdf>. Acceso el: 18 mai. 2013.

ISSN 1851-3069

CARRION, Raul. A ditadura não foi uma criação de “homens maus". In: BARBOSA, Vânia M. et al. (Org.). *Repressão e Resistência nos "Anos de Chumbo"*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Corag, 2010b, v. 2, p. 49-64. [Ditadura de Segurança Nacional no Rio Grande do Sul (1964-1985): história e memória]. Disponible en: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/volume%202%20-%20chumbo%202%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acceso el: 16 mai. 2013.

CARVALHO NETO, Joviano S. de. II Congresso de Anistia: momento de resistência e indefinições. In: ZACHARIADHES, GC. (Org.) *Ditadura militar na Bahia*: novos olhares, novos objetivos, novos horizontes. Salvador: EDUFBA, 2009. Disponible en: <http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/ufba_ditadura_militar_na_bahia_1.pdf >. Acceso el: 19 mai. 2013.

CERVEIRA, Neusah. Rumo à operação condor - ditadura, tortura e outros crimes. *Projeto História*, São Paulo, n.38, p. 97-118, jun. 2009. Disponible en: <http://revistas.pucsp.br/index.php/revph/article/view/5235 >. Acceso el: 17 mai. 2013.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. AG/RES. 2175 (XXXVI-O/06) EL DERECHOS A LA VERDAD. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/cap2a.2006.sp.htm#_ftnref2>. Acceso el: 19 mai. 2013.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório n. 136/99 sobre o caso no 10.488 (caso Ellacuria *versus* El Salvador). Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/El%20Salvador10.488.htm>. Acceso el: 19 mai. 2013.

COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS - CONADEP. *Nunca Más - Informe Conadep*. Buenos Aires, set. 1984. Disponible en: <http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/investig/articulo/nuncamas/nmas0001.htm>

COMISSÃO DE FAMILIARES DE MORTOS E DESAPARECIDOS POLÍTICOS, INSTITUTO DE ESTUDO DE VIOLÊNCIA DE ESTADO – IEVE RJ E PE – GRUPO TORTURA NUNCA MAIS. Dossiê dos Mortos e Desaparecidos Políticos a partir de 1964. Cia Editora de Pernambuco, 1995. Disponible en: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/Dossie%20mortos%20e%20desaparecidos%20politicos.pdf>. Acceso el: 16 mai. 2013.

ISSN 1851-3069

CONLEY-ZILKIC, Bridget. Desafios para aqueles que trabalham no Campo de prevenção e resposta ao genocídio. *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 9, n. 16, p. 35-64, jul. 2012. Disponible en: <http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/16/02.pdf>. Acceso el: 18 mai. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf >. Acceso el: 18 mai. 2013.

DELANO, Manuel. Chile cambia "dictadura" por "régimen militar". *El País*, Madrid, 06 jan. 2012. Disponible en: <http://elpais.com/diario/2012/01/06/internacional/1325804406_850215.html>. Acceso el: 20 mai. 2013.

FERNANDES, Ananda Simões; PADRÓS, Enrique Serra. Faz escuro, mas eu canto: os mecanismos repressivos e as lutas de resistência durante os "anos de chumbo" no Rio Grande do Sul. In: BARBOSA, Vânia M. et al. (Org.). *Repressão e Resistência nos "Anos de Chumbo"*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Corag, 2010b, v. 2, p. 33-48. [Ditadura de Segurança Nacional no Rio Grande do Sul (1964-1985): história e memória]. Disponible en: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/volume%202%20-%20chumbo%202%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acceso el: 16 mai. 2013.

FERREIRA, Patrícia Magalhães. *Justiça e reparação pós-conflito em África.* Lisboa: Instituto de Estudos Estratégicos e Internacionais ISCTE. Disponible en: <http://repositorio-iul.iscte.pt/bitstream/10071/2669/1/2004%3a05_7%3a8_1.pdf>. Acceso el: 15 nov. 2012.

FRÜHLING, Michael. *Reflexiones sobre los principios concernientes al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación.* Bogotá, 16 set. 2003. Disponible en: <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po0328.pdf>. Acceso el: 19 mai. 2013.

GALELLA, Patricio; ESPOSITO, Carlos. As entregas extraordinárias na luta contra o terrorismo. Desaparecimentos forçados? *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 9, n. 16, p. 7-34, jul. 2012. Disponible en: <http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/16/01.pdf>. Acceso el: 18 mai. 2013.

GAMERRO, Carlos. *El secreto y las voces.* Resenha. Disponible en: <http://www.carlosgamerro.com/El_secreto_y_las_voces.html>. Acceso el: 20 nov. 2012.

GARSÓN, Baltasar. A verdade onde estiver. In: SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Revista Direitos Humanos*, n. 1, p. 46-51, dez. 2008. Disponible en:

ISSN 1851-3069

<http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/revistadh1.pdf>. Acceso el: 19 mai. 2013.

GONZÁLEZ, Eduardo; VARNEY, Howard. *En busca de la verdad: Elementos para la creación de una comisión de la verdad eficaz*. Internacional Center for Transitional Justice - ICTJ, 18 mar. 2013. Disponible en: <http://ictj.org/es/publications>. Acceso el: 17 mai. 2013.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. Direitos Humanos na América Latina: Transições Inconclusas e a Herança das Novas Gerações. In: CARVALHO, Salo de; FLORES, Joaquín Herrera, RÚBIO, David Sánchez (Org.). *Direitos Humanos e Globalização Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 494-509. Disponible en: <http://www.pucrs.br/edipucrs/direitoshumanos.pdf> Acceso el: 06 abr. 2013.

HAYNER, Priscilla B. *Comisiones de la verdad: resumen esquemático.* International Review of the Red Cross. n. 862 da versão original, jun. 2006. Disponible en: <http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_862_hayner.pdf>. Acceso el: 08 abr. 2013.

ICTJ. Brasil: seis elementos cruciales para el éxito de las comisiones de la verdad. 21 set. 2011. Disponible en: <http://ictj.org/es/news/brasil-seis-elementos-cruciales-para-el-exito-de-las-comisiones-de-la-verdad>. Acceso el: 18 mai. 2013.

ICTJ – Informe. Disponible en: <http://ictj.org/es/publication/concepto-fundamentos-y-opciones-para-emprender-tareas-de-reparaci%C3%B3n-colectiva-y>. Acceso el: 10 mai. 2013.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. *Verdad, justicia y reparación: Desafíos para la democracia y la convivencia social.* 2005. Disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_395509089/IDEA-IIDH.pdf>. Acceso el: 15 nov. 2012.

_____. *Verdad y Justicia: Homenaje a Emilio F. Mignone.* San José, Costa Rica: 2001 .

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA A DEMOCRACIA E A ASSISTÊNCIA ELEITORAL. *Reconciliación luego de conflictos violentos: resumen de políticas.* Estocolmo: 2003. Disponible en: <http://www.idea.int/publications/reconciliation/upload/policy_summary_esp.pdf>. Acceso el: 16 mai. 2013.

ISSN 1851-3069

ISEGORÍA Revista de Filosofía Moral y Política, n. 23, 2000. Disponible en: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/issue/view/34>. Acceso el: 13 abr. 2013.

KLIKSBERG, Bernardo. ¿Cómo enfrentar la pobreza y la desigualdad? Qúe piensan los latinoamericanos sobre la democracia? *Página 12*, Buenos Aires, 26. fev. 2012. Suplemento especial. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/especiales/archivo/bernardo_kliksberg/022-KLIKSBERG.pdf>. Acceso el: 13 abr. 2013.

KREFT, Francisca Garretón; SAUX, Marianne González le; LAUZÁN, Silvana. *Políticas públicas de verdad y memoria en 7 paises de América Latina.* Santiago: Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho - Universidad de Chile, 2011. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/78/208.pdf> Acceso el: 20 abr. 2013.

LEAL, Rogério Gesta. Justiça de Transição e a Responsabilidade do Estado por Atos de Tortura e Desaparecimento de Pessoas nos Regimes de Exceção. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011, p. 232-262.

_____. *O Direito Fundamental à Memória em face dos Regimes de Exceção: abordagens preliminares.* Anais da 64ª Reunião Anual da SBPC, São Luís, jul./2012a. Disponible en: <http://www.sbpcnet.org.br/livro/64ra/PDFs/arq_1558_129.pdf>. Acceso el: 16 mai. 2013.

_____. *Verdade, memória e justiça no Brasil - responsabilidades compartidas.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012b.

_____. (Org.) *Verdade, memória e justiça: um debate necessário.* Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012c. Disponible en: <http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books/348/verdade-memoria-e-justica-um-debate-necessario.html>. Acceso el: 26 mar. 2013.

LIMA, Maria Solange. *Análise do Sistema Partidário Brasileiro: a evolução das bancadas parlamentares na década de 90.* Monografia apresentada no Curso de Especialização em Gestão Legislativa. UNB, Brasília, 2005. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Disponible en: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/461/analise_partidario_lima.pdf?sequence=8>. Acceso el: 18 mai. 2013.

ISSN 1851-3069

MARCOS, Javier Rodríguez. Todorov propone "la razón" frente a "la sacralización de la memoria.". *El País*, Madrid, 08 out. 2008. Disponible en: <http://elpais.com/diario/2008/10/08/cultura/1223416802_850215.html > Acceso el: 08 abr. 2013.

MARQUES, Fabrício. O parto da Memória. *Pesquisa FAPESP*, n. 196, jun. 2012, p. 66-73. Disponible en: <http://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2012/06/066-073_ComissaoVerdade_196.pdf>. Acceso el: 16 mai. 2013.

MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo. et al. *Teoria Crítica dos Direitos Humanos no Século XXI*. Porto Alegre: EdiPucrs, 2008.

MATE, Reyes. El deber de memoria. *El País*, Madrid, 27 jan. 2011a. Disponible en: <http://elpais.com/diario/2011/01/27/opinion/1296082805_850215.html>. Acceso el: 10 abr. 2013.

_____. El holocausto no es um espetáculo. *El País*, Madrid, 19 abr. 2009a. Disponible en: <http://elpais.com/diario/2009/04/19/sociedad/1240092001_850215.html>. Acceso el: 10 abr. 2013.

_____. El sentido cívico de la culpa. *El País*, Madrid, 09 jul. 2012a. Disponible en: <http://elpais.com/elpais/2012/06/21/opinion/1340289842_182050.html>. Acceso el: 10 abr. 2013.

_____. El último testigo. *El País*, Madrid, 26 set. 2011b. Disponible en: <http://elpais.com/diario/2011/09/26/opinion/1316988005_850215.html>. Acceso el: 10 abr. 2013.

_____. La cuestión catalana en tiempos posnacionales. *El País*, Madrid, 26 out. 2012b. Disponible en: <http://elpais.com/elpais/2012/10/25/opinion/1351173798_476047.html>. Acceso el: 10 abr. 2013.

_____. La herencia del olvido. *El País*, Madrid, 18 jan. 2009b. Disponible en: <http://elpais.com/diario/2009/01/18/opinion/1232233205_850215.html>. Acceso el: 20 abr. 2013.

_____. Pensar en español es pensar con memoria. *El País*, Madrid, 23 jan. 2012c. Disponible en: <http://cultura.elpais.com/cultura/2012/01/23/actualidad/1327319435_880774.html>. Aceso el: 10 abr. 2013.

_____. ¿Recordar para mejor olvidar? *El País*, Madrid, 27 set. 2003. Disponible en: <http://elpais.com/diario/2003/09/27/opinion/1064613608_850215.html>. Acceso el: 10 abr. 2013.

ISSN 1851-3069

_____. Testigos de niños, testimonios de ancianos. *El País*, Madrid, 20 mar. 2012d. Disponible en: <http://elpais.com/elpais/2012/02/28/opinion/1330457889_577650.html>. Acceso el: 10 abr. 2013.

MATE, Reyes; MAYORGA, J. Los avisadores del fuego: Rosenzweig, Benjamin, Kafka. *Isegoría* Revista de Filosofía Moral y Política, n. 23, p. 45-67. Disponible en: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/issue/view/34>. Acceso el: 13 abr. 2013.

MEZAROBBA, Glenda. Afinal, o que é uma comissão da verdade? In: SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Revista Direitos Humanos,*. n. 5, p. 32-34, abr. 2010. Disponible en: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/revistadh3.pdf>. Acceso el: 19 mai. 2013.

_____. Entre reparações, meias verdades e impunidades: o difícil rompimento com o legado da ditadura no Brasil. *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 13, dez. 2010. Disponible en: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo13.php?artigo=13,artigo_01.htm>. Acceso el: 20 abr. 2013.

_____. Entrevista com Juan Méndez. *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 7, ano 4, 2007. Disponible en: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo7.php?artigo=7,port,artigo_juan.htm>. Acceso el: 08 abr. 2013.

_____. *Um acerto de contas com o futuro. A anistia e suas consequências – um estudo do caso brasileiro.* 2003. São Paulo. Dissertação apresentada ao curso de pós-graduação em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Política. São Paulo, 2003. Disponible en: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-06112006-162534/>. Acceso el: 08 abr. 2013.

MIRANDA, Nilmário. Aos 30 anos, anistia ainda é um processo inconcluso. In: SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Revista Direitos Humanos*, 2, p. 31-34, jun. 2009. Disponible en: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/revistadh2.pdf>. Acceso el: 19 mai. 2013.

ISSN 1851-3069

MORA, Miguel. Filósofos de las dos orillas proponen pensar el Holocausto desde miradas más amplias. *El País*, Madrid, 25 jun. 2001. Disponible en: <http://elpais.com/diario/2001/06/25/cultura/993420002_850215.html>. Acceso el: 19 abr. 2013.

_____. Hay que repensar la política, la ética y la historia con la mirada de las víctimas. *El País.* Madrid, 24 nov. 2003. Disponible en: <http://elpais.com/diario/2003/11/24/cultura/1069628402_850215.html>. Acceso el: 19 abr. 2013.

NAÇÕES UNIDAS. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. PROMOCIÓN Y PROTECIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Estudio sobre el derecho a la verdad 9 de enero de 2006. Disponible en: <http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/to/120.pdf >. Acceso el: 19 mai. 2013.

_____. PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. (PNUD). Boletín Hechos del Callejón. Edición especial, n. 21, ano 2 e 3, dez. 2006 e jan. de 2007. Bogotá. Disponible en: <http://www.pnud.org.co/hechosdepaz/echos/pdf/21.pdf> Acceso el: 20 abr. 2013.

NASCIMENTO, Paulo Cesar. Não existe programa de reparação que tenha conseguido compensar as vítimas na proporção do dano sofrido. *Jornal da UNICAMP*, Campinas, 3 a 9 de nov. 2008. Disponible en: <http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/novembro2008/ju415pdf/Pag09.pdf>. Aceso el: 08 abr. 2013.

NUCLEO DE ESTUDIOS SOBRE MEMORIA. Primeras Jornadas de Difusión de Tesis sobre Memorias y Pasado Reciente. septiembre de 2011. IDES, Ciudad de Buenos Aires. Disponible en: <http://memoria.ides.org.ar/files/2012/03/PONENCIAS-JORNADAS-TESIS-NUCLEO-MEMORIA-SEPT-2011.pdf>. Aceso el: 19 mai. 2013.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/>. Acceso el: 19 mai. 2013.

PINTO, Simone Rodrigues. Direito à Memória e à Verdade: Comissões de Verdade na América Latina. *Revista Debates*, Porto Alegre, v.4, n.1, jan./jun. 2010, p. 128-143. Disponible en: <http://seer.ufrgs.br/debates/article/view/11860/8304> Acceso el: 20 abr. 2013.

PLON, Michel; ROUDINESCO, Elisabeth. *Dicionário de Psicanálise.* Zahar, 1998. Disponible en: <http://www.unipacbomdespacho.com.br/biblioteca/cursos/Psicologia/ROUDINESCO_Elisabeth_dicionario.pdf>. Acceso el: 19 mai. 2013.

ISSN 1851-3069

POLLAK, Michael. Memória, Esquecimento, Silêncio. Trad. Dora Rocha Flaksman. *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 3, 1989, p. 3-15. Disponible en: <http://www.uel.br/cch/cdph/arqtxt/Memoria_esquecimento_silencio.pdf >. Acceso el: 19 mai. 2013.

RAINER, Huhle. de memorias y olvidos: las politicas del pasado y las dificultades de la memoria. [200?]. Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/multic/biblioteca_digital_nueva.aspx?contenidoid=e53389b1-08a5-4a7d-a7b6-77e14d2ea3c5&Portal=IIDH>. Acceso el: 18 mai. 2013.

RAMOS, Taís. *A participação social deliberativa na constituição da verdade sobre as violações de direitos humanos do regime militar brasileiro.* Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação – Mestrado – Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Santa Cruz do Sul, 2012. Disponible en: <http://www.unisc.br/portal/pt/cursos/mestrado/mestrado-e-doutorado-em-direito/dissertacoes-defendidas.html>. Acceso el: 17 mai. 2013.

REÁTEGUI, Félix (coord.). *Justiça de transição: manual para a América Latina.* Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. Disponible en: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={674805E8-6838-4CB2-A369-3EFA87A5B44E}&BrowserType=NN&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7BCDEEAA6C-3739-4222-8AD2-01B5D3CC3F78%7D%3B&UIPartUID=%7B2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE%7D> Acceso el: 19 mai. 2013.

REATO, Ceferino. Las ideas también pueden matar. *La Nación*, Buenos Aires, 31 ago. 2011. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1402019-las-ideas-tambien-pueden-matar> Acceso el: 16 abr. 2013.

_____. Videla: la confesión. *La Nación*, Buenos Aires, 15 abr. 2012. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1464752-videla-la-confesion> Acceso el: 16 abr. 2013.

REBOSSIO, Alejandro. Garzón invita al papa Francisco a abrir los arquivos argentinos del Vaticano. *El País*, Madrid, 22 mar. 2013. Disponible en: <http://internacional.elpais.com/internacional/2013/03/22/actualidad/1363916214_794968.html>. Acceso el: 06 abr. 2013.

_____. Rostros de los vuelos de la muerte. *El País*, Madrid, 09 dez. 2012. Disponible en: <http://internacional.elpais.com/internacional/2012/12/09/actualidad/1355071255_887932.html>. Acceso el: 06 abr. 2013.

ISSN 1851-3069

REVISTA DE ANISTIA Política e Justiça de Transição Ministério da Justiça. n 7, jan./jun. 2012. Brasília: Ministério da Justiça , 2012. Disponible en: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B67064208-D044-437B-9F24-96E0B26CB372%7D>. Acceso el: 18 mai. 2013.

RICOEUR, Paul. *Memória, história, esquecimento.* Título original: Memory, history, oblivion, Budapeste, 2003. Disponible en: <http://www.uc.pt/fluc/lif/publicacoes/textos_disponiveis_online/pdf/memoria_historia>. Acceso el: 19 mai. 2013.

_____. O bom uso das feridas da memória. Publicado em: Les résistances sur le Plateau Vivarais-Lignon (1938-1945); Témoins, témoignages et lieux de mémoires. Les oubliés de l´histoire parlent, Editions du Roure, 2005. Disponible en: <http://www.uc.pt/fluc/lif/publicacoes/textos_disponiveis_online/pdf/o_bom_uso_das_feridas_da_memoria>. Acceso el: 19 mai. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa et al. (Org.). *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010. Disponible en: <http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/Repre_Memoria_.pdf>. Acceso el: 19 mai. 2013.

SANTOS JUNIOR, Belisário dos. Direito à memória e à verdade. In: SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Revista Direitos Humanos*, n. 3, p. 15-18. set. 2009. Disponible en: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/revistadh3.pdf>. Acceso el: 19 mai. 2013.

SÃO PAULO. NÚCLEO DE PRESERVAÇÃO DA MEMÓRIA POLÍTICA. A Comissão da Verdade no Brasil. Cartilha.

SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The impact of human rights trials in Latin America. *Journal of Peace Research*, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, v. 44, n. 4, p. 427-445, 2007. Disponible en: <http://www.unc.edu/~fbaum/teaching/articles/J-Peace-Research-2007-Sikkink.pdf>. Acceso el: 19 mai. 2013.

SILVA, Técio Lins e. A Construção da Anistia. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 247-264, jul./dez. 2011. Disponible en: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1323>. Acceso el: 16 mai. 2013.

ISSN 1851-3069

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Dever de memória e a construção Da história viva: a atuação da comissão de anistia Do brasil na concretização do direito à memória e à verdade. In: BARBOSA, Vânia M. et al. (Org.). *O Fim da Ditadura e o Processo de Redemocratização.* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Corag, 2010d, v. 4. [Ditadura de Segurança Nacional no Rio Grande do Sul (1964-1985): história e memória]. p. 47-92. Disponible en: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/volume4_abertura_revista_e_ampliada.pdf>. Acceso el: 16 mai. 2013.

SHILLING, Flávia. Memória da resistência ou a resistência como construção da memória. In: BARBOSA, Vânia M. et al. (Org.). *A Conexão Repressiva e a Operação Condor.* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Corag, 2010c, v. 3. [Ditadura de Segurança Nacional no Rio Grande do Sul (1964-1985): história e memória]. p. 141-178. Disponible en: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/VOLUME3_revista_e_ampliada.pdf>. Acceso el: 16 mai. 2013.

SYLVAS, Graciela Aletta de. La ficción: espacio simbólico de la ausencia en la novela argentina contemporánea. *Amerika*, n 2, jun. 2010. Disponible en: <http://: amerika.revues.org/1177>. Acceso el: 15 nov. 2012.

_____. Memória para armar. *Contra corriente*, v. 8, n 3, p. 140-162, Spring 2011. Disponible en: <www.ncsu.edu/project/acontracorriente>. Acceso el: 16 mai. 2013.

TEILEL, Ruti G. *Genealogía de la justiça transacional.* Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003. Título original: Transitional Justice Genealogy, publicado em Harvard Human Rights Journal, v. 16, Spring 2003, Cambridge, MA, p. 69-94. Disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/bibliotecadigital>. Acceso el: 16 mai. 2013.

TODOROV, Tzvetan. Comprender el mal. *El País*, Madrid, 21 out. 2012a. Disponible en: <http://elpais.com/elpais/2012/10/05/opinion/1349435854_021344.html>. Acceso el: 10 abr. 2013.

_____. Juzgar el Pasado. *El País*, Madrid, 29 fev. 2012b. Disponible en: <http://elpais.com/elpais/2012/02/20/opinion/1329738426_435444.html>. Acceso el: 07 abr. 2013.

_____. La Mecánica del Genocidio. *El País*, Madrid, 25 mar. 2012c. Disponible en: <http://elpais.com/elpais/2012/03/22/opinion/1332412130_025854.html>. Acceso el: 07 abr. 2013.

ISSN 1851-3069

_____. Un Viaje a Argentina. *El País*, Madrid, 07 dez. 2010. Disponible en: <http://elpais.com/diario/2010/12/07/opinion/1291676411_850215.html>. Acceso el: 07 abr. 2013.

TOIT, André du. *Los Fundamentos Morales de las Comisiones de Verdad La Verdad como Reconocimiento y la Justicia como Recognition: Principios de la Justicia Transicional en la Práctica de la Comisión de Verdad y Reconciliación (CVR) Sudafricana.* Traduzido ao espanhol pelo Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, e reproduzido com a autorização expressa de Princeton University Press. Título en inglês: The Moral Foundations of Truth Commissions. Truth as Acknowledgement and Justice as Recognition as Principles of Transitional Justice in the Practice of the South African TRC, 2000. Disponible en: <http://www.dhnet.org.br/verdade/mundo/textos/du_toit_africa_do_sul_los_fundamentos_morales.pdf>. Acceso el: 16 mai. 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O fim das "leis" de auto-anistia. Disponible en: <http://www.desaparecidospoliticos.org.br/pagina.php?id=193>. Acceso el: 19 de mai. 2013.

VALDEZ, Patricia Tappata de. El pasado, um tema central del presente. In: *Verdad, justicia y reparación: Desafíos para la democracia y la convivencia social.* Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 2005, p. 85-114. Disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_395509089/IDEA-IIDH.pdf>. Acceso el: 15 nov. 2012.

VERÍSSIMO, Luis Fernando. As Outras Sepulturas. *Estadão*, São Paulo, 04 abr. 2013. Disponible en: <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,as-outras-sepulturas,1016829,0.htm>. Acceso el: 07 abr. 2013.

VINYES, Richard. La memoria como política pública. *El País*, Madrid, 07 jan. 2009. Disponible en: <http://elpais.com/diario/2009/01/07/opinion/1231282813_850215.html>. Acceso el: 18 mai. 2013.

_____. La Memoria también ladra. *El País*, Madrid, 12 abr. 2006. Disponible en: <http://elpais.com/diario/2006/04/12/opinion/1144792815_850215.html>. Acceso el: 18 mai. 2013.

ZACHARIADHES, Grimaldo Carneiro. (Org.). *Ditadura Militar na Bahia.* Salvador: EDUFBA, 2009. Disponible en: <http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/ufba_ditadura_militar_na_bahia_1.pdf >. Acceso el: 19 mai. 2013.

ISSN 1851-3069

ZAMORA, José A. Memoria e Historia después de Auschwitz. *Isegoría* Revista de Filosofía Moral y Política, n. 45, p. 501-523, jul./dez 2011. Disponible en: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/issue/view/45>. Acceso el: 13 abr. 2013.

ISSN 1851-3069

EL BANCO MUNDIAL Y LAS POLÍTICAS SOCIALES ARGENTINAS: LA ASIGNACIÓN UNIVERSAL POR HIJO DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

Por Horacio Javier Etchichury

RESUMEN

Este trabajo analiza, desde una perspectiva de derechos humanos, la participación del Banco Mundial en la aplicación de una política de gran alcance contra la pobreza en Argentina: la Asignación Universal por Hijo (AUH). Se comienza por describir al Banco Mundial y su impulso a las Transferencias Monetarias Condicionadas como herramienta contra la pobreza. Luego se caracteriza el vínculo entre la Argentina y el Banco, para detenerse en el crédito que financia parcialmente la AUH como caso específico de Transferencia Monetaria Condicionada. Enseguida el trabajo destaca las cuestiones constitucionales que se plantean en torno a la AUH, en especial con respecto al derecho a la igualdad. Se describe también la relación entre el Banco y los derechos humanos. Finalmente, se propone que los derechos humanos deberían ser los principios orientadores en el diseño de políticas sociales.

PALABRAS CLAVE

Derechos sociales – Asignación Universal por Hijo – Banco Mundial

ISSN 1851-3069

THE WORLD BANK AND ARGENTINA'S SOCIAL POLICIES: UNIVERSAL CHILD ALLOWANCE FROM A HUMAN RIGHTS PROSPECTIVE

By Horacio Javier Etchichury

ABSTRACT

This article takes a human rights prospective to analyze the World Bank involvement in implementing the Universal Child Allowance, a large-scale anti-poverty policy in Argentina. First, it describes the World Bank and how it promotes Conditional Cash Transfers as a way to fight poverty. Then, the article explains the relationship between Argentina and the Bank, with specific attention to the loan that partially finances the Universal Child Allowance program. After that, the article examines the constitutional questions raised by the program's regulations, in particular with regard to the right to equal treatment. The World Bank's position on human rights is also explored. Finally, the article advocates a human rights-based design for social policies.

KEY WORDS

Social rights – Universal Child Allowance – World Bank

ISSN 1851-3069

EL BANCO MUNDIAL Y LAS POLÍTICAS SOCIALES ARGENTINAS: LA ASIGNACIÓN UNIVERSAL POR HIJO DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

Por Horacio Javier Etchichury*

Introducción.

En el presente trabajo analizamos, desde el punto de vista de los derechos humanos, la participación del Banco Mundial (BM) en la aplicación de una política de gran alcance contra la pobreza: la Asignación Universal por Hijo (AUH). En primer lugar, describimos (1) al BM y su impulso a las Transferencias Monetarias Condicionadas (TMC) como herramienta contra la pobreza. Luego, caracterizamos (2) el vínculo de Argentina con el BM y nos detenemos en el crédito que financia parcialmente la AUH como un caso específico de TMC. Señalamos (3) las cuestiones constitucionales que se plantean en torno a esta institución, en particular con respecto al derecho a la igualdad. Describimos (4) la relación entre el BM y los derechos humanos, para concluir en (5) cuáles deben ser los principios orientadores en el diseño de políticas sociales.

1. El Banco Mundial y las políticas contra la pobreza: el impulso a las TMC

El llamado "Grupo Banco Mundial" abarca un conjunto de instituciones, entre las que se destacan el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), que toma recursos del mercado internacional de capitales, y la Asociación Internacional del Desarrollo (AID), que los toma de los países donantes y del BIRF. Más del 50% de los recursos, en el último cuarto de siglo, provino de Estados Unidos, Japón y Alemania (ABOUHARB y CINGRANELLI, 2007: 35). En este trabajo, hablaremos de "Banco Mundial" o "BM" haciendo referencia al BIRF. En 2007, el Banco contaba con aproximadamente 12.500 personas de 160 países diferentes; el 40% de ellas estaba trabajando en oficinas situadas en los distintos países prestatarios (BANCO MUNDIAL, 2007: 87; SARFATY, 2009: 647).

La influencia del BM se evidencia en el volumen de recursos que maneja. Presta entre 20 y 25 mil millones de dólares al año; como punto de comparación, cabe señalar que el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) gasta menos de 3 mil millones anuales (BANCO MUNDIAL, 2007:

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Master of Laws, Yale Law School. Profesor asistente, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Investigador Asistente, CONICET.

ISSN 1851-3069

76; KILLINGER, 2003: 74). Los países que reciben préstamos tienen un ingreso medio y, en general, también pueden financiarse con la banca privada (BANCO MUNDIAL, 2007: 13, 60). Los países más pobres, en cambio, recurren a la AID.

Fundado en 1944 junto al Fondo Monetario Internacional (FMI) en la Conferencia de Bretton Woods, el BM surge para promover la reconstrucción europea luego de 1945. Hasta 1956, casi dos tercios de sus préstamos se empleaban en países de Europa. Más tarde, hasta fines de la década de 1960, el Banco continuó su misión con los países en desarrollo. Impulsó la industrialización y las obras de infraestructura en Latinoamérica. A partir de 1968, en que Robert McNamara asume la presidencia del BM, el foco central de la institución pasó a ser la pobreza: se financiaron proyectos agrícolas y educativos, por su probable impacto positivo sobre la pobreza (CORBALÁN, 2002: 67-68). Sin embargo, muchas de estas iniciativas no tuvieron éxito, en parte debido al conflicto con los intereses políticos de los mayores accionistas del Banco (KANBUR y VINES, 2000: 101-103). Hasta 1980, el Banco otorgó créditos para proyectos específicos (diques, plantas de energía); luego, se dedicó a programas de ajuste estructural, de alcance mucho más amplio, que impulsaron el comercio y la inversión orientada a exportar (ABOUHARB y CINGRANELLI, 2007: 58). Se trata de los créditos basados en políticas (*policy-based lending*). A través de estos créditos, el Banco vuelvió a los primeros planos en el gerenciamiento de fondos destinados a los países en desarrollo (CORBALÁN, 2002: 68). A partir de 1999, los préstamos de ajuste estructural se convirtieron en los más frecuentes del BM, superando a los que se aplicaban a proyectos concretos u obras de reconstrucción, que deberían ser la regla, según las normas fundantes del Banco (ABOUHARB y CINGRANELLI, 2007: 63).

Actualmente, el Banco afirma que sus tareas incluyen el financiamiento de las necesidades de largo plazo en materia de desarrollo humano y social, el apoyo a los países en crisis económica, la promoción de importantes reformas políticas e institucionales, y la creación de un clima propicio para las inversiones (BANCO MUNDIAL, 2007: 12-13).

Se describe hoy al BM como una "institución educadora", que hace extraordinarios esfuerzos de investigación y difusión, si bien no toma debidamente en cuenta el trabajo de otras instituciones dedicadas al desarrollo. Es probable que no tenga un conocimiento suficiente sobre ideas alternativas; la mayoría de su personal técnico, más allá de su nacionalidad de origen, se ha formado en un mismo entorno: las escuelas de posgrado de Estados Unidos (FINE, 2002: 205-206, 209; SINDZINGRE, 2004: 166, 168, 174). A través de sus informes e investigaciones, el Banco propone a los países prestatarios nuevas razones para solicitar préstamos (FINE, 2002: 207). Plantea temas y preocupaciones que sirven de base para nuevos proyectos.

Dentro de la institución, lo importante es lograr que el Comité Ejecutivo apruebe un crédito para implementar un determinado proyecto. La cultura del BM favorece al personal que logra la aprobación rápida. Los ascensos dependen del monto y cantidad de los créditos aprobados por el Comité Ejecutivo. En cambio, no se pone énfasis en el seguimiento de la implementación y de los efectos del crédito. Bajo

ISSN 1851-3069

esas circunstancias, las distintas políticas internas adoptadas por el BM para proteger el ambiente o los derechos de los pueblos indígenas, por ejemplo, aparecen como obstáculos que reducen las oportunidades de ascender. Además, los directores de proyecto tienen margen para "armonizar" esas pautas con otros objetivos propuestos para el crédito. En síntesis, no se estimula el seguimiento a conciencia de los procedimientos de protección (FINE, 2002: 268; SARFATY, 2009: 668-670). Tampoco tienen demasiada incidencia los informes sobre las consecuencias ambientales o los efectos sobre la pobreza de los proyectos financiados, según ha relevado la oficina de evaluación interna del Banco (RICH, 2002: 34-36).

A lo largo del tiempo, distintos informes internos han denunciado y criticado esta "cultura de la aprobación" y la consecuente falta de efectividad. El Informe Wapenhans, de 1992, precisó que más de un tercio de los proyectos financiados por el BM habían fracasado de acuerdo a las pautas fijadas por la propia institución. Cada propuesta fallida implica, además, una importante carga de deuda para el país involucrado. La necesidad de acelerar los créditos se debe a que en la década de 1990 el Banco perdió algo de su influencia financiera por la mayor disponibilidad de fondos en los prestadores privados (RICH, 2002: 27-28, 46; GHAZI, 2005: 36).

No se gobierna según un principio de voto igualitario para cada Estado. Por el contrario, las decisiones se toman por voto ponderado, donde cada país vota de acuerdo (aproximadamente) a los fondos que aporta. Estados Unidos posee 16,8% de las acciones en el BM y el FMI; los países del G8 reúnen el 44% en el BM y 47% en el FMI (ABOUHARB y CINGRANELLI, 2007: 108). Esto se traduce en un peso decisivo en el Comité Ejecutivo, órgano que aprueba o rechaza los proyectos a financiar.

El BM, al igual que el FMI, establece reformas y políticas para países en vías de desarrollo, a través de "acuerdos" y "condicionalidades", expresados como un conjunto de políticas que el país receptor del crédito deberá ejecutar. Consisten generalmente en un grupo de medidas de carácter liberal en lo económico, que apuntan a que el orden socioeconómico se oriente, principalmente, por las leyes del mercado (PAUTASSI, 2001: 141). En ese sentido, a comienzos de la década de 1980, los gobiernos de Estados Unidos y Gran Bretaña promovieron el traspaso del poder del Estado al mercado (STIGLITZ, 2002: 40-41). El BM y el FMI llevan adelante este objetivo a través de los acuerdos de ajuste estructural[1], que proveen financiamiento rápido a países dispuestos a implementar ciertas políticas económicas. Se trata de liberalizar y privatizar la economía en el contexto de una estricta disciplina fiscal, intentando estabilizar los precios; las funciones que quedan en manos estatales se reducen y descentralizan. En el comercio exterior, se favorecen las exportaciones, y se reducen o eliminan los aranceles a las importaciones. También se refuerza la protección a la propiedad privada y se desregula el mercado de capitales y el financiero, de modo que se permite la propiedad extranjera sobre empresas (NAÍM, 1999: 1; STIGLITZ, 2002: 42; ABOUHARB y CINGRANELLI, 2007: 15).

Sin embargo, las constantes críticas a estas propuestas conducen a que en 1989, el presidente del BM, Lewis Preston, establezca la reducción de la pobreza como objetivo. Esto da lugar a la "segunda

[1] Entre 1981 y 2003, el BM llevó adelante 442 acuerdos de ajuste estructural, y el FMI, 431; véase ABOUHARB y CINGRANELLI, 2007: 25.

ISSN 1851-3069

generación" de ajustes estructurales (ABOUHARB y CINGRANELLI, 2007: 63), que exigen protecciones para los sectores más pobres.

En muchos casos, los vaticinios del BM sobre progreso y crecimiento no se verifican. Así, los países que ajustan no crecen (o crecen a un ritmo demasiado lento), eliminan o reducen inversión en salud, infraestructura y educación. A la vez, sus deudas externas siguen aumentando. Una publicación técnica del BM, fechada en 1990, admite que luego de nueve años de políticas de ajuste, "pocos resultados claros se han obtenido en cuanto al éxito de estos programas" (RIBE *et al.*, 1990: 2). Aún así, sigue promoviéndose el crecimiento a través del ajuste estructural, que se basa en la noción de reducir el Estado ampliando el mercado.

Desde 1980, el Banco impulsa programas de liberalización de la economía y el comercio, con programas de ajuste y privatizaciones, a fin de fomentar el crecimiento. A partir de ese crecimiento liderado por el sector privado, la pobreza se reduciría. En su informe anual de 1990, el BM propuso dos pilares en la lucha contra la pobreza: por una parte, promover las actividades que requieran mano de obra intensiva; por la otra, crear redes de protección social, para atenuar los efectos del ajuste (KANBUR y VINES, 2000: 101-103).

Las TMC consisten en programas sociales que entregan periódicamente una suma de dinero en efectivo al jefe o jefa de familia, siempre que se cumplan ciertas actividades o condiciones respecto de hijos e hijas. Por ejemplo, pueden fijarse como requisitos completar el calendario de vacunas obligatorias, o enviar regularmente los niños a la escuela. Se imponen límites al comportamiento de los beneficiarios. A diferencia de la noción de "derecho", en las TMC (en tanto "beneficio") la regla es el acceso condicionado, y no el acceso universal y sin condiciones.

Existen diversas modalidades para esta política, según la extensión de la comunidad a que llegue, y la clase y cantidad de condiciones exigidas. Los esquemas de algunos países incluyen amplios sectores de la población, como ocurre en Brasil a través del programa *Bolsa Família*. Este sistema abarca, según datos provistos por el Ministerio de Desarrollos Social brasileño, a más de 13 millones de familias[2]. Chile, en cambio, abarca sólo al grupo más pobre ("la población más vulnerable del país", según se describe en los folletos oficiales del programa *Chile Solidario*[3]).

El BM explica que la creciente implementación de las TMC ha mejorado la calidad de vida de las familias pobres, aumentando el consumo (FISZBEIN *et al.*, 2009: 2). Sin embargo, cabe señalar que estas transferencias, por sí mismas, no incrementan la infraestructura educativa o de salud. Trabajan sobre la base de lo existente; ampliar el sistema exige otras políticas. A la vez, las TMC parten de suponer que la pobreza deriva de una "falta de capital humano", esto es, de una insuficiente escolarización, o de un deficiente cuidado de la salud, por citar dos ejemplos. Para remediar esa falta, se provee un mecanismo de acceso (el dinero). No se habilita la discusión sobre la justicia o injusticia de la estructura económica donde la pobreza surge y crece (RAMÍREZ HERRERA, 2008: 7).

2 http://www.mds.gov.br/bolsafamilia
3 Véase http://www.chilesolidario.gob.cl/sist/sist2.php

ISSN 1851-3069

2. Argentina y el BM: el crédito para la AUH

Nuestro país se unió al BM en 1956, iniciando un vínculo que creció en intensidad (CORBALÁN, 2002: 75). El primer préstamo, concedido en 1961, se destinó a la construcción de rutas, pero en las dos décadas siguientes los créditos no tuvieron demasiada relevancia ni frecuencia. Tras la restauración democrática de 1983, el gobierno argentino buscó apoyo técnico y financiero del Banco, con el objetivo de reformar el sector público. A partir de la asunción de Carlos Menem, el BM multiplicó los préstamos otorgados. Con ellos se financió el programa de "reforma del Estado" (ley 23.696, de agosto de 1989). Junto con el Banco Interamericano de Desarrollo, el BM aporta 650 millones de dólares entre 1991 y 1992, para afrontar la salida de 120 mil empleados públicos. Otros préstamos se destinaron a proyectos de "reforma estructural", incluyendo reformas del Estado en provincias y municipios; siempre se siguieron las pautas del programa nacional (privatizaciones, reducción de personal, etcétera). Finalmente, algunas líneas de préstamo se asignaron a programas sociales y educativos, y a otras áreas de la actividad estatal.

TMC en el caso argentino: la AUH

A través del Decreto de Necesidad y Urgencia 1602/2009[4], la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner creó la AUH. Consiste en un pago mensual (en marzo de 2013, el monto es de 270 pesos) por cada hijo o hija menor de 18 años, hasta un máximo de cinco hijos por familia. Se entrega a cada madre o padre que esté sin empleo, o que tenga un trabajo en el sector informal, siempre y cuando no gane una cifra superior al salario mínimo, vital y móvil. Empezó a regir el 1 de noviembre de 2009 y actualmente cubre a más de 3 millones de niños y niñas, según información oficial[5].

ANSES presenta a esta asignación como una ampliación o extensión de una institución preexistente: las Asignaciones Familiares por hijo (AF), que se pagan a personas con empleo formal y un salario inferior a cierta cifra límite. A través del Decreto 1602, se incluye bajo un beneficio aparentemente similar a quienes carecen de trabajo registrado. Como veremos, las condiciones y requisitos no son idénticos para los trabajadores con un empleo formal.

Para la creacion de la AUH, el Gobierno argentino recurrió a la asistencia del BM. A través del préstamo LN 7703-AR[6], el Banco otorgó 450 millones de dólares para financiar la implementación de la AUH, entre otras medidas de protección social (BANCO MUNDIAL, 2011: 2). El monto prestado representó, en su momento, el 35% de los 1270 millones de dólares dedicados al proyecto de protección

4 *BO*, 30 de octubre de 2009.
5 http://www.anses.gob.ar/asignacion-universal/asignacion-universal-hijo-144. Los datos de cobertura fueron confirmados en el discurso de la Presidenta en la apertura de sesiones del Congreso el 1 de marzo de 2013, disponible en: http://www.presidencia.gob.ar/discursos/26370-inauguracion-del-131o-periodo-de-sesiones-ordinarias-del-congreso-discurso-de-la-presidenta-de-la-nacion
6 Texto oficial del acuerdo para el préstamo, disponible en: http://go.worldbank.org/VTF6V1O8W0

ISSN 1851-3069

social. En 2011, el Banco otorgó un préstamo adicional, de 480 millones de dólares[7]. Sin embargo, la importancia relativa de este crédito es mucho menor (inferior al 10% del total destinado a las medidas). El financiamiento principal proviene ahora de fondos estatales.

Según el BM, la AUH representó un paso importante en el proceso de cierre del sistema basado en el Plan Jefes y Jefas de Hogar, surgido tras la crisis de 2001. Argentina buscaba reemplazarlo con un esquema más estable, centrado en dos planes principales: 1) Seguro de Capacitación y Empleo, y 2) Asignaciones Familiares (de trabajadores formales, no formales y desempleados) (BANCO MUNDIAL, 2009: 3-6).

3. Cuestiones constitucionales

La AUH representa, entonces, una política de amplio alcance, con un impacto superior al de medidas anteriores, y acordada con el BM a fin de obtener un porcentaje del financiamiento necesario.

En este apartado analizaremos la AUH a la luz de los derechos humanos consagrados constitucionalmente[8]. En primer lugar, examinaremos la noción misma de "condiciones" y luego consideraremos el esquema vigente a la luz del derecho a la igualdad.

Esta revisión no implica, por supuesto, desconocer todas las consecuencias y efectos positivos de la implementación de la AUH. Entre ellos, se han informado el aumento de la matrícula escolar, el regreso de estudiantes que habían abandonado las aulas y la mejora en el consumo de las familias beneficiadas[9].

3.1 Derechos condicionados

Las TMC se caracterizan por fijar ciertas condiciones para el disfrute de un derecho: en el caso argentino, el derecho a la seguridad social, contenido en el art. 9 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC) y en el art. 14 bis de la Constitución Nacional [CN]).

¿Puede fijarse el cumplimiento de ciertos deberes como condición para ejercer derechos? Es verdad que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre sí enumera obligaciones de las personas (GELLI, 2005: 400). Sin embargo, no se presentan como condiciones para disfrutar de los derechos. De lo contrario, podría exigirse que una persona cumpla el deber de asistir a sus hijos como requisito para que pueda, a su vez, ejercer el derecho a votar. En principio, parece inaceptable este modo de entender los derechos. Ellos se formulan, en general, como facultades reconocidas sin condiciones,

7 Véase el comunicado de prensa emitido por el BM, con fecha 10 de marzo de 2011, disponible en: http://go.worldbank.org/AZ1J1ZKCP0

8 No analizaremos aquí otra cuestión constitucional, a saber, la legitimidad de la vía adoptada para la creación de la AUH. No parece haber razones que justifiquen la utilización del decreto de necesidad y urgencia en este caso. Ni la lectura de los considerandos del decreto ni el panorama político y social de octubre de 2009, nos aportan elementos que demuestren la existencia de "circunstancias excepcionales [que] hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes" (CN, 99 inc. 3). En principio, consideramos que esta asignación debía crearse por ley del Congreso.

9 Una compilación de informes sobre el particular elaborados por universidades públicas argentinas puede hallarse en MINISTERIO DE EDUCACIÓN, 2011.

ISSN 1851-3069

como derechos que cada persona tiene sólo por su carácter de tal, más aún en el caso de los derechos humanos. Desde este punto de vista, los deberes no podrían legítimamente funcionar como exigencias previas o como barreras que impidan el ejercicio de un derecho. A modo de ejemplo, podemos preguntarnos si aceptaríamos tales requisitos para acceder a otros derechos, tales como la salud, o la defensa letrada gratuita.

En el caso de la AUH, las exigencias (presentar constancias de escolaridad y vacunación) se plantean a los padres, aparentemente como forma de garantizar que el dinero entregado se utilice en brindar salud y educación al niño. La pregunta central es cuál es el verdadero objetivo de ese control. ¿Se trata de asegurar que el dinero no sea "malversado" por las personas adultas? ¿O el eje de protección es el niño? Sólo la segunda opción justificaría, hasta cierto punto, la adopción de requisitos o condiciones, pero hay que asegurarse de que no existe otra forma menos restrictiva de hacer ese control. Es decir, se trata de analizar la razonabilidad (CN, art. 28) de la solución adoptada. ¿Es proporcional a la finalidad buscada, esto es, garantizar al niño o a la niña el disfrute de sus derechos? En particular, cabe revisar si la sanción prevista por no presentar las constancias es la única alternativa. En lugar de decretarse la "pérdida del beneficio" (art. 18 inc. k, ley 24.714), ¿no debería incluirse la posibilidad de constituir a otro pariente u otra persona cercana como titular de la AUH y obligado a cumplir con tales condiciones? El objetivo debería ser separar al niño de las consecuencias de la conducta de su padre o madre, impedir que la sanción al adulto sea soportada (bajo la forma de una denegación de la AUH) por la persona menor de edad, supuesta destinataria de esta política.

3.2 Cuestiones de igualdad

Aquí analizamos la AUH a la luz del derecho a la igualdad, contenido en el art. 16 de la CN, como así también en los arts. 1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 2 del PDESC, entre otras cláusulas concordantes de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

En principio, observamos que hay desigualdad respecto de las personas beneficiarias de las asignaciones familiares. Las condiciones exigidas para recibir la AUH son distintas a las requeridas para cobrar la AF. Así, las personas desempleadas o sin trabajo formal reciben un trato distinto del que se da a quienes sí tienen trabajo registrado. A continuación, exponemos estas diferencias:

a) En el máximo de ingresos admitido:

Toda persona con trabajo formal cobra AF siempre que su sueldo sea inferior a 5200 pesos[10]. En cambio, quienes cumplen tareas en el sector informal no reciben AUH si ganan más que el salario mínimo, vital y móvil[11], fijado en 2875 pesos a partir del 1 de febrero de 2013[12].

10 Tope salarial fijado por Decreto 1482/2011; véase http://www.anses.gov.ar/trabajadores-actividad/asignaciones-familiares/montos.php. Cabe señalar que existe una escala, según la cual disminuye el monto de la AF por hijo a medida que aumenta el salario (en tanto no exceda el límite máximo de 5200 pesos).

ISSN 1851-3069

Quien tiene un empleo informal y gana entre 2876 y 5200 pesos no cobra una asignación que sí recibe quien posee empleo registrado. Este trato desigual no parece justificado: la informalidad no puede utilizarse para castigar a la parte obrera; acarrea, en todo caso, una sanción para la patronal.

Esta primera diferencia viola el derecho a la igualdad real de oportunidades y de trato (CN, 16 y 75 inc. 23). Se niega a unos hijos lo que se reconoce a otros, sin explicitar qué fines podrían justificar la imposición de tal diferencia, en caso de que resultara razonable (CN, 28), esto es, proporcional como medio para la finalidad buscada.

En tanto el Estado argentino no aporta las razones justificatorias, los límites trazados por el DNU resultan inconstitucionales.

b) En el requisito de nacionalidad:

La AF se entrega por todo hijo soltero menor de 18 años que viva en Argentina. En el caso de la AUH, se añade un requisito de nacionalidad: el hijo debe ser argentino. Si se trata de un hijo extranjero, aparece una condición adicional: 3 años o más de residencia legal[13].

Esta exigencia, por supuesto, resulta cuestionable no sólo a la luz del derecho general a la igualdad, del modo ya explicado en el apartado anterior. En particular, resulta difícil de sostener frente a la clara previsión del art. 20 de la CN. Allí se garantiza a las personas extranjeras "todos los derechos civiles del ciudadano". No se ven, en los considerandos del DNU, las razones alegadas para introducir un trato diferente basado en la nacionalidad de las personas. No puede tomarse como argumento justificatorio el párrafo 3 del art. 2 del PDESC, que habilita a los países en vías de desarrollo a determinar, teniendo en cuenta "los derechos humanos y su economía nacional", en qué medida garantizarán los derechos del Pacto a los extranjeros. Sin embargo, esta cláusula no permite hacer esas diferencias en el caso argentino. En efecto: el art. 5.2 del mismo PDESC prohíbe utilizar el texto del Pacto para recortar derechos que son reconocidos de modo más amplio en el derecho interno. De esta forma, la igualdad de los extranjeros consagrada en el art. 20 de la Constitución fija un umbral del que no se puede retroceder.

La situación se agrava si consideramos que se trata de niños (es decir, menores de 18 años), sujetos especialmente protegidos en el marco constitucional argentino (CN, 75 inc. 23 y Convención de los Derechos del Niño, dotada de jerarquía constitucional).

En diciembre de 2011, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano de interpretación del PDESC, emitió sus Observaciones Finales sobre Argentina. En ese texto, el Comité expresa su preocupación porque "los requisitos para recibir la Asignación Universal por Hijo, establecida por ley, en la práctica excluyan a ciertos grupos, como los migrantes y sus hijos, del derecho a recibir esa prestación", mencionando también la situación de las personas privadas de libertad. A la vez, el Comité

11 Decreto 1602/2009, art. 2.
12 Resolución 2/2012 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, dictada con fecha 28 de agosto de 2012 y publicada en el *Boletín Oficial*, 30 de agosto de 2012.
13 Decreto 1602/2009, art. 6.

ISSN 1851-3069

insta a la Argentina a adoptar todas las medidas necesarias para brindar "sin restricciones" la cobertura de la AUH (COMITÉ DESC, 2011: parág. 20).

c) En las condiciones exigidas:

Resulta discutible la noción misma de "condiciones" al momento de reconocer un derecho. Sin embargo, aquí nos concentramos en otra cuestión: la desigualdad en dichas condiciones.

Por una parte, el trabajador formal sólo debe brindar información sobre fecha de nacimiento y CUIT correspondientes a sus hijos o hijas para poder recibir las AF. En cambio, quien desee cobrar la AUH debe presentar constancias de exámenes de salud periódicos y de aplicación de las vacunas; y a partir de los 5 años, certificados de escolaridad pública[14]. Una persona debe acreditar o no el cumplimiento de ciertas pruebas médicas y la asistencia a la escuela, según se trate de empleados informales o formales. Una vez más, el trato desigual se funda en una circunstancia ajena a la voluntad de la persona. Se afecta, también aquí, el derecho a la igualdad.

La diferencia, por otra parte, presenta un aspecto estigmatizante. La exigencia de certificados en un caso implica un supuesto: que un trabajador no registrado es más proclive a no enviar sus hijos a la escuela o a no cuidar de la salud de ellos. Por ello el Estado le exige sólo a quien recibe la AUH la presentación de constancias. Quien tiene empleo formal, en cambio, no necesita probar esas conductas; el Estado presupone que sí las cumple. Estos supuestos diferenciados se encarnan en el texto del DNU, que establece el trato desigual sin justificaciones. No se proveen razones para entender por qué el Estado sostiene estas ideas acerca de los trabajadores informales.

d) En el número de hijos:

La persona con empleo registrado recibe AF por cada uno de sus hijos o hijas, sin límite de cantidad. Por el contrario, la AUH sólo cubre hasta cinco hijos[15]. A modo de ejemplo, una familia con 6 hijos obtendrá, en concepto de AF, un total de 1620 pesos (270 pesos por cada menor de 18 años). Si se halla bajo el régimen de AUH, el monto desciende a 1350.

Aquí se plantean dos cuestiones distintas en relación con el derecho a la igualdad. En primer lugar, hay un trato desigual entre los trabajadores registrados y no registrados, ya que los primeros pueden recibir (a igual número de hijos, luego del quinto) una cifra mayor en concepto de asignaciones familiares. En segundo término, se da un trato diferente a los hijos de los trabajadores informales, cuando son más de cinco. Los primeros cinco reciben asignación, mientras que a partir del sexto quedan excluidos, sin que se hayan ofrecido razones que justifiquen tal distinción.

[14] Decreto 1602/2009, art. 6.
[15] Decreto 1602/2009, art. 5.

ISSN 1851-3069

La cuestión constitucional en materia de igualdad, en síntesis, puede describirse como sigue[16]. El sistema trata de modo desigual a dos grupos de trabajadores, los registrados y los no registrados. Al segundo grupo le fija un máximo salarial admisible más bajo que al primero (salario mínimo vital y móvil, en un caso, y una cifra casi dos veces mayor, en el otro). Los hijos del segundo grupo deben reunir un requisito de nacionalidad (o de residencia) no exigido a los hijos del otro grupo. Los trabajadores no registrados deben cumplir con condiciones (presentar certificados de salud y de escolarización) que no se requieren a los trabajadores formales. Finalmente, hay un límite en el número de hijos de trabajadores no registrados que pueden recibir asignación; esa barrera no existe en el otro grupo.

Este trato desigual podría entenderse como una reglamentación (en el caso) del derecho a la igualdad. Por lo tanto, corresponde al Estado demostrar la razonabilidad (CN, 28) de las diferencias introducidas. Ello exige guardar proporcionalidad al momento de limitar derechos por vía reglamentaria. Debe existir relación entre "los medios elegidos con los propósitos perseguidos"[17]. María Angélica Gelli sostiene que una decisión razonable debe guardar: 1) una proporción entre los medios y los fines; y 2) una relación causal entre la limitación de derechos y el objetivo buscado (GELLI, 2005: 331). Cabe agregar que los fines también deben ser legítimos desde el punto de vista constitucional. Por lo tanto, cualquier limitación a un derecho debe resultar proporcional al fin buscado.

Esa justificación (o la enunciación de los fines buscados) es la que se halla ausente en el DNU y en sus considerandos. Ante tal omisión, sólo cabe concluir en la inconstitucionalidad de tales distinciones y en la necesidad de asegurar el mismo trato a todos los trabajadores.

4. Derechos humanos y BM: la desigualdad negociada

Todas estas diferencias de trato se hallan previstas también en los documentos del BM que fundamentan la aprobación del crédito negociado con la Argentina y otorgado a nuestro país. Esto no resulta sorprendente, ya que el Banco no diseña sus políticas ni evalúa sus proyectos a partir de los tratados internacionales de derechos humanos (DARROW, 2003), que consagran la igualdad entre otros derechos.

En efecto: el Banco, alegando su carácter "técnico" y su obligación de no interferir en la política interna de los países clientes, no admite expresamente estar obligado por los instrumentos internacionales de derechos humanos (GHAZI, 2005: 82-83). Si bien el BM se define a sí mismo como una entidad especializada dentro del sistema de Naciones Unidas, bajo la supervisión (sólo formal) del Consejo Económico y Social (BANCO MUNDIAL, 2007: 40, 43; KILLINGER, 2003: 70), no se subordina a los Pactos impulsados por la organización internacional en materia de derechos humanos. Por otra parte, no

[16] Una crítica similar por el trato desigual puede hallarse en el informe alternativo presentado en 2011 por organizaciones de la sociedad civil ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Dicho informe, junto a los de otras entidades, está disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/cescrs47.htm

ISSN 1851-3069

hay acuerdo claro entre los especialistas acerca de este punto, lo cual favorece a la posición del Banco (SARFATY, 2009: 658-659).

Mientras otras instituciones similares, como la UNESCO, han adoptado un enfoque explícito de derechos humanos en su tarea, el BM no ha elaborado ninguna política operativa en ese sentido. En general, la institución sostiene que se dedica a crear el desarrollo que es condición indispensable para la vigencia de los derechos sociales, entre otros derechos humanos (GHAZI, 2005: 60). Así lo expresó, por ejemplo, en su presentación ante la Conferencia de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos en 1993 (BANCO MUNDIAL, 1993: parág. 14 y 42).

Sin embargo, esto no parece confirmarse en la realidad. Un estudio empírico sobre la cuestión demuestra que los programas de ajuste estructural del BM y el FMI debilitan el respeto por los derechos humanos. Especialmente, resultan afectados los derechos económicos y sociales, principalmente de los más pobres (ABOUHARB y CINGRANELLI, 2007: 137, 230, 234-235)[18]. CONKLIN y DAVIDSON (1986), al analizar el caso argentino entre 1958 y 1985, coinciden en esa conclusión. Afirman que en el corto plazo el costo de las medidas de estabilización del FMI golpea más a los asalariados y los pobres; ello ha llevado a una baja en el nivel de vida, a causa de la menor satisfacción de necesidades básicas. Se violenta así el principio de progresividad del Pacto (art. 2), y también el derecho a un nivel de vida adecuado (art. 11).

En las últimas dos décadas han existido distintas iniciativas para introducir a los derechos humanos dentro de la labor diaria del Banco. Sin embargo, ninguna tuvo un éxito significativo y el Comité Ejecutivo no ha adoptado una política oficial en la materia. La institución no toma en cuenta las obligaciones de cada país prestatario en derechos humanos al momento de diseñar las políticas que se incluirán en un proyecto. Estos derechos siguen siendo una cuestión marginal en el BM (SARFATY, 2009: 647-648, 659-662). Por esta razón, quedan abiertas cuestiones constitucionales como las que expusimos en el apartado anterior.

Esta situación refleja el predominio de una concepción dominante sobre los derechos humanos dentro del BM: la de quienes se han formado en economía (SARFATY, 2009: 677-678). Esta postura da a los derechos humanos un carácter simplemente instrumental: su respeto se justifica sólo en cuanto pueda contribuir al desarrollo económico. La implementación de estos derechos debe ser pragmática. Incluso, puede haber compensaciones o compromisos entre los objetivos económicos y los derechos humanos debido a la escasez de recursos. Por el contrario, el personal técnico que proviene del derecho, la antropología o la sociología, afirma el valor de los derechos humanos como fines en sí mismos, sin distinguir entre derechos civiles y sociales.

Bajo esta concepción de raíz económica, las TMC no se diseñan a la luz de las exigencias del derecho humano a la igualdad en el goce de los derechos humanos de niños y niñas a la salud y la

[17] "Irízar, José M. c/ Provincia de Misiones", 12 de septiembre de 1996; *Fallos*, 319:1934, voto de la mayoría, considerando 8, con citas concordantes de *Fallos*, 160:247, 171:349 y 243:98.

ISSN 1851-3069

educación. Estas políticas se adoptan por el impacto positivo que puedan tener en la inclusión social de sectores marginales, el aumento en su productividad, la consolidación de capital humano y la disipación de tensiones y resistencias frente al ajuste. Su alcance y cobertura se definen a partir de las posibilidades fiscales. Un enfoque igualitario, en cambio, que abarcara a todo niño, sin limitarse a los cinco primeros, tendría un alcance incierto, inestable y menos previsible.

La preocupación del BM pasa más bien por la eficacia de un proyecto; en particular, analiza también la viabilidad política de una herramienta. En este sentido, una obra editada por el Banco sobre las TMC destaca que la inclusión de "condiciones" hace que el programa logre más facilmente el apoyo político por parte de quienes no reciben esa asistencia (FISZBEIN *et al.*, 2009: 2). En otras palabras: las clases medias y altas se inclinan con mayor probabilidad a sostener o al menos tolerar programas sociales que exijan alguna conducta de parte de la población beneficiaria. Esto es, se intenta transmitir la idea de que las familias beneficiarias tienen que "ganarse" el ejercicio de su derecho a la seguridad social.

Resulta difícil precisar hasta qué punto esta noción instrumental de los derechos humanos pertenece no sólo al Banco sino también al Gobierno argentino. No es posible acceder a todos los documentos elaborados durante la negociación del crédito, y por ello, carecemos de elementos para saber si hubo observaciones o resistencias de nuestro país en el trámite. El ciclo de un proyecto en la institución atraviesa distintas fases, en un prolongado "diálogo de políticas" entre un gobierno y el BM (GHAZI, 2005: 250-251). Inicialmente, el Banco identifica proyectos que puedan contribuir al desarrollo del país cliente. Luego, este último prepara un informe detallado sobre la factibilidad del proyecto, muchas veces con asistencia del BM. Más adelante, la institución analiza la fundamentación técnica, las capacidades institucionales del país tomador del préstamo, la relevancia económica para el desarrollo y la disponibilidad de fondos adicionales. Luego de esto, el Banco, a través de una serie de conversaciones con el país cliente, da forma al proyecto definitivo. Este documento se presenta ante el Comité Ejecutivo para su aprobación. Si resulta aceptado, se firma el acuerdo para el préstamo y el país receptor inicia la implementación. Más allá de este esquema "dialógico", el documento final debe resultar aceptable para el Comité, donde los países industrializados tienen un poder decisivo. Parece difícil apartarse de los enfoques economicistas que predominan en la institución.

5. Conclusión: repensar las bases de las políticas sociales

Pueden faltar precisiones acerca de la situación del Banco respecto a los tratados de derechos humanos, o sobre los detalles de la negociación que dio como resultado la aprobación del crédito para financiar parcialmente la AUH.

No hay duda, en cambio, de que Argentina no puede suscribir acuerdos internacionales que violen sus obligaciones en materia de derechos humanos, ni implementar políticas que contradigan las pautas constitucionales. Los acuerdos con el BM son simples tratados internacionales, que en virtud del art. 27 de

[18] Véase también DARROW, 2003: 69, describiendo las conclusiones en el mismo sentido de un experto independiente perteneciente a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

ISSN 1851-3069

la CN deben estar "en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución". Esto significa subordinación a los principios constitucionales (QUIROGA LAVIÉ, 2000: 152-153), incluyendo los derechos consagrados en los artículos del texto y en los instrumentos de igual jerarquía.

Por lo tanto, el caso de la AUH ilustra la necesidad de replantear el modo en que se discuten y diseñan políticas sociales. Como hemos visto en este caso, el enfoque tradicional identifica problemas, analiza recursos disponibles y viabilidad política, para luego proponer cursos de acción e instrumentos evaluados según su mayor o menor eficacia dadas las condiciones. En todo esto, los creadores de políticas operan como si no existieran otros límites que los económicos.

Sin embargo, un Estado de Derecho no puede operar así. Es necesario incluir los derechos humanos en todo este proceso. Los problemas deben reconocerse también en cuanto afectaciones o incumplimientos de los derechos consagrados en la Constitución. El hambre, la intemperie, el analfabetismo, la explotación y el desempleo no son sólo variables económico-sociales preocupantes, sino violaciones de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Más importante aún: el diseño de las soluciones debe estar encuadrado en el respeto a los derechos. El principio de supremacía constitucional (CN, 31) significa que toda acción estatal debe guardar coherencia con el texto de la ley suprema. Las políticas sociales no pueden incurrir en trato desigual o en discriminación hacia los extranjeros. La sustentabilidad fiscal no excusa el incumplimiento de los preceptos constitucionales. En un reciente fallo sobre el derecho a la vivienda, la Corte Suprema ha establecido que la escasez de recursos no elimina las obligaciones estatales[19]. En cualquier caso, ni el DNU ni sus considerandos incluyen ninguna justificación de este tipo para el diseño elegido y acordado con el BM.

El compromiso constitucional con los derechos humanos, especialmente a partir de la reforma de 1994, obliga a los poderes del Estado a basar sus acciones y políticas en las exigencias y objetivos que esos derechos establecen.

Referencias bibliográficas

ABOUHARB, M. y CINGRANELLI, D. (2007): *Human rights and structural adjustment*, Cambridge University Press, Cambridge (Gran Bretaña).

BANCO MUNDIAL (1993): *Contribution from the World Bank. The World Bank and the promotion of human rights*, UN Document A/CONF.157/PC/61/Add.19, 1993.

19 "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo" (Expte. Q. 64. XLVI, 24 de abril de 2012). Véase voto de la mayoría, considerando 14; y voto concurrente del ministro Petracchi, considerando 17.

ISSN 1851-3069

BANCO MUNDIAL (1994): *World Development Report 1994: Infrastructure for Development*, Washington (D.C.).

BANCO MUNDIAL (2007): *A guide to the World Bank*, 2a ed., World Bank, Washington (D.C.).

BANCO MUNDIAL (2009): Informe Nº 47874-AR (*Project appraisal document on a proposed loan in the amount of US$450 million to the Argentine Republic for a basic protection project*), Washington (D. C.), 4 de mayo de 2009. Disponible en:
http://go.worldbank.org/URX1Z8NY70

BANCO MUNDIAL (2011): Informe Nº 59201-AR (*Documento del Proyecto referente a un préstamo adicional propuesto por un monto de US$ 480 millones para la República Argentina destinado a un proyecto de protección básica*), Washington (D.C.), 7 de febrero de 2011. Disponible en:
http://go.worldbank.org/XUHHFMCOT0

COMITÉ DESC (2011): "Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Argentina", E/C.12/ARG/CO/3.
Disponible en: www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/co/E-C-12-ARG-CO-3_sp.doc

CONKLIN, M. y DAVIDSON, D. (1986): "The I.M.F. and economic and social human rights: a case study of Argentina, 1958-1985", *Human Rights Quarterly*, vol. 8, núm. 2, mayo, pp. 227-269.

CORBALÁN, M. (2002): *El Banco Mundial. Intervención y disciplinamiento. El caso argentino: enseñanzas para América Latina*, Biblos, Buenos Aires.

DARROW, M. (2003): *Between Light and Shadow: The World Bank, the International Monetary Fund and International Human Rights Law*, Hart Publishing, Portland.

FINE, B. (2002): "The World Bank's speculation on social capital", en Pincus, Jonathan R. y Winters, Jeffrey A. (eds.), *Reinventing the World Bank*, Cornell University Press, Ithaca y Londres, pp. 203-221.

FISZBEIN, A. *et al.* (2009): *Panorama general. Transferencias monetarias condicionadas. Reduciendo la pobreza actual y futura*, Washington (D.C.). Disponible en:
http://siteresources.worldbank.org/INTCCT/Resources/5757608-1234228266004/CCTS-Overview-Spanish.pdf

GELLI, M. (2005): *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ra ed., La Ley, Buenos Aires.

ISSN 1851-3069

GHAZI, B. (2005): *The IMF, the World Bank and the question of human rights*, Transnational Publishers, Ardsley (Nueva York).

KANBUR, R. y VINES, D. (2000): "The World Bank and poverty reduction: past, present and future", en Christopher Gilbert y David Vines (eds.), *The World Bank. Structure and policies*, Cambridge University Press, Cambridge (Gran Bretaña), pp. 87-107.

KILLINGER, S. (2003): *The World Bank's non-political mandate*, Carl Heymanns Verlag KG, Colonia-Berlín-Munich.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN (2011): *Análisis y evaluación de los aspectos educativos de la Asignación Universal por Hijo (AUH)*, Ministerio de Educación de la Nación, Buenos Aires. Disponible en: http://portal.educacion.gov.ar/?page_id=188

MORGAN-FOSTER, J. (2003): "The relationship of IMF structural adjustment programs to economic, social, and cultural rights: the Argentine case revisited", *Michigan Journal of International Law*, vol. 24, invierno, pp. 577-646.

NAÍM, M. (1999): *Fads and Fashion in Economic Reforms: Washington Consensus or Washington Confusion?*, borrador de trabajo preparado para la Conferencia del FMI sobre Reformas de Segunda Generación, Washington (D.C.), 8 al 10 de noviembre de 1999.

PAUTASSI, L. (2001): "Estabilización, ajuste estructural y derechos sociales. Acerca de la relación entre orientación política y cambio técnico-económico", en Christian Courtis (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, pp. 139-158.

QUIROGA LAVIÉ, H. (2000): *Constitución de la Nación Argentina. Comentada*, 3ª ed., Zavalía, Buenos Aires.

RAMÍREZ HERRERA, C. (2008): *Las transferencias monetarias condicionadas. Un análisis de su implementación desde la perspectiva de los Derechos Sociales*, ponencia presentada al 1er Congreso de Ciencia Política, Universidad de los Andes, Bogotá (Colombia). Disponible en: http://congresocienciapolitica.uniandes.edu.co/pdf/descargar.php?f=./data/LINEA%204%20Politicas%20Publicas/MESA%201%20Politica%20publica%20y%20descentralizacion/04_Ramirez%20Camilo%20Linea%204%20Mesa%201.pdf

ISSN 1851-3069

RIBE, H. *et al.* (1990): *How adjustment programs can help the poor. The World Bank's experience*, World Bank Discussion Papers número 71, Washington (D.C.).

RICH, B. (2002): "The World Bank under James Wolfensohn", en Pincus, Jonathan R. y Winters, Jeffrey A. (eds.), *Reinventing the World Bank*, Cornell University Press, Ithaca y Londres, pp. 26-53.

SAPRIN (Structural Adjustment Participatory Review International Network) (2004): *Structural Adjustment: the SAPRIN Report. The policy roots of economic crisis, poverty and inequality*, Zed Books, Londres.

SARFATY, G. (2009): Why culture matters in international institutions: the marginality of human rights at the World Bank", *American Journal of International Law*, vol. 103, pp. 647-683.

SINDZINGRE, A. (2004): "The evolution of the concept of poverty in multilateral financial institutions. The case of the World Bank", en Morten Bøås and Desmond McNeill (eds.), *Global institutions and development. Framing the world?*, Routledge, Londres y Nueva York, pp. 164-177.

STIGLITZ, J. (2002): *El malestar en la globalización*, Taurus, Buenos Aires.

ISSN 1851-3069

APROXIMACIONES A LOS CRITICAL LEGAL STUDIES (CLS) EN TORNO AL COMPONENTE IDEOLÓGICO EN LA EDUCACIÓN JURÍDICA

Por Juan Jesús Garza Onofre

RESUMEN

El estudio de los movimientos alternativos, resulta primordial para seguir perpetuando posibilidades de creación y direccionar el trayecto lógico de la historia. Dentro del campo jurídico, los movimientos antiformalistas aglutinan una serie de posturas heterogéneas que encuentran resonancia al día de hoy en la resistencia contra lo uniforme y lo institucional. Los CLS, heredando quizá muchas veces involuntariamente la tradición del realismo jurídico norteamericano y del marxismo crítico de la escuela de Frankfurt, han sabido mantener vigente la idea de que la enseñanza jurídica produce un modelo de abogado acrítico y desideologizado. A través del estudio del concepto de ideología se pretende desentrañar su significación, para de esa manera permear las nociones de los CLS relativas a la educación legal y entender a cabalidad a qué se refieren en ese preciso aspecto.

PALABRAS CLAVE

Estudios críticos del derecho – Ideología – Educación jurídica – Movimientos antiformalistas – Filosofía del derecho

ISSN 1851-3069

APPROACH TO THE CRITICAL LEGAL STUDIES (CLS) REGARDING THE IDEOLOGICAL COMPONENT OF LEGAL EDUCATION

By Juan Jesús Garza Onofre

ABSTRACT

The study of alternative movements is essential in order to keep perpetuating creative possibilities and address the logical path of history. Within the legal field, anti-formalist movements coalesce a number of heterogeneous positions. These find resonance nowadays in the resistance against the established and institutional patterns. The CLS, perhaps many times unintentionally inheriting the tradition of American legal realism and critical Marxism of the Frankfurt School, have managed to maintain up-to-date the idea that legal education as we know it today produces a certain type of lawyer which lacks criticism and ideology. The purpose of the study of ideology as a concept is to unravel its meaning, to thereby permeate notions of CLS on legal education and understand what they precisely refer to in this field.

KEY WORDS

Critical Legal Studies – Ideology – Legal Education – Anti-Formalism Movements – Philosophy of law

ISSN 1851-3069

APROXIMACIONES A LOS CRITICAL LEGAL STUDIES (CLS) EN TORNO AL COMPONENTE IDEOLÓGICO EN LA EDUCACIÓN JURÍDICA

Por Juan Jesús Garza Onofre[*]

1. La historia impasible e imposible

Las presentes líneas tienen como objetivo desentrañar el significado conciso de una palabra dentro de un movimiento alternativo, pues frente a las posturas oficiales y la abundante confusión terminológica, parecería que en ocasiones la historia se encuentra clausurada o destinada a repetirse impidiendo el desarrollo de planteamientos que aspiran a concebir una forma distinta de la realidad.

Así, se iniciará el trabajo estudiando un par de cualidades de la historia para descubrirlas como aquellas que precisamente le permiten sortear sus adversidades. Después se buscará proyectar las generalidades respecto a los CLS, entendido como movimiento antiformalista jurídico, pero no solamente en un sentido histórico sino también tratando de entender en qué estado se encuentra actualmente y cómo sus ideas siguen influyendo en el pensamiento contemporáneo. Sin embargo, es pertinente advertir que al afrontar a un grupo tan ecléctico, plural y heterogéneo (que esencialmente esas características son las que los hacen tan atractivos como repulsivos), resulta una tarea compleja diseccionar a los CLS por categorías definidas que puedan marcar pautas para la cabal comprensión respecto a sus argumentos; por ello una vez que se ha adentrado en sus características, lo más sensato resulta distinguir uno de sus aspectos centrales, la enseñanza del derecho. La crítica de un modelo que desmoviliza y obstaculiza la creatividad de los futuros abogados es una preocupación latente debido a que dentro de dichos métodos es posible distinguir una cierta tendencia a normalizar lo anormal, fomentando el mantenimiento de un anticuado sistema desentendido de su función social. De ahí entonces que el enfoque se conducirá hacia el concepto de ideología, para entender que, dependiendo del sentido que se le otorgue, éste resultará relevante para comprender lo que se pretenda. En seguida, tratando de reunir los apartados precedentes y como parte final del presente escrito, se aspirará a identificar precisamente el concepto de ideología en torno a la educación jurídica en los CLS y así aventurar una serie de comentarios puntuales al respecto.

[*] Abogado por la Facultad Libre de Derecho de Monterrey (FLDM), con estudios en American University Washington College of Law, Netherlands Institute of Human Rights, Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law y la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Actualmente estudiante del Master Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Coordinador del seminario de Teoría Crítica organizado por el Instituto de derechos humanos "Bartolomé de las Casas". Coordinador editorial de la revista del Centro de Investigaciones Jurídicas de la FLDM "Derecho en Libertad". Ha sido co-profesor de "Derecho Procesal Internacional" en la Maestría en Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, así como

ISSN 1851-3069

Buscar encauzar al imaginario colectivo hacia el establecimiento de una opción única como alternativa final para los tiempos presentes, o que en igual sentido se intente hacer creer que un determinado ciclo de carácter similar se presenta periódicamente cada cierto tiempo, es un despropósito. Un sinsentido que lamentablemente al día de hoy, en donde el pesimismo y la misantropía se manifiestan de manera tangible, encuentra bastante resonancia suscitando un debate de profundas intenciones desilusionadoras.

A través del artículo "El fin de la historia", que sería la génesis de sus ideas posteriores y del libro que publicaría tres años después, Francis Fukuyama[1] proclamó que solamente existía una lógica de evolución unidireccional y progresiva en la historia humana, que irremediablemente desemboca en la democracia liberal y la economía de mercado (FUKUYAMA 1989). Tratando de defender sus posturas y argumentando una mera confusión semántica sobre la historia en el sentido hegeliano y marxista de evolución de las instituciones (FUKUYAMA 1999), el autor aludía a la complejidad de encontrar algún otro tipo de modelo alternativo que fuera viable para la sociedad fuera del expansivo esquema dominante de organización en el mundo de lo configurado como Estado liberal. Al pregonar un sesgo definitorio, la historia por un momento pudo llegar a percibirse como un destino indubitable, en el que cualquier opción que se llegara a revelar, o incluso a redescubrir, dejara de tener utilidad.

A la par de las corrientes y doctrinas dominantes siempre han existido y existirán un sinfín de tendencias alternativas encargadas de revelar al consenso como anomalía y a la unicidad como defecto. La supuesta consumación de alguna otra posibilidad frente a la idea de neutralizar cualquier pensamiento diverso, pone de manifiesto un temor intrínseco de tintes despóticos que confinan en lo opresivo. Cuando lo que supuestamente se adopta como inequívoco, la disidencia y el solo hecho de comenzar a forjar una posibilidad distinta de la institucionalizada, funcionan como impulso de la historia propiciando, junto a la crítica y la creatividad, un sinfín de nuevas representaciones, las cuales irán procesando ideas que eventualmente madurarán para desplegar su potencial y servir como oposición para continuar con el sentido perdurable de la historia.

La cualidad impasible de la historia demuestra su irremediable incapacidad para dejar de existir. No obstante, ese estable rasgo se puede ver opacado ante los anhelos de algunos que pretenden distorsionar su sentido.

La conocida frase con la que se inaugura el primer capítulo del libro El dieciocho Brumario de Luis Bonaparte de Karl Marx respecto a que: "la historia se repite dos veces, una como tragedia y otra

---

Profesor titular de "Derecho Internacional Público" y "Derecho Internacional de los Derechos Humanos" en la Licenciatura en Derecho de la FLDM.

[1] Influyente politólogo y economista norteamericano que heredando una larga tradición de pensamiento conservador, proclama sus ideas, tendientes a favorecer la reducción del estatismo y auge de la privatización, dentro de un contexto en que los sistemas políticos occidentales "anticipaban el derrumbamiento de las economías planificadas de la URSS y los demás países del Este". Para abordar de manera general distintos aspectos de su pensamiento y aclarar su tradición intelectual: Vid. SANMARTÍN, I. 1999: 193 – 206.

ISSN 1851-3069

como farsa"[2] (MARX 1852: 6) puede considerarse de manera subversiva el epitafio del presente, buscando la perenne condena de nuestra sociedad de forma anticipada así como la desconsolada predestinación de la historia. Si hoy en día los aforismos esgrimen concepciones instantáneas de nuestro entorno y así lo explican, cabe plantearse la posibilidad de que éstos pueden también ser tergiversados para infundir desaliento y evitar expresar lo que se deseaba originalmente.

El carácter imposible de la historia evoca precisamente aceptar que, si bien dentro del transcurso de la misma es posible encontrar episodios parecidos, en ocasiones retomando cosas del pasado y hasta aceptándolos, para nada reconstruye algo cíclico.

Tuvieron que pasar treinta años para que precisamente Federico Engels, en el prólogo para la tercera edición del libro de Marx, aportara luces que ayudaran a clarificar el sentido de la frase en cuestión, aludiendo a que "la gran ley que rige la marcha de la historia, la ley según la cual todas las luchas históricas, ya se desarrollen en el terreno político, religioso, filosófico, ya en otro terreno ideológico cualquiera, no son, en realidad, más que la expresión más o menos clara de luchas entre clases sociales" (ENGELS 1869: 4 a 6) Negar la existencia de condicionantes o factores profundamente relevantes que puedan encauzar al entorno hacia una eventual repetición de los hechos, no representa contemplar a la historia como tal en un circuito. Si para los autores la lucha de clases es el principal elemento que ordena a la historia, es probable que esa gran ley pueda configurar determinadas condiciones para la consecución reiterativa de tales acontecimientos; sin embargo también es posible que otras fuerzas o grandes leyes puedan irse gestando hasta encontrar su momento, o bien éstas surgir de manera imprevista, para orientar los hechos hacia otros panoramas.

La conjetura de lo probable y lo posible, sin que necesariamente sea contradictorio sino más bien complementario, plantea caracterizar a la historia, si se quiere para los más abyectos, como una puerta cerrada pero contemplando a la vez muchas ventanas abiertas, las cuales sirven de escape, concibiendo una constante incertidumbre que ampara la ilusión de lo irresoluto; queda claro que la intención de prefigurar aspectos concretos sobre la teoría de la lucha de clases y de la revolución proletaria en dicha obra no puede trasladarse de manera ligera hacia cualquier serie de sucesos ocurridos durante el transcurso del tiempo.

Abusando de las citas, como signo de nuestra sociedad axiomática, sin que necesariamente sean utilizadas con un afán que busque su desnaturalización sino más bien para reforzar los postulados presentados, se le atribuye a Mark Twain decir que: "la historia no se repite, pero rima"; la frase encierra la despejada profundidad del enigma. El padre de Tom Sawyer y Huckleberry Finn responde en un tiempo literal y alegórico, pues si bien es cierto que aceptar que la historia se repite es permanecer atados a errores indefectibles durante el paso del tiempo que provoquen la pérdida de nuestra ilusión y nos inviten a vivir

[2] La frase original es: "Hegel dice, en alguna parte, que todos los grandes hechos y personajes de la historia universal se repiten, para decirlo de alguna manera, dos veces. Pero se olvidó de agregar: la primera, como tragedia, y la segunda, como farsa."

ISSN 1851-3069

como autómatas, también habrá que consentir que el negar cualquier tipo de aproximación entre las circunstancias históricas resulta de una visión sesgada que obnubila la comprensión de las mismas.

Podría alegarse que la cita del escritor norteamericano, a pesar de haber abordado dicho tema a lo largo de su literatura, no es posible encontrarla dentro de alguna de sus obras, quedando visible esa duda, ya no solo respecto al contexto en que se pretenden extender el enunciado sino ahora y de manera más grave respecto a su veracidad. Al relatar Mario Vargas Llosa el breve debate sostenido entre dos de los filósofos más influyentes del siglo pasado, Karl Popper y Ludwig Wittgenstein (quienes representaban cado uno posturas irreconciliables respecto a la existencia o inexistencia de los problemas filosóficos) al reseñar el libro "*Wittgenstein's Poker*" (EDMONDS D y EIDINOW J 2001) termina su escrito describiendo la imposibilidad de los autores de dicha obra, de conseguir comprobar una versión cierta del altercado ocurrido entre los pensadores y sentencia que "la historia es una ciencia cargada de imaginación… el componente ficticio -imaginario o literario- en la historia es tan inevitable como necesario (VARGAS LLOSA 2003); y es que, será precisamente dicha imaginación yuxtapuesta con los hechos reales, la que haga germinar dentro del campo de la historia teorías alternativas, ideas, ocurrencias o disparates que en un primer momento irán dispersando sus esencias hacia otras mentes que eventualmente las hagan madurar o evolucionar y sigan manteniendo esas disidencias o esas ventanas abiertas que sirvan como contrapeso ante lo hegemónico.

El estudio de los movimientos alternativos como una clara posibilidad que conduce el trayecto lógico de la historia contra lo institucional, así como la importante tarea de extraer un significado, lo suficientemente amplio y a la vez preciso, para enmarcar en un conjunto de ideas lo que se intenta decir, resulta primordial para seguir reproduciendo ese carácter imposible e impasible de la historia.

2. Los CLS después de los CLS

En 1993 Juan Antonio Pérez Lledó obtuvo el grado de doctor en derecho por la Universidad de Alicante al presentar su tesis "El Movimiento Critical Legal Studies" (PÉREZ LLEDÓ 1996). Manuel Atienza, quien no solamente le propuso el tema sino también fungió como su director, le reprocha la excesiva meticulosidad a la que sometió su obra, la cual trajo como consecuencia que la misma fuera revisada en reiteradas ocasiones y publicada hasta casi cuatro años después. Sabiendo conjugar elementos sustantivos e históricos de filosofía del derecho (propios de la formación jurídica española), armonizados a su vez con el contexto norteamericano, la rigurosa perspicacia de sus ideas es reflejada a cabalidad a través de los conocimientos generales del movimiento, demostrando, a veinte años de haber defendido la versión original, el vigor y la utilidad de sus líneas, al ser todavía el principal referente en Iberoamérica respecto al tema (COURTIS 2001). Sin embargo, como lo advierte el mismo autor, al canalizar sus esfuerzos de alguna manera sólo hacia la parte general del movimiento[3] y no respecto a los elementos materiales, deja

[3] Lo sabido a grandes rasgos de los CLS es que, siendo gran parte herederos de muchas de las posturas del realismo jurídico norteamericano, éstos encuentran sus esbozos durante la década de los setenta del siglo pasado, operando, como afirma Duncan Kennedy, en el proyecto de una izquierda que busca cambiar el sistema existente de jerarquía

ISSN 1851-3069

pendiente la continuación de su trabajo en aquellas ramas o instituciones específicas de derecho positivo que los CLS han desarrollado.

La continuación de la tarea sintética de las partes sustanciales del movimiento sigue pendiente (y probablemente así seguirá) ya que resulta una labor inabarcable, debido a lo que se conoce sobre los *Critical*: Que analógicamente serían como un gran paraguas que aglutina posturas demasiado heterogéneas, que son demasiadas cosas que terminan por no ser ninguna, que son un contradictorio conjunto de activistas que se creen muy académicos y de académicos que se creen muy activistas, que son el bagaje de una izquierda anacrónica buscando sobrevivir a la modernidad, y así un cúmulo de laxos epítomes lapidarios que siempre terminan por develar una perspectiva peyorativa y despectiva hacia los mismos; en ese sentido, independientemente del valioso provecho académico e intelectual de todo lo compilado y estudiado sobre los CLS, cabe hacer el siguiente cuestionamiento: ¿Tiene alguna finalidad reconstruir y por ende creer en un proyecto difuso, muchas veces desenmascarado y tachado de absurdo, que se torna inútil para emplearlo en los tiempos actuales?

Cuando los mismos exponentes de los CLS ya eran los CLS y parecían excusarse respecto a lo que exactamente pretendían a lo largo del tiempo: "El movimiento se desintegró o desmoronó a principio de los noventa, significando uno de los movimientos de izquierda más efectivo y duradero de los que surgieron en los sesenta" (ALIAGA J y DE LA FLOR F 2005: 324), irremediablemente se desembarca en el estoico puerto de la derrota; o en igual forma cuando en los albores del movimiento se excusaban sin descaro alguno argumentando que: "el movimiento es demasiado joven para necesitar una biografía sobre su historia intelectual y política" (HUNT 1986: 1) de primera intención resultaría un desatino responder a la pregunta planteada líneas arriba en sentido afirmativo al percibirse un aire pesimista como resultado de una serie de intereses contrapuestos, cuando no existe una afinidad distinguible entre los partidarios de esa corriente. Y es que a pesar de esfuerzos conciliadores, redactados cuando el movimiento encontraba su mayor auge (UNGER 1983), los mismos dejan entrever una nítida flexibilidad convenenciera para así abrazar cualquier postulado que encaje en ese amplio abanico de opciones.

Albert Calsamiglia, quien precisamente después fungiría como jurado en el tribunal de la tesis doctoral de Pérez Lledó, en uno de los artículos más agudos y agresivos contra los CLS en lengua castellana, publicado a finales de los ochenta (CALSAMIGLIA 1992), realiza una lectura, si no parcial, sí se puede sospechar que un poco sesgada (sin que esto sea necesariamente malo), producto del contrastante modelo de enseñanza jurídica español frente al norteamericano, al argumentar factores coyunturales de índole política, así como graves carencias filosóficas y conceptuales, arremetiendo contra el movimiento al decir que:

- En sus textos se encuentran más slogans subordinados a la fe que propiamente argumentos científicos, confundiendo al lector y reclamando que deben ser tomados en serio, cuando ellos no hacen lo mismo con sus interlocutores.

social en dirección de una igualdad más profunda y el modernismo/postmodernismo intentando alcanzar experiencias estéticas/emocionales/intelectuales/ trascendentales.

ISSN 1851-3069

- La actitud de los *Criticals* se asemeja a la de un hombre primitivo que no entiende los fenómenos de la naturaleza, que no encuentra ninguna lógica y que no hace esfuerzo por entender lo que le rodea, pues tiene la impresión de no formar parte del público con el que éstos pretenden comunicarse.
- Los defensores de los CLS son en su mayoría americanos que no pueden apreciar el valor de la democracia y así su objetivo legal y político es la crítica del liberalismo, cuando el liberalismo no ha prestado demasiada atención al desafío del movimiento.
- Cuando ellos afirman que las personas dedicadas al pensamiento jurídico siempre han sido individuos pertenecientes a las clases dominantes, existen muchos abogados en contra de lo establecido.

Si en aquellos años, se recomendaba no tomarse muy en serio los postulados de los CLS, hoy un gesto contrario sería tomado como una falta de respeto. Cuando quienes afirman que las diatribas y las burlas hacia los CLS siguen tan actualizadas como desde hace dos décadas o inclusive que el proyecto se encuentra en franca decadencia (TIMM 2012), valdría la pena tener presente dos premisas que a continuación se exponen, antes de lanzar aseveraciones tan solemnemente escrupulosas como campechanamente tropicales.

La primera: El factor de la génesis del movimiento como un recatado esfuerzo para otorgarle a una élite jurídica armas para un cambio social, se ve supuestamente mermado al reprochárseles la falta de propuestas frente a sus perennes críticas destructivas, dejando de lado que la esencia de los CLS es ciertamente su comienzo, es decir su carácter académico, entendiéndolo como un territorio plural e incómodo en inmutable batalla con el mismo, fiel representante de identidades fluidas y fragmentadas con la paciente misión de concretar cambios generacionales. Si al haber pasado ya un lapso de tiempo considerable desde aquellas manifestaciones más fervientes, es posible suponer que justamente la atomización de sus ideas fue segregando otras sucesivamente hasta confluir en modelos, creencias o ideales que hoy son destellos de lo originariamente ideado.[4]

La segunda: El factor difusivo anclado fatalmente, para su ambivalente fortuna y desgracia, al escenario estadounidense; las criticas respecto a que es un movimiento exclusivamente local, muchas veces resultando indiferentes y hasta intolerantes hacia puntos de vista de otras latitudes (CALSAMIGLIA 1992), encuentra defensa en, como se ejemplificó líneas arriba, que la principal obra en Hispanoamérica para abordarlos sea una tesis doctoral publicada justo cuando se suele distinguir su ocaso a mediados de la década de los noventa. Si los CLS siguen estudiándose y provocando acaloradas discusiones no es precisamente por incomprendidos o por encontrase en plena caída libre desde hace varios años, sino porque existe hacia ellos una gran deuda intelectual respecto al atraso en su difusión, lo que exactamente niega su decadencia.

[4] No es factible comprender el impulso de algunas corrientes contemporáneas (como los movimiento *queer*, feministas, o de raza), sin la existencia de las disparatadas ideas sembradas paciente y subversivamente por los CLS.

ISSN 1851-3069

Una analogía estrafalaria para entender la dinámica del movimiento, es la que traslada la Profesora de Derecho de la Universidad de Columbia Dana Neacşu (NEACŞU, 2000) al mundo de la cultura pop, equiparando a los CLS con el personaje Kenny de los dibujos animados para adultos South Park.[5] Oculto en su llamativo abrigo de color naranja, que lo comprime hasta el extremo de no ser entendido al hablar, uno de los cuatro protagonistas del programa norteamericano, es distinguido principalmente por morir en la mayoría de los episodios. Si bien permaneciendo un tiempo en el olvido o reapareciendo de manera inmediata en el siguiente capítulo, su personalidad se devela ante su inexplicable poder para presentarse de forma inmutable en la serie y adecuarse a la trama, independientemente de las circunstancias. Dicha misteriosa inmortalidad es develada de forma somera después de catorce temporadas a través de una saga compuesta por tres episodios[6] donde se alude al culto que rindieron los padres de Kenny durante su embarazo al oscuro ser Cthulhu, monstruo creado a finales del XIX por el escritor de terror y fantasía H. P. Lovecraft. Pues bien, trasladando la imagen al campo de estudio, que el proyecto de los *Critical* perviva en diferentes tiempos y espacios, no precisamente los revela siguiendo una lógica inmortal, sino más bien como un conjunto de proposiciones flexibles que han sabido adecuarse al confluir una serie de elementos como:

- El estar dotados de una especie de condición resistente, atendiendo de manera amplia a las expresiones antiformalistas, aprovechando su estructura críptica e imprecisa para sobreponerse a las principales corrientes.[7]
- Su tardía difusión global.
- Un énfasis en divulgar las injusticias sociales generadas por parte del derecho actual.
- La comprensión de antiguos temas de una manera nueva, entendiéndolos como "algo más que el producto del razonamiento jurídico y la lógica jurídica, como algo más que el producto de las mayorías democráticas donde eran principalmente legislados, y como

[5] Serie de televisión estadounidense de animación, creada por Trey Parker y Matt Stone para el canal *Comedy Central* en los años noventa, donde se narra las historia de cuatro niños que habitan en un pequeño pueblo ficticio localizado en Colorado limitado con Canadá, donde utilizando el humor negro lanzan duras críticas en contra de la cultura norteamericana y demás temas de actualidad.

[6] Episodios 206 "*Coon 2: Hindsight*", 207 "*Mysterion Rises*", y 208 "*Coon vs. Coon and Friends*" de la temporada catorce transmitidos durante finales de octubre e inicios de noviembre de 2010.

[7] En pleno siglo XXI, la alusión a Cthulhu, como criatura de amplia aceptación y entre la cultura de los universos paralelos y fantásticos, todavía encuentra resonancia por medio del título de la última conferencia que pronunció Roberto Bolaño, donde hace referencia a un mundo literario dominado por monstruos, lanzando agudos juicios a escritores "famosos" cuyo legado está seguro en las postrimerías de los tiempos. El escritor chileno, como uno de los líderes del grupo de poetas infrarrealistas, surgido en México en los años setenta, sin otro objetivo que alborotar el ambiente artístico y manifestarse contra las principales tendencias literarias, tuvo siempre en mente que, como afirma Juan Villoro, lo absurdo no está peleado con lo entrañable. Por eso se tiene la sospecha de que las obras de los rebeldes y subversivos, de los enigmáticos e imprecisos, se mantienen involuntariamente vivas por su sinceridad y sus ganas de manifestarse contra lo que la mayoría ve como lo normal. La equivalencia de un grupo radical de poetas dentro de la escena cultural mexicana a la de un movimiento de ¿filosofía del derecho? en el contexto político y social estadounidense, no parecería prudente; sin embargo cuando se pretende actuar como si se quisiera recuperar el tiempo perdido, es posible imaginar que tal vez la enseñanza a su debido tiempo de una óptica mucho más amplia, en donde también quepan los disidentes y los vencidos y así se reconstruyan y actualicen sus ideas, nos hubiera podido dirigido hacia otros destinos.

ISSN 1851-3069

> algo más que un desarrollo razonable caso por caso de formas pragmáticas y sensatas de lidiar con los problemas" (KENNEDY 1994a: 88).

Al instante en que los CLS intentan desmitificar posiciones legalistas y por ende reduccionistas, lo que se propone es una crítica transversal y ecléctica al derecho, a través de un método de aproximación distinto, frente al método dogmático. Independientemente de que ahora solamente quedan residuos anuales en formas de conferencias, las ideas de los *Criticals* nunca serán carentes de importancia y en cualquier tiempo se encuentran listas para ser reanudadas, pues a pesar de que están expuestas en un contexto dado y determinado, la problemática atañe a cualquier sistema jurídico, por atacar directamente al núcleo de uno de los principales problemas del derecho: su enseñanza; ya que a través de la misma pueden plantearse todos los problemas de fondo y de verdadera enjundia intelectual que ocupan a los juristas y a los iusfilósofos (PÉREZ LLEDÓ 1996).

3. Sobre la enseñanza del derecho en la visión de los CLS

Las ideas de los *Critical* no solamente pueden categorizarse dentro de arquetipo antiformalista empatado con la filosofía del derecho o la teoría social sino, como lo afirman sus propios miembros, siendo también un episodio de la historia de la enseñanza del derecho norteamericano (GORDON 2001), al dirigir sus críticas contra algunas prácticas muy específicas de dicho modelo educativo. Los CLS parten exclusivamente de un diagnóstico de la enseñanza jurídica de su país a inicios de los ochenta, que sin embargo se va forjando desde muchas décadas antes y que todavía al día de hoy resulta vigente. Dicha premisa es pertinente cuando se descubre que los vicios y defectos respecto a los métodos y contenidos para el estudio de la ciencia legal son tan profundos y transversales que traspasan fronteras, revelando grietas en sistemas quebrados, estructurados de tal forma que intentar reformarlos resulta una labor digna del estoico o del mismísimo Hércules.

Se tiene la sospecha de que el eco penetrativo de los postulados de ese aspecto concreto en el cúmulo de posturas de los CLS, es posible distinguirlo en gran medida gracias a que éstos propagan un espíritu práctico y una intencionalidad política, que intenta persuadir tanto a los dogmáticos del derecho positivo en las universidades como a quienes ejercen (o estudian para ejercer) la profesión como abogados, jueces, etc. (PÉREZ LLEDÓ 1996: 103) Y es que frente al exagerado culto que sigue teniendo el derecho en Occidente, que lo continúa presentando como el mediador de las relaciones políticas y de los conflictos, sin reparar en sus límites y alcances dentro de un contexto cultural que cada vez se muestra más inabarcable y contingente (MESA 2002: 136), llama la atención el lenguaje accesible de los *Critical* que, con un afán democratizador, evitan la forma y se centran en el fondo, para desprenderse de una terminología obsoleta y hacernos más sensibles a la vida en derredor, ayudándonos a desistir del empeño de recortar el nuevo y recalcitrante material para hacerlo encajar en los viejos modales (RORTY 1994: 17).

Distintos autores del movimiento distinguen el principal cuello de botella del modelo de enseñanza legal norteamericana de aquellas épocas respecto al contenido del derecho como herramienta

ISSN 1851-3069

legitimadora para la jerarquía, ya que a partir de dicho rasgo se van desdoblando otros secundarios pero no menos relevantes, que son atacados en conjunto por los CLS.

El ejercicio profesional de los abogados está sujeto a la formación universitaria y en su conjunto, ya que las universidades inciden en el mercado laboral, en la estructura social y en el complejo mundo de tensiones de una profesión que goza de interés y prestigio (ROJAS 2009). Según los CLS el énfasis en el carácter manipulador del derecho (con especial atención a la producción y reproducción de la conciencia jurídica) es sumamente pertinente pues al final del día esos estudiantes acaban ocupando lugares claves[8] en los mejores despachos, en la judicatura, en la Administración, en la actividad industrial y financiera y en la política(PÉREZ LLEDÓ 1996: 97).

Al vender la idea de que existe un modo especial de razonamiento en el que es posible distinguir tajantemente la separación entre derecho y política, se adquiere una falacia, se sigue alimentando la idea de considerar al derecho como un conjunto de prácticas que cumplen una función persuasiva y hegemónica, llevando a cabo una misión meramente conservadora a través de sus principales agentes. La inercia de la cultura jurídica, se manifiesta en arquetipos rígidos dentro de la práctica, en una tendencia a mantener los mismos esquemas lógicos, éticos y estéticos que han funcionado por siglos (MAGALONI 2006).

Los abogados reacios a renunciar a categorías en las que han sido formados actúan entre la desconfianza y la cautela, teniendo miedo de cualquier intento de cambio que ponga en riesgo su supuesta honorabilidad. Y es que junto a la teología, la ciencia jurídica es la única rama que comparte la conservación de la idea de dogma y por lo tanto en ese gremio predominan los intolerantes y los solemnes. En ese sentido la separación entre derecho y política para los *Critical* es ilusoria, el derecho es política (SCHWARTZ 1984) al reflejar un contenido clasista, como producto del poder de un determinado sector social, que a su vez se manifiesta en un esquema liberal para reglamentar el curso del mercado y así desvirtuar los conflictos sociales. No es tanto que el derecho convenza de la justicia del orden social del que hace parte, sino que ante todo, el derecho actúa –más sutil y complejamente- creando en la conciencia de la gente una visión de cómo es el mundo, ocultando su carácter contingente y con ello la posibilidad de imaginar órdenes alternativos (MESA 2002).

Como exponente de los CLS, Robert Gordon sostiene que el derecho, como la religión y las imágenes de televisión, es uno de esos grupos de creencias para convencer a la gente de que las diversas relaciones jerárquicas en las cuales viven y trabajan son naturales y necesarias (GORDON 2001: 337).

El principal exponente de estos temas particulares dentro del amplio espectro de los CLS es Duncan Kennedy. De padres artistas y bohemios que se desarrollaron en un Washington, D.C, demócrata-liberal en plena segunda guerra mundial, decidió estudiar economía en Harvard y

[8] Rogelio Pérez Perdomo a través del artículo "Desafíos de la educación jurídica latinoamericana en tiempos de globalización" destaca que: En el siglo XX, los aparatos estatales de los distintos países de América Latina crecieron rápidamente, especialmente en las décadas de mediados de siglo, como consecuencia de las políticas de desarrollo nacional y las nuevas funciones que asumió el estado. Los abogados se habrían distribuido en toda la estructura del estado. Esta es una hipótesis plausible que puede ser formulada afirmando que los graduados en derecho están bien representados en la burocracia estatal, en comparación con otras profesiones, y que una parte importante de los graduados en derecho trabajan como funcionarios del estado.

ISSN 1851-3069

posteriormente derecho en la Universidad de Yale, siendo fuertemente influenciado por la obra de Freud, Nietzsche y los existencialistas franceses, así como por la música de Báez y Dylan (KENNEDY, 1994). Kennedy, a diferencia de otros "*Crits*" suele ser el más reconocido y popular, llegándosele a apodar "El Papa carismático", aunque no lamentablemente el más serio, pues en ocasiones se le clasificó a él mismo como una categoría independiente porque así como expone lo mejor, también ofrece lo peor de los *Critical* (SCHWARTZ 1984: 416).

Y es que cuando, por un lado, suelen encontrarse dentro de su obra artículos tan bien construidos, herederos de Marx y de los teóricos marxistas, sobre la crítica a las prácticas "liberales" en función de la clase dominante y la supuesta neutralidad en el sistema jurídico, así como trabajos relativos a las implicaciones legales de conceptos como individualismo y altruismo (SCHWARTZ 1984: 418), por el otro, el jurista en cuestión es puesto en entredicho por desconocer si éste saltó a la fama por simplemente desarrollar de forma perspicaz (ORTIZ 2009) un género que atiende a los apetitos populares de aquellos tiempos, como lo fue la enseñanza jurídica.

Propuestas un tanto disparatadas como el sorteo de plazas para la admisión de los alumnos en las escuelas de derecho, la rotación en los puestos de las universidades abarcando desde el decano hasta el intendente, métodos para que los alumnos de escasos recursos y menos preparados cuenten con mayor participación dentro del aula (SCHWARTZ 1984: 413) o la prohibición de cualquier tipo de castigo hacia los profesores que adopten una línea de enseñanza (KENNEDY 1978), provocan que Kennedy cale hondo en el pensamiento jurídico contemporáneo, pues como afirma Roberto Gargarella, éste fue pionero en la promoción de un ataque radical contra los nocivos efectos de la educación jurídica tradicional, al mostrar de qué modo, tanto a través de los contenidos como de las formas de la enseñanza, las escuelas de derecho deformaban a camadas de estudiantes (GARGARELLA 2012). Diseccionar sus ideas para diferenciar cuáles no deben ser tomadas en serio y cuáles sí, resulta una tarea sencilla y agradable desde el momento en que el rasgo definitivo en las mismas es "proclamar que la parte central de la ideología jurídica es la distinción entre derecho y política" (KENNEDY 1990: 381).

Duncan Kennedy logra visualizar una imperante tendencia a forzar en los estudiantes una lógica de pensamiento; por medio de lo que llama "razonamiento jurídico", consciente e inconscientemente, éstos se acostumbran a utilizar argumentos huecos que resultan válidos ante disyuntivas legales en el aula pero no fuera de ella. Así los profesores de derecho "van moldeando la manera en que se supone los alumnos deben pensar, sentir y actuar en sus futuros papeles profesionales" (KENNEDY 1990: 391).

Dentro y fuera del aula, los estudiantes aprenden un particular estilo de respeto que eventualmente trasladarán al ejercicio profesional, codificando un mensaje de legitimación jerárquica del sistema (KENNEDY 1990: 391 y 392) Podría argumentarse que dichas prácticas son válidas para cualquier contexto y que dependerá de cada uno en lo específico descifrar las maneras en cómo se forma cada determinado prototipo. Sin embargo, en las facultades de derecho esto se ve expresado hasta en los detalles más pequeños. Representando una anticuada fábrica, la cual a través de una marcada inclinación por el examen de monumentales conceptuaciones doctrinarias, se encarga de producir a imagen y

ISSN 1851-3069

semejanza modelos arcaicos, dejando casi de lado y sin mayor esfuerzo la reflexión, los estudiantes de derecho aprenden a sufrir alegremente ser interrumpidos en medio de una frase, recibir bromas y ataques *ad hominem*, ser dejados de lado sin razón, soportar preguntas que por vagas resultan imposibles de responder, pero que de algún modo siempre se responden mal, ser abruptamente ignorados y recibir señales de aprobación tacañas (KENNEDY 1990: 394), generando un ranking mecanizado que ordena a los estudiantes en función de sus notas, haciéndoles entender que poco o nada hay que se pueda hacer. "El entrenamiento para la obediencia es también entrenamiento para la dominación" (KENNEDY 1990: 391).

Cuando los planes de estudio continúan siguiendo diversos cánones falsamente inequívocos, se perpetúa el entendimiento del sistema normativo en forma aislada. Propagando ese tipo de educación, se omite fomentar la creatividad de los alumnos para plantear remedios innovadores, para desafiar los ya existentes, para considerar distintas estrategias y para evaluar la conveniencia de las mismas. Las facultades de derecho, siguiendo los planes de los CLS, deberían adoptar un punto de vista pedagógico diferente y mostrar críticamente los nexos reales que existen entre el derecho y el poder.

Al seguir ese estrecho proceso cuando finalmente los estudiantes se enfrentan a la elección de qué hacer después de la graduación, éstos sienten que no tienen demasiada opción: no tienen otra alternativa que trabajar en alguno de los despachos convencionales (KENNEDY 1990: 389), sin que esto necesariamente represente algo malo para ellos, pues por un lado, la abogacía empresarial les ofrece a los estudiantes el mensaje de que están en la cima de la profesión (FREEMAN 2007: 72), subyaciendo que el estatus en el campo del derecho societario se debe a una supuesta proximidad a la riqueza, así muchos estudiantes se dedican a esa rama del derecho a raíz de una clara sed de dinero y poder. La profesión ha creado y nutrido una imagen popular del abogado de empresas de elite como representante de lo mejor de la abogacía; "para estar en la cima de la profesión uno debe comunicar su estatus a otros por medio de la apariencia personal, el trato profesional y la conducta" (FREEMAN 2007: 79). Como si necesariamente el razonamiento jurídico no se tratase de una cuestión política y económica, el programa de las facultades de derecho se va inclinando a lubricar la economía de mercado.

Se podrán identificar múltiples factores, que varían de un contexto a otro. Sin embargo, como punto distintivo, Duncan Kennedy concluye afirmando que la educación jurídica es una de las causas primarias de la jerarquía. Pues sostiene a la misma por analogía, aportándole un conjunto de ideas y creencias que la legitima, justificando las normas que subyacen a ella y que mistifica el razonamiento jurídico. La educación jurídica estructura el conjunto de futuros abogados de tal manera que su organización jerárquica parece inevitable, y los entrena detalladamente para que miren, piensen, actúen como todos los demás abogados del sistema.

En momentos en que aspectos sociales, económicos y culturales avanzan a un ritmo vertiginoso, precisamente la ciencia jurídica debería caracterizarse por su dinamismo para redefinir su enseñanza conforme a ideales contemporáneos, recordando que la tradición no es una zona clausurada, sino que, por el contrario, su vigencia se encuentra sujeta a su eficacia en el presente. Las críticas de Duncan Kennedy y

ISSN 1851-3069

los CLS, a pesar de que son realizadas en otras épocas y en un contexto determinado, permanecen hasta hoy como puntos de cita y referencia ineludible para quienes quieren pensar críticamente sobre la enseñanza legal. Sus textos "conservan la frescura y el carácter provocativo que los hicieron conocidos" (GARGARELLA 2012: 12), la tarea de seguir difundiendo sus obras para desenmascarar los vínculos existentes entre derecho y poder, mostrando el carácter no neutral de lo jurídico al servicio a los sectores más poderosos de la sociedad, no es una meta cierta a conquistar sino, por el contrario, es una batalla que habrá que librar incesablemente en la que es necesario conjugar elementos generacionales, para redimir la dimensión social intrínseca de la abogacía y resignificar el papel que se desempeña frente a la sociedad.

Albert Calsamiglia cita, en su severo artículo publicado en *Doxa* contra los CLS, al cual se hizo alusión en el epígrafe anterior, la analogía ofrecida por Louis B. Schwartz en el trabajo en el que también se realizan fuertes críticas a los *Critical* para concluir que los de dicha corriente ofrecen imágenes surrealistas del mundo jurídico, sirviendo más que nada como fuente de confusión. Si bien dicen que utilizar una cita es la mejor manera de sacar a un autor de contexto, lo que olvida el jurista catalán es que antes de llegar a esa conclusión Schwartz advierte de que, a pesar de las críticas difundidas en su escrito, es más la empatía que tiene por las motivaciones intrínsecas del movimiento (SCHWARTZ 1984: 420). La asimilación que hace el norteamericano al surrealismo la equipara a una versión de Dalí, Miró, Picasso, Klee, Klein en la pintura o Kafka y Blake en las letras (SCHWARTZ 1984: 455), quienes bajo su óptica nos ofrecen otro mundo, un inescrutable mundo íntimo que nos asombra, divierte, emociona y nos fascina. Las ideas respecto a la enseñanza del derecho en los CLS nos sirven para abrir los ojos, despertar y actuar, sabiendo que estos temas transversales no se encuentran ni se encontrarán nunca clausurados.

Una vez expuestas las generalidades del movimiento y después de haberse centrado en una de sus materias de estudio, se procede a focalizar el trabajo en estudiar el devenir histórico de la palabra ideología para, una vez desentrañada, contrastarla con la forma en que la utilizaban los CLS y así distinguir el sentido de sus intenciones en ese aspecto específico de su obra.

4. De qué se habla cuando se habla de ideología

En 1950 se publicó el "Laberinto de la Soledad"; dicha obra resulta a la vez enigmática y clarificadora pues, justo a la mitad del siglo pasado, Octavio Paz esbozaba un ejercicio de imaginación crítica que eventualmente sería el referente de lo que se oculta tras el carácter nacional del mexicano. Diecinueve años después el poeta impartió una conferencia en la Universidad de Texas abordando lo ocurrido en su país desde la publicación de aquel emblemático libro hasta esa fecha; pasado un año, ampliaría y plasmaría esas ideas a través de "Posdata"; esta vez la tentativa del escritor por descifrar la realidad desembocó en una advertencia, una vez que lúgubres acontecimientos marcaran de manera profunda al país.[9] En su ensayo de 1970 prevenía lo siguiente: "Cuando una sociedad se corrompe, lo

[9] El 2 de octubre de 1968, aproximadamente diez mil personas se congregaron en la explanada de la Plaza de las Tres Culturas, también llamada Plaza de Tlatelolco, ubicada en el centro de la Ciudad de México, para escuchar a los oradores estudiantiles que, inconformes con la política económica y el autoritarismo del gobierno, generaron

ISSN 1851-3069

primero que se gangrena es el lenguaje". Paz, como una persona visionaria, no tenía vacilaciones al afirmar que la crítica es el motor del sistema y que en ese sentido "la crítica de la sociedad, en consecuencia, comienza con la gramática y con el restablecimiento de los significados…".

En tiempos de conflictos sociales en donde la relación de fuerzas ha cambiado de manera radical, generando desigualdades cada vez más latentes, resulta lamentable percatarse de que la realidad pareciera no bastar para explicar lo que se pretende. Y es que el persistente estado de crisis en el que nos encontramos pone de manifiesto, como afirmaba Julio Cortazar, que "existen palabras que, a fuerza de ser repetidas, y muchas veces mal empleadas, terminan por agotarse, por perder poco a poco su vitalidad" (CORTAZAR 1984: 38).

El concepto de "ideología", es un buen ejemplo que refleja lo comentado, ya que a lo largo de la historia ha sido constantemente utilizado y actualizado, refiriendo contradictoriamente una significación tan contundente como vaga. Resulta complicado que toda aquella persona que lo utilice tenga una idea clara de lo que se entiende por él, e incluso muchos de los que sí la tienen la suelen utilizar a su conveniencia. (VILLORO 1985). Ahora bien, la confluencia y divergencia de significados de la palabra en cuestión no puede solamente conllevar consecuencias catastróficas que hagan aumentar el desasosiego y la incertidumbre. Es hasta cierto punto sano que exista un pluralismo terminológico, encuadrado en un amplio debate que desemboque en la tarea, de si bien no desentrañar un significado unívoco en concreto, sí intentando obtener una clara idea respecto a lo pretendido originariamente o en relación a un determinado campo. La logomaquia en ocasiones puede generar más problemas, llevándonos a un círculo vicioso que alimenta la distorsión de los términos y distrae la atención hacia otros temas no sustanciales.

El filósofo mexicano Luis Villoro advierte que un concepto teórico solo es útil en la medida en que tenga un sentido preciso (VILLORO 1985: 41 y 41); de ahí que el restablecimiento del término ideología que aquí se pretende, se realizará buscando la delimitación de su uso a través de categorías que se organizarán conforme se ha intentado entender la realidad a la par del transcurso histórico de dicho término.

Para adentrarse a descifrar el apuro terminológico del sentido de cualquier palabra es sugerible conocer aquellos sucesos que catapultan un entendimiento concreto, para así hacerse una idea de cómo lo utiliza el hombre y la mujer de la calle, no pretendiendo reivindicar dicho uso como un tribunal de última instancia sino simplemente para examinar su utilidad (EAGLETON 1995: 21). Cuando en alguna conversación ordinaria se emplea la expresión ideología, lo más frecuente es que despliegue su significado hacia dos vertientes.

---

movimientos de protesta. Entrado el evento, el gobierno encabezado por el presidente Gustavo Díaz Ordaz envía a 5 mil soldados y a 5 mil policías vestidos de civil, apoyados por tanques y metralletas, y durante una hora y media se entabla un intenso tiroteo entre la multitud y los soldados, quienes dispararon sin importar si tiraban sobre niños, mujeres o viejos. La bibliografía de referencia se encuentra en la obra de Luis González de Alba (Los días y los años, Editorial Planeta, 1970), Elena Poniatowska (La noche de Tlatelolco, ERA, 1971). Sin embargo, distintos escritores y escritoras como: Paco Ignacio Taibo II, Carlos Monsivais o Enrique Krauze han documentado lo sucedido por distintos medios.

ISSN 1851-3069

Una, entendida bajo un hálito peyorativo, refiriéndose al conjunto de creencias tendenciosas y argumentos dictados solo por el capricho que buscan distraer la atención de lo sustancialmente importante. Imaginemos una acalorada charla entre dos fanáticos de fútbol que apoyan a equipos contrarios; un hincha harto de los comentarios sesgados de su rival intenta descalificarle diciendo: "tu visión está nublada por tu ideología". Parecería que en cuestiones que suelen levantar pasiones como la política, la religión, o incluso el fútbol o cualquier otro tema importante dentro de los menos importantes, dicha palabra es utilizada desde la parcialidad, como dejando entrever la imposibilidad de acercarse a lo objetivo.

Otra, empatada con una corriente de pensamiento crítico identificada con la oposición y los ideales desalineados frente a lo establecido. Un ejemplo de esto sería a través de una de las más conocidas historietas de Mafalda;[10] mientras un policía observa la calle, la protagonista de la trama, acompañada de su ingenuo amigo Miguelito aparecen y aquélla, señalando la cintura del encargado de la vigilancia, comenta algo que no es posible leer en la viñeta porque un árbol obstaculiza su visibilidad. El niño, al entender lo que nosotros no, emite un gesto de aprobación mientras se alejan y el policía los observa; después éste, descendiendo la vista y sujetando su porra, se pregunta "¿¿¿El palito de abollar ideologías???". Lo relatado podría tomarse como una más de las ocurrentes tiras cómicas desarrolladas por el caricaturista Quino frente a los abusos del gobierno militar de aquellos años en Argentina. Sin embargo, el incidente rebasa cualquier caracterización pueril pues, tiempo después, tres sacerdotes y dos seminarias fueron masacrados dentro del templo católico de San Patricio en el barrio porteño de Belgrano. Junto a sus cadáveres había escrita una leyenda: "Estos zurdos murieron por ser adoctrinadores de mentes vírgenes" además de un afiche (SEISDEDOS 1996) tomado de una de las habitaciones de los religiosos, con la imagen de Mafalda junto al policía pronunciando la frase de "Ven, este es el palito de abollar ideologías". De forma grosera los asesinos hacían escarnio de lo sucedido, difundiendo un mensaje contra aquellas posturas que afrentaban al régimen.[11] Así, comúnmente cuando se habla de alguien "ideologizado" es viable que el término sea entendido como un postulado inconveniente frente a lo establecido.

Dicho par de acepciones populares no aparecen esporádicamente sino que, al contrario, el surgimiento y el desarrollo histórico de la palabra ideología aportan claves precisas para su posterior

[10] Tira de prensa creada por Joaquín Lavado "Quino" publicada originalmente en Argentina en mayo de 1970 a través del nº 6 de la revista "Siete días Ilustrados", vale la pena mencionar que la tira en cuestión al llegar a España, editada en ese mismo año por Lumen, la dictadura franquista decide colocar en la tapa del libro la frase "para adultos" así como también censurando algunas viñetas.

[11] Los indicios de que autoridades militares estuvieron involucradas en dichos asesinatos ocurridos el 4 de julio de 1976 fue puesta en evidencia trece años después por medio del libro "La masacre de San Patricio" del periodista e historiador Eduardo Kimel, enfrentando a partir de ese momento una persecución judicial que desembocó en su encarcelamiento y la indemnización hacia el juez Guillermo Rivarola, quien tuvo a su cargo la investigación del caso. Agotando las instancias internas, el involucrado tuvo que accionar el Sistema Interamericano, llegando hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien reconoció en el 2008 la violación del derecho a la libertad de expresión de Kimel y ordenó al Estado argentino que anulara la sentencia penal en su contra y modificara el Código Penal por su incompatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Vid. Corte IDH, Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C, No. 177.

ISSN 1851-3069

configuración en el imaginario colectivo. De ahí entonces que, el punto de partida frecuente en el tema es siempre la doble caracterización, "descriptiva y estimativa de la misma" (DÍAZ 2010: 42). Sin embargo, es posible descubrir esbozos de la misma englobados en diferentes concepciones mucho más antiguas, incluso llegando a suponer que "desde el momento en que es posible distinguir la existencia de sociedades de clase, ya han existido fenómenos relativos a la legitimación intelectual de la dominación social y otras fuentes de distorsión mental en el conocimiento de la realidad" (LARRAÍN 2007: 9). No obstante, propiamente el estudio sistemático de las ideologías quedó reservado a la Edad Moderna y el ascenso de las ciudades burguesas del Renacimiento cuando se atendió cada vez más a la función social de determinados complejos de opiniones y representaciones (LENK 1974).

Sin que necesariamente se pueda considerar un antecedente como tal (muchas veces siguiendo una propensión inevitable a querer encontrar el fundamento de temas sociales en Nicolás Maquiavelo y a pesar de que en su obra no es posible dar seguimiento de alguna propuesta concreta ni encontrar propiamente la palabra ideología) es pertinente señalar lo que el sociólogo chileno Jorge Larraín afirma en relación a que es precisamente el italiano, durante el siglo XVI, quien por primera vez en la historia aborda materias de forma directa contactadas con fenómenos ideológicos (LARRAÍN 2007: 10). Pues mediante su análisis se empieza a desarrollar el estudio de las realidades focalizándose en el por qué de las acciones ocurridas en la política cuyo propósito esencial es conservar el poder público. El pensador descubre que en buena medida un componente religioso encargado de mantener la sumisión del pueblo, a la par de emplear persistentemente el temor inspirado por medio de la fuerza o el fraude, y la canalización de intereses parciales, son elementos que acompañan al uso del poder en el terreno político, si bien disminuyendo la naturaleza humana a sus motivaciones más simples pero a la vez presentándolos como indispensables y legitimadores.

Tuvieron que transcurrir más de cien años para encontrar otro antecedente que, anunciando la existencia de obstáculos que impiden a la humanidad su acercamiento a lo real, cuestionara de forma contundente cualquier conocimiento válido. Buscando superar el método aristotélico tomista (representativo por seguir procesos formales y deductivos) Francis Bacon, a través de su obra *Novum Organon*, evoca los trabajos del filósofo de Estagira plasmados en el *Organon*, y así manifiesta un importante quiebre en la tradición científica[12] al poner en tela de juicio el enfoque tradicional "usualmente sustentado en herencias escolásticas, supersticiones y apoyos apriorísticos" (LLOREDO 2010: 323). Con su doctrina de los ídolos, Bacon, utilizando analógicamente una terminología de referencias espaciales, divide cuatro clases de nociones falsas (tribu, caverna, mercado y teatro) que aducen la existencia de concepciones engendradas en nuestra propia mente encargadas de subyugar el entendimiento (BACON 1620). Así sus ideas encuentran importancia decisiva en la constitución del término ideología a lo largo de los siglos XVII

[12] Así como también aunque en menor medida el *Discourse de la Methode* de René Descartes de 1637 sin que deje de emparentar de manera general con la tendencia de la época y en específico con la obra del inglés), Vid. LENK, K. 1974: 10.

ISSN 1851-3069

y XVIII;[13] como claros ejemplos de esto, se puede hacer referencia a Hobbes y su concepción de religión basada en el miedo y la ignorancia (que a pesar de eso, así como a la monarquía autocrática, las consideró necesarias para la estabilidad y la paz) o Condillac y sus conjeturas contra los prejuicios derivados de las sensaciones; empero, independientemente de las divergencias cualitativas y aportaciones autónomas que cada autor realice, es de recalcar la consonancia con la idea de fondo respecto a detener la deformación del pensamiento por factores suscitados en virtud de causas internas.

No obstante lo anterior, el primer uso que se le otorgó a la palabra ideología está inmerso en una lógica doctrinal cognoscitivista. El día dos del octavo mes del calendario republicano francés durante 1796 (21 o 22 de abril), Destutt de Tracy, en el marco de la tarea encomendada al recién creado *Institut National* con el objetivo de divulgar las ideas de la Ilustración, presentó un escrito titulado *Mémoire sur la faculté de penser* (DE TRACY 1796) relativo a la manera en cómo se adquiere el conocimiento (PICAVET 1891) donde proponía agrupar en una "ciencia de las ideas" no sólo todos aquellos pensamientos, creencias y valoraciones que alguien posee, sino también elementos más emotivos e irracionales aceptados como tales: juicios de valor (éticos y políticos), valoraciones, criterios para una fundamentación racional en la praxis… En definitiva: concepciones del mundo (DÍAZ 2010: 42). Eventualmente durante el recién instaurado imperio napoleónico, de Tracy publicaría sucesivamente entre 1801 y 1815, cuatro diferentes trabajos compilados bajo el título *Eléments d'idéologie* en los que, ambicionando dirigirse principalmente a los jóvenes, condensa de manera accesible y clara los principios o teorías de la nueva ciencia e indaga en torno a las maneras de conducir al espíritu en la búsqueda de la verdad (NOCERA 2009). De ahí que el significado original de ideología conferido por su creador, cuente con una connotación positiva, debido al impulso pedagógico y clarificador del objeto de estudio de la misma, "al intentar superar los prejuicios religiosos y metafísicos" y poder servir para el establecimiento original de las ideas. Paradójicamente fue el mismo Napoleón, que en un inicio había apoyado y halagado los fines del *Institut* (LARRAÍN 2007: 24), quien después se tornó en su contra, pues no solamente exigió la disolución de un grupo de intelectuales especializados en las ciencias morales y políticas, donde se encontraba Destutt, sino que también se encargó de desacreditarlos y endosarles apelativos negativos, al extremo de tildarlos de "ideólogos" y desnaturalizar la palabra en su sentido primigenio, dotándola de un contenido peyorativo. Para Bonaparte, "los conocimientos críticos de tales teóricos, que no podría servir de sustento a su poder autocrático, no eran más que productos extravagantes de un hato de ilusos" (LENK 1974: 31).

De esta manera es posible pensar que la segunda significación de la palabra ideología entendida, como se expuso líneas arriba, en el sentido popular de inconveniencia y disconformidad con lo establecido, puede encontrar arreglo. Cuando se delata que el vocablo que se analiza cuenta con un atributo polisémico, es de llamar la atención que éste, al continuar su trayecto histórico, en muchas ocasiones ha rebasado su connotación negativa, incrementando su fuerza crítica, cuando se le introduce

[13] Distintos son los trabajos relativos al estudio de la ideología que distinguen a una serie de autores como Locke, Condorcet, Helvetius, Holbach, Diderot y otros que encuentran fundamento en los postulados del inglés. Vid. LARRAÍN, J. 2007: 16 y 17. LENK, K. 1974: 18. LLOREDO, L. 2012: 176 y 177.

ISSN 1851-3069

un nuevo elemento crucial en su posterior definición: la referencia a las contradicciones históricas de la sociedad (LARRAÍN 2007: 30).

A pesar de que la razón permanece presente con igual fuerza en la configuración de la palabra ideología, es a través de la obra de Karl Marx, (aunque como bien advierte Elías Díaz[14] sería oportuno señalar una observable evolución desde los textos de *La ideología alemana* o *La miseria de la filosofía* a *El Capital* pasando por la *Contribución a la crítica de la economía política*) cuando se genera el cambio hacia un sentido crítico, pasando a designar toda corriente del pensamiento que no hace sino expresar, la mayoría de las veces de manera inconsciente, los particulares intereses de las clases sociales que se enfrentan en el escenario histórico.

A través de la tesis de la "falsa conciencia", la ideología oculta y desfigura una realidad subyacente, ofreciendo una construcción meramente simbólica de lo fáctico. Así todo lo que aparece como tradicional o atrasado, todo lo que no conduce al progreso material e intelectual, es lo opuesto a la razón y por tanto es ideología, (LARRAÍN 2007) que suele identificarse con la clase dominante y así utiliza todos los medios con los que cuenta para imponerla a las demás. En una sociedad en la que el poder, la riqueza y la categoría social están distribuidos de manera muy desigual, las ideas de los grupos que ostentan el poder, la riqueza y la categoría social, no son sino la expresión ideal de las relaciones dominantes (GEE 2005: 18 a 20).

Al final de cuentas la significación hasta aquí expuesta, encuentra semejanza con la vertiente relativa al uso común de la expresión en sentido parcial; suponiendo así dar entrada explícita a connotaciones críticas y autocríticas de las ideas, al reconocimiento de las implicaciones y compromisos de la cultura con la realidad social e histórica en que aquella se produce; supone, incluso, la posibilidad de descubrir aquellas zonas de ocultación y distorsión que denuncia las denominadas filosofías de la sospecha frente a aquellas filosofías de la pretendida aséptica neutralidad ante dicha realidad y sus hipotéticas transformaciones (DÍAZ 2010: 44 a 47).

Ahora bien, más allá de seguir aportando definiciones sobre el concepto que incumbe al presente apartado, que por su vastedad y divergencias se ha decidido acotar a las dos principales configuraciones históricas de ideología, enlazándolas con lo que se suele entender por la misma en el lenguaje popular, resulta pertinente señalar que la definición que para fines prácticos interesa es la variante marxista, que se encarga de señalar el vínculo entre los factores distorsionadores que ocultan la realidad y los conflictos presentes en las propias relaciones sociales, buscando simular el hecho del dominio entre las personas, la imposición de jerarquías y el hecho mismo de la opresión.

Paz definió al término como un sistema de ideas que impide que el hombre vea claramente su realidad (RODRÍGUEZ LEDESMA 1996: 187). Resulta congruente que quien quizás haya realizado más

[14] En los primeros, la deformación ideológica del conocimiento se ve, más bien, como deficiencia del pensamiento especulativo mismo, cuando se separa definitivamente de la realidad y cobra una existencia ficticia de espaldas totalmente a ella. Tiene lugar así una inversión de la imagen, una alteración de la verdadera relación entre la idea y la realidad. En El Capital, en cambio, lo que se critica como ideológico es el pseudocientificismo que convierte en absoluto y natural lo particular e histórico captado en la inmediatez fáctica y en la investigación empírica.

ISSN 1851-3069

aportaciones a la cultura mexicana, haya sido precisamente alguien que estudió derecho en la Universidad Nacional de 1932 a 1937. A pesar de que el Nobel de Literatura de 1990 no se tituló por preferir viajar al sur de México para fundar una escuela rural y ser maestro siendo precisamente ahí cuando decidió dedicarse por completo a la escritura al recibir una invitación por parte de Pablo Neruda para un Congreso Internacional de Escritores en Valencia, éste tuvo bien claro que la personalidad incómoda y la necesidad de explicarse que muchas veces caracteriza a los abogados se desarrolla a la par de la escritura y en ese sentido: el primer deber del escritor, estriba en su fidelidad al lenguaje. El escritor es un hombre que no tiene más instrumento que las palabras... Usarlas quiere decir esclarecerlas, purificarlas, hacerlas de verdad instrumentos de nuestro pensar y no máscaras o aproximaciones (PAZ 1970). Cuando el retórico induce al error, el dogmático impone y la sociedad se confunde, contextualizar y distinguir el sentido en el que se ha utilizado un determinado término propaga una renovada ilusión, no solamente por querer entender una postura concreta o un postulado específico si no también por intentar entender a los otros y esencialmente por entendernos a nosotros mismos.

Sin mayores pretensiones que las de demarcar maneras en las que se ha utilizado el término, en seguida brevemente se realizará una aproximación general al componente ideológico dentro del derecho para intentar descifrar la lógica en la que se desenvuelve dentro de la enseñanza del derecho según algunos postulados de los CLS.

5. La cuestión ideológica en la enseñanza del derecho según algunos postulados de los CLS

La exposición de la palabra ideología, tanto en su faceta comúnmente usada como en su significado histórico, arroja una nítida conclusión respecto a que en su entendimiento subyace una idea que bordea los límites de cualquier actividad epistemológica, sentenciando que ninguna ciencia está completamente libre de ideología, en el sentido de que los juicios de valor, las pautas sociales y, en general, el "ambiente" social que envuelve la labor del investigador no pueden separarse absolutamente de su desarrollo científico. En el campo de las ciencias sociales, la influencia de la ideología es especialmente intensa (ATIENZA 1986).

Desde sus orígenes, perpetuando sus intenciones hasta nuestro días, la ciencia del derecho ha pretendido distanciarse y en momentos hasta fomentar un aislamiento respecto a todo aquello que la contamina, apartándose de intereses, política, realidades, juicios éticos o morales, (que si bien pueden servir en ocasiones para explicar su funcionamiento interno) la ciencia en cuestión muchas veces ha tratado de describir asépticamente por métodos exegéticos y formales su contenido. El momento cumbre de lo recién descrito se encuentra en Hans Kelsen, quien a través de su propuesta busca la realización de un conocimiento jurídico puro y objetivo. Así, ideando una ficción, el filósofo austriaco ambiciona explicar el mundo fáctico acudiendo a una norma fundamental que dota a todo el sistema de plenitud, evitando aludir a criterios éticos, políticos o de cualquier otra índole, ya que huye de cualquier concepción metafísica del derecho, o aspectos morales que se encuentran en clara confrontación con las teorías

ISSN 1851-3069

realistas. Así desde el punto de vista de Marx, una pretensión como la expuesta se calificaría como ideológica, en cuanto "enmascara, reduce o distorsiona la realidad que pretenda estudiar" (ATIENZA 1986: 40); porque el derecho, al ser una creación humana caracterizada por la diversidad y la pluralidad, es algo consustancial al mismo porque éste es expresión cultural.

El derecho no se encuentra desvinculado de su entorno al manifestar su propia configuración entre las diferentes corrientes filosófico-jurídicas, por citar dentro del positivismo jurídico la conocida tripartición que realiza Norberto Bobbio respecto al mismo, o la propuesta de Uberto Scarpelli sobre su interpretación política.[15] Sin embargo, más allá de centrarse en las caracterizaciones de algún movimiento específico dentro del derecho o seguir los rastros que confluyen entre ciencia jurídica y cultura para distinguir su eventual conglomeración en la realidad, interesa en el presente apartado hacer hincapié en que la concepción de ideología que equivale a parcialidad y distorsión de la realidad, no se asimila en su totalidad solamente a ello, sino que alude también de alguna manera a reflejarla; así el derecho y los conceptos jurídicos no son puras fantasías, engaños que no responden a ninguna realidad, sino que tiene un aspecto ambivalente: "en parte ocultan la realidad y en parte la reflejan" (ATIENZA 1986: 41).

Siguiendo las ideas de Evgeny Pašukanis, como uno de los principales teóricos marxistas, en que el derecho no es sólo una "forma ideológica", entendida como una experiencia psicológica vivida por los hombres, sino una relación social objetiva (SÁNCHEZ 1977: 99 a 101), lo pertinente será tener en cuenta y desmenuzar la no neutralidad del derecho que puesta al servició de la clase dominante refleja la apropiación de las relaciones sociales.

En esa línea los CLS indagan la especificidad del derecho como relación social y aluden, si bien no de manera expresa sí de una forma muy sugestiva, a un concepto de ideología en su caracterización marxista dentro de sus críticas a la enseñanza del derecho.

Cuando ellos mismos definen ideología como "un proyecto de universalización de una *intelligentsia* que considera que actúa para un grupo cuyos intereses están en conflicto con los de otros grupos" (KENNEDY 1997: 28), los *Critical*, se refieren directamente a una premisa en donde se manifiesta el componente ideológico al cual constantemente remiten:

- La educación jurídica enseña un estilo de profesionalismo que no solamente es autoritario sino que también induce a los abogados al mantenimiento de relaciones jerárquicas de dominación (KENNEDY 1994a), a través de reglas (planes de estudios) y prácticas (experiencia en el aula).

Si se suma a ese componente ideológico en la enseñanza del derecho, la manera en que el liberalismo y el conservadurismo han permeado la cultura norteamericana (KENNEDY 1997: 27y 28) según los CLS quedará demostrado que la cultura jurídica es parte del discurso legitimador del sistema político y así el derecho no solamente actuará convenciendo de que el sistema social existente es justo,

[15] Para una detallada exposición y desarrollo de las posturas de los autores en cuestión vid. LLOREDO, L. 2012: 182 a 192.

ISSN 1851-3069

sino más bien enseñando que es inmutable. La parte central de la ideología para los *Críticals* es "la distinción entre derecho y política" (KENNEDY 1990: 381).

Tanto justificando al sistema y sus reglas que enseña, como al "mistificar al razonamiento jurídico, restringiéndolo a una casta selecta de superdotados cuyo monopolio de las tareas más gratas, del control de toda la actividad y de las mejores recompensas queda justificado" (PÉREZ LLEDÓ 1996: 138), la ideología ya no es que drogue a las masas y les haga pensar que sus gobernantes y jefes son ideales, que la vida es justa y que todos merecemos el destino que tenemos, sino que ahora el carácter más peligroso del factor ideológico en el derecho es el de impedir imaginar órdenes alternativos (GORDON 2001), desde los primeros momentos de la formación jurídica.

Si bien los CLS se deslindan claramente de entender al derecho, con base en la idea marxista, como "una conspiración de la clase gobernante destinada a engañar y oprimir a las masas" (KENNEDY 1994a: 91), éstos recalcan que la función ideológica del mismo "no estriba ya en su importancia instrumental como factor causal directo del mantenimiento de las estructuras sociales sino como elemento constitutivo de la conciencia sobre lo que es y puede ser la sociedad" (PÉREZ LLEDÓ 1996: 386). La negación de la jerarquía es falsa conciencia afirma Kennedy para zanjar la discusión y propone "atacar el problema de la aparente neutralidad de los estudios jurídicos transformando el aula en un lugar donde los alumnos aprendan sus conocimientos en el proceso de autodefinirse como actores políticos de sus vidas profesionales" (KENNEDY 1994b: 71).

Resaltando que la disección del concepto de ideología exclusivamente se limita al los CLS respecto a la enseñanza jurídica (dejando fuera del mismo distintos temas que por su propia naturaleza y profundidad implicaría el desarrollo de un análisis posterior) vale la pena realizar un par de comentarios críticos al respecto:

1. La ideología estudiada como fenómeno enraizado en las relaciones sociales que cambia de forma histórica con su práctica material (LARRAÍN 2007), desenmascara a los Criticals como corriente que se corresponde con la izquierda, ya que su protesta en sí, cuenta con un componente ideológico contrario al que denuncian. Sin que esto forzosamente fuera algo negativo, invirtiendo el análisis, los CLS al cuestionar fuertemente una forma de vida política, no parecen notar que sus postulados se alinean con un concepto de ideología que promociona intereses sectoriales opuestos a los dominantes (EAGLETON 1995: 53).

2. Aceptando que ninguna cultura es tan pobre como tan ingenua para ser neutra, o indiferente a valores (DÍAZ 2010: 22), la promoción de los intereses de un determinado grupo frente a los de la clase dominante, no debe centrarse solamente en la denuncia de métodos como la distorsión y el disimulo. Esto debido a que las innumerables relaciones de poder, manifiestan muchas veces intereses contrapuestos y hasta contradictorios, cuyo fin es sencillamente la obtención de los mayores beneficios posibles. Cuando los CLS atacan a un grupo específico, se tiene la sospecha de que éstos dejan de lado "la estructura material del conjunto de la sociedad" (EAGLETON 1995:

ISSN 1851-3069

54), es decir las múltiples series de relaciones que cohabitan y van conformando un cierto tipo de ideología indeterminada que involuntariamente se ha construido a lo largo del tiempo.

En ese orden de ideas, deberá tenerse en cuenta que el factor decisivo en este tema es distinguir que "hay ideologías mucho más ideológicas que otras" (DÍAZ 2010: 50 y 51). Que siempre existirán otras posibilidades que sugieren alternativas a ellas mismas, rompiendo así la tajante y laxa distinción de un enfrentamiento dicotómico entre "buenos y malos".

Si bien es cierto que la ideología "no es el concepto de punta en las ciencias sociales el día de hoy" (LARRAÍN 2007: 7), también lo es que muchas veces su indeterminación ha causado importantes debates para develar su intencionalidad y muchas otras al pasar inadvertida ha planteando la necesidad de determinar su correcta significación. Por ser al final de cuentas un movimiento antiformalista, por tradición y sintonía con posturas del neomarxismo y por encontrar dentro de su crítica cuestiones como la jerarquía y la opresión, el estudio del componente ideológico en la educación jurídica del pensamiento de los *Critical Legal Studies* termina por aproximarse a la acepción marxista de la palabra, advirtiendo las consideraciones anteriormente expuestas, así como la percepción de que en distintas ocasiones al movimiento no solamente le tenía sin cuidado la utilización del término sino también entremezclando definiciones pero que irremediablemente terminan por concurrir en lo que creo es su meta: ser más humanos, más humanistas que aquellos que nos educaron (KENNEDY 1994a).

Bibliografía

ALIAGA, J.; DE LA FLOR, F. (2005) "La controversia política es parte del razonamiento jurídico Entrevista a Duncan Kennedy". En Themis Revista de Derecho, nº 50, 2005.

ATIENZA, M. (1986) *Introducción al Derecho*. Alicante, Editorial Club Universitario, 2010.

CALSAMIGLIA, A. (1992) "La retórica de Critical Legal Studies. Impresiones de un lector español". En Doxa nº 11, 1992.

CORTAZAR, J. (1984) *Argentina: años de alambradas culturales*, Barcelona, Muchnik Editores, 1984.

COURTIS, CH. (2001) "Introducción". En COURTIS, CH. *Desde la otra mirada Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

DÍAZ, E. (2010) "Cultura e ideología (Objetividad del conocimiento y praxis política)". En FIGURUELO, A., ENRÍQUEZ, G. y NÚÑEZ, M. (Comp.), *Derecho, Ciencias y Humanidades*, Granada, Editorial Comares, 2010.

ISSN 1851-3069

DE TRACY, D. (1796) *Mémoire sur la faculté de penser*, París, Memorias del Instituto nacional de las ciencias y de las artes por la IV República, 2013.

EDMONDS, D.; EIDINOW, J. (2001) *El atizador de Wittgenstein. Una jugada incompleta*, Barcelona, Península, 2001.

EAGLETON, T. (1995) *Ideología: una introducción*, Barcelona, Paídos, 1997.

ENGELS, F. (1869) "Prólogo para la tercera edición de El 18 Brumario de Luis Bonaparte". En MARX, K. *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*, Santiago, Ed. de la Escuela de Filosofía Universidad de Arte y Ciencias Sociales, Biblioteca electrónica Universidad Arcis, 2005.

FREEMAN, A. (2007) "Una mirada jurídica crítica sobre el ejercicio de la abogacía en el ámbito societario". En Academia Revista sobre enseñanza del Derecho, Año 5, nº 10, 2007.

FUKUYAMA, F. (1989) "The end of history?". En The National Interest, Washington, nº 16, 1989.

_____ (1999) "Pensando sobre el fin de la historia diez años después". En El País, Madrid, 1999.

GARGARELLA, R. (2012) "Prólogo". En KENNEDY, D. *La enseñanza del derecho como acción política*, Siglo veintiuno editores, Buenos Aires, 2012.

GEE, J. P. (2005) *La ideología en los discursos: lingüística social y alfabetizaciones*, Madrid, Ediciones Morata, 2005.

GORDON, R. (2001) "Nuevos desarrollos de la teoría jurídica". En COURTIS, CH. *Desde la otra mirada Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

HUNT, A. (1986) "The Theory of Critical Legal Studies". En Oxford Journal of Legal Studies, vol 6. nº 1, 1996.

KENNEDY, D. (1997) *Izquierda y derecho*, Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 2012.

_____ (1990) "La educación legal como preparación para la jerarquía". En COURTIS, CH. *Desde la otra mirada Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

_____ (1978) "La enseñanza del derecho en el primer año como acción política". En KENNEDY, D. *La enseñanza del derecho como acción política*, Siglo veintiuno editores, Buenos Aires, 2012.

_____ (1994b) "Politizar el aula". En KENNEDY, D. *La enseñanza del derecho como acción política*, Siglo veintiuno editores, Buenos Aires, 2012.

_____ (1994a) "Una conversación con Duncan Kennedy". En KENNEDY, D. *La enseñanza del derecho como acción política*, Siglo veintiuno editores, Buenos Aires, 2012.

ISSN 1851-3069

LARRAÍN, J. (2007) *El concepto de ideología. Tomo 1 Carlos Marx*, Santiago, LOM ediciones, 2010.

LAVADO, J. (1970) *Toda Mafalda*, Buenos Aires, Ediciones de la flor, 2003.

LENK, K. (1974) "Las etapas esenciales en la concepción de la ideología". En LENK, K. *El concepto de Ideología*, Buenos Aires – Madrid, Amorrortu / editores, 2008.

LLOREDO, L. (2010) *Ideología y filosofía en el positivismo jurídico de Rudolf Von Jhering*, Getafe, Tesis Doctoral Universidad Carlos III de Madrid – Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, 2010.

_____ (2013) "La socialización del derecho: el antiformalismo y los derechos económicos, sociales y culturales". En *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX, Vol. 1, libro 2*, Madrid, Dykinson, 2013, (en prensa).

_____ (2012) *Rudolf Von Jhering y el paradigma positivista*, Madrid, Dykinson, 2012.

MAGALONI, A. (2006) "Cuellos de botella y ventanas de oportunidad de la reforma a la educación jurídica de elite en México". En FIX-FIERRO, H. *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes, Estudio sociojurídico sobre educación y profesiones jurídicas en el México contemporáneo*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

MARX, K. (1852) *El 18 Brumario de Luis Bonapart*, Santiago, Ed. de la Escuela de Filosofía Universidad de Arte y Ciencias Sociales, Biblioteca electrónica Universidad Arcis, 2005.

MESA, D. (2002) "Fisuras en el pensamiento jurídico contemporáneo: El movimiento "Critical Legal Studies". En Criterio Jurídico V.2, 2002.

NEACŞU, D. (2000) "CLS Stands for Critical Legal Studies, if anyone remembers". En Journal of Law and Policy, nº 8, 2000.

NOCERA, P. (2009) "Discurso, escritura e historia en L'idéologie de Desttut de Tracy". En Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas, Vol. 21, nº 1, 2009.

ORTIZ, D. (2009) "Get a Life?". En Georgetown Law Journal, Vol. 97 - Issue 3, 2009.

PAZ, O. (1970) *Postdata*, Ciudad de México, Editorial Siglo XXI editores, 1970.

PÉREZ LLEDÓ, J. (1996) *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996.

PICAVET, F. (1891) "Destutt de Tracy, idéologue, législateur et pédagogue". En Franklin B. *Les Idéologues, Essai sur l'histoire des idées et des théories scientifiques, philosophiques, religieuses, etc. en France depuis 1789. Chapitres 4 à 6*, París, Trabajos de Investigación y fuente-Monografía Filosófica, 2013.

ISSN 1851-3069

RODRÍGUEZ LEDESMA, J. (1996) *El pensamiento político de Octavio Paz: las trampas de la ideología*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México y Plaza y Valdés Editores, 1996.

RORTY, R. (1994) *Verdad y Progreso*, Barcelona, Paidós Básica, 2000.

ROJAS, M, (2009) "No el abogado, "mejor el doctor". La imagen social del profesional del Derecho". En Revista Estudios Socio-Jurídico 11(2), Universidad del Rosario, julio - diciembre, 2009.

SÁNCHEZ, A. (1977) "Pashukanis, teórico marxista del derecho"- En Dialéctica, Revista de la Escuela de la Escuela de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Puebla, año II, nº 2, 1977.

SANMARTÍN, I. (1999) "¿Quién es Francis Fukuyama?". En Revista Cuadernos de Estudios Gallegos, Tomo XLVI, Fascículo 111, 1999.

SCHWARTZ, L. (1984) "With Gun and Camera Through Darkest CLS-Land". En Stanford Law Review, Vol. 36, No. 1/2, Critical Legal Studies Symposium, 1984.

SEISDEDOS, G. (1996*) El honor de Dios, Mártires Palotinos*, Buenos Aires, Lohlé-Lumen, 1996.

TIMM, A. (2010) "Entre formalismos y antiformalismos: algunas aproximaciones básicas". En Papeles de teoría y filosofía del derecho, Universidad Carlos III de Madrid, nº 12, 2010.

UNGER, R. (1983*), The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge – Massachusetts – Londres, Harvard University Press, 1983.

VARGAS LLOSA, M. (2003) "Duelo de Gigantes". En El País, Madrid, 2003.

VILLORO, L. (1985) *El concepto de ideología y otros ensayos*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2007.

ISSN 1851-3069

LA CONSTRUCCIÓN SIMBÓLICA DEL ACCIONAR SOBRE EL ESPACIO HABITACIONAL: ANÁLISIS CRÍTICO DE DISCURSOS DEL GCABA Y DE HISTORIAS DE VIDA DE SUJETOS EN SITUACIÓN DE POBREZA

Por Mariana Carolina Marchese

RESUMEN

En este trabajo, se estudia cómo, durante la primera década de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, los discursos del Gobierno de la Ciudad construyeron simbólicamente la relación entre los sujetos en situación de pobreza y su posibilidad de acceder a espacios habitacionales dignos. Luego de analizar esa construcción, se estudiará el modo en que ésta impactó sobre la vida de los habitantes de la ciudad que atravesaban situaciones de pobreza y problemáticas habitacionales. El paradigma epistemológico en el que se sustenta este trabajo es el interpretativista. La metodología aplicada es predominantemente cualitativa e inductiva y el corpus se estudia mediante el *Método de abordajes lingüísticos convergentes para el Análisis del Discurso con perspectiva crítica*.

PALABRAS CLAVE

Espacio habitacional-construcción simbólica-análisis crítico del discurso- historias de vida- discursos gubernamentales

ISSN 1851-3069

THE SYMBOLIC CONSTRUCTION OF ACTIONS ON LIVING SPACE: CRITICAL ANALYSIS OF DISCOURSES OF GCABA AND LIFE HISTORIES OF INDIVIDUALS IN POVERTY SITUATIONS

By Mariana Carolina Marchese

ABSTRACT

In this paper I study how, during the first decade of autonomy of the City of Buenos Aires, the discourses of the City's Government symbolically constructed the relation between subjects in poverty situations and their access to decent living spaces. After analyzing this construction, I study how it impacted on the lives of the inhabitants of the city who went through situations of poverty and housing issues. The epistemological paradigm that underpins my work is interpretative. The methodology is predominantly qualitative and inductive and the corpus is studied using the *Method of convergent linguistic approaches for discourse analysis in critical perspective*.

KEY WORDS

Living space – symbolic construction – Critical Discourse Analysis – life histories – governmental discourses

ISSN 1851-3069

LA CONSTRUCCIÓN SIMBÓLICA DEL ACCIONAR SOBRE EL ESPACIO HABITACIONAL: ANÁLISIS CRÍTICO DE DISCURSOS DEL GCABA Y DE HISTORIAS DE VIDA DE SUJETOS EN SITUACIÓN DE POBREZA

Por Mariana Carolina Marchese*

I. Introducción

El objetivo de este trabajo consiste en analizar lingüísticamente una serie de discursos (proyectos de ley, decretos y noticias) referidos a la problemática habitacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA). Todos ellos fueron producidos por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (GCABA) durante la primera década en la cual la ciudad comenzó a funcionar como ciudad autónoma. El interés en el estudio de los proyectos de ley y de los decretos reside en que a través de ellos se crearon los programas sociales destinados a generar vías de resolución para la problemática mencionada, mientras que las noticias pusieron en circulación información sobre la llamada cuestión habitacional de la ciudad y sobre cómo el GCABA implementaba diversas medidas respecto de ella.

El trabajo se inscribe dentro de las investigaciones del equipo argentino que integra la Red Latinoamericana de Análisis Crítico del Discurso de la pobreza (REDLAD), dirigido por la Dra. María Laura Pardo. Éste es un equipo interdisciplinar cuyo tema de investigación es la pobreza en la CABA y en el Conurbano bonaerense. La red se formó hacia el año 2001, cuando la Dra. Pardo comenzó a dirigir, en Chile y en Buenos Aires, proyectos relacionados con el análisis del discurso de sujetos en situación de pobreza urbana. El interés creciente por hacer visibles las causas y las consecuencias de los procesos de exclusión que se generaron en Latinoamérica durante la década del noventa produjo que se gestaran proyectos similares en otros países latinoamericanos. Así, se formó la REDLAD con el fin de que los estudios realizados provean evidencias lingüísticas que se conviertan en herramientas para disciplinas afines y en instrumentos para apoyar la discusión sobre la elaboración de políticas públicas que involucren a sujetos en situación de pobreza.

Para los integrantes de la red, los discursos gubernamentales, en general, y los relacionados con el procedimiento de legislación, en particular, poseen una importancia central en la vida de la sociedad, puesto que ellos son, literalmente, modos de acción social. Esto significa que esos

* Profesora de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires (UBA), donde obtuvo los títulos de Licenciada en Letras, Profesora de Enseñanza Media y Superior en Letras y Doctora en Letras con mención en Lingüística. Actualmente, es Investigadora del proyecto UBACyT 20020100100120 (ex UBACyT F127) coordinado

ISSN 1851-3069

discursos son acciones que tienen consecuencias concretas en la praxis social, porque, entre otras cosas, crean y distribuyen roles sociales. Este artículo focalizará, específicamente, ese proceso discursivo y social en el contexto de la problemática habitacional de la CABA. Asimismo, para proveer evidencias lingüísticas con mayor fuerza explicativa respecto de cómo los discursos gubernamentales impactan en la vida de los sujetos sociales, se presentará una comparación de su análisis con el estudio de una serie de historias de vida de habitantes de la CABA en situación de pobreza. De este modo, el tema de esta investigación, que articula el análisis del discurso y la teoría social, pretende analizar no sólo los discursos dominantes y los de los grupos excluidos, sino especialmente la intersección socio-discursiva entre ambos.

II. Breve reseña sobre la cuestión habitacional de la CABA

Como sostiene Wacquant (2007), el avance del orden global posmoderno y la reconfiguración del capitalismo provocaron una revolución de la experiencia en relación con los espacios urbanos. En este sentido, una característica que define ese orden radica en que el espacio se tornó un elemento central de las vivencias cotidianas (Pardo, 2008). Desde distintas disciplinas sociales, varios investigadores coinciden en que, dentro de ese contexto mundial, uno de los derechos sociales más vulnerados en Latinoamérica fue el del acceso a la vivienda (Boron, 1991; Pradilla Cobos, 2010; Demajo Meseguer, 2011; Moura, 2011). Además, estas investigaciones manifiestan que la situación impactó abruptamente sobre los grupos más empobrecidos de la sociedad, lo cual acrecentó la problemática habitacional ya existente y la tendencia hacia la desigualdad social. Ésta se reflejó, incluso, en conflictos violentos, puesto que en algunas oportunidades "…el territorio urbano se convierte en el campo de batalla de una guerra continua por el espacio, que a veces estalla en espectáculo público…" (Bauman: 1999: 33).

Diferentes disciplinas estudiaron el fenómeno habitacional en la CABA durante la década del noventa y principios del siglo XXI (es decir, en el período en que Argentina atravesó el pasaje de la modernidad a la posmodernidad) (Flores, 1993; Feijoó, 2001; Cuenya, 2004; Fidel, 2004; Martínez, 2004/2005; entre otras). Los análisis afirman que, en ese período, la población de la CABA fue sometida a una política urbana en la cual el Estado asumió una lógica económica casi empresarial, que se desligó del plano social y de los conceptos de equidad e integración para orientarse hacia los intereses del mercado inmobiliario.

Cuenya y Corral (2011) investigan el caso de la política urbana en la era de la globalización a partir de la experiencia de la Ciudad de Buenos Aires. Sus trabajos reflexionan sobre los Grandes Proyectos Urbanos (GPU), que son definidos como mecanismos impulsados por el capital privado internacional y como un nuevo modo de intervención del sector público en la ciudad. Estos proyectos implicaron una nueva política urbana del gobierno local ligada a un fuerte apoyo al capital privado con el fin de revitalizar la ciudad. Ahora bien, la aparición de este nuevo modo de accionar del Estado sobre el espacio urbano público produjo una serie de remodelaciones edilicias en ciertas zonas de la ciudad, pero

por la Dra. María Laura Pardo y becaria posdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET).

ISSN 1851-3069

no existió un desarrollo paralelo de la política estatal socio-habitacional. Por el contrario, Cuenya y Corral (2011) sostienen que esa política se deterioró.

Así, el déficit habitacional sufrió un incremento masivo y notable (Rodríguez, 2005). Si bien el GCABA implementó medidas para canalizar la problemática, esas acciones no llegaron a revertirla y, como consecuencia, muchos habitantes de la ciudad quedaron desanudados de la red social (Malanca & Repetto, 2003). Aunque las políticas neoliberales fueron y son resistidas, sus embestidas contra los derechos sociales tuvieron una fuerza tal que sus efectos nocivos sobre la sociedad han sido difíciles de resolver. Aquí, se deja en claro que se habla de derechos y, específicamente, de derecho a la vivienda, porque la Constitución de la Nación Argentina en su artículo 14 bis y la Constitución de la CABA en su artículo 31 establecen y crean dicho derecho.

En el transcurso de la década del noventa, la CABA, como ciudad capital del territorio nacional, siguió siendo un foco de concentración de población en búsqueda de un futuro más próspero. Sin embargo, la imposibilidad para alcanzar ese objetivo se manifestó, por ejemplo, en el aumento de las villas y de los asentamientos y en la aparición de los llamados "sin techo". Hacia el año 2004, cuando la problemática era crítica, apoyándose en los artículos 14 bis de la Constitución de la Nación Argentina y 31 de la Constitución de la CABA, la Legislatura de la CABA (LCABA) declaró estado de emergencia habitacional por un plazo de tres años (Ley Nº 1408/LCABA/04). Dado que en el año 2007 la LCABA juzgó que gran parte de la población seguía atravesando serias dificultades habitacionales, prorrogó el estado de emergencia por tres años más consecutivos (Ley Nº 2472/LCABA/07). En el año 2010, la LCABA nuevamente intentó prorrogar el plazo de vigencia de dicho estado, pero este intentó fracasó en otras instancias legislativas.

Es de destacar que ese proceso ocurrió casi en forma paralela al conflicto que se desató durante los primeros días de diciembre del año 2010 en las tierras del Parque Indoamericano. En ese caso, se hicieron patentes las palabras de Bauman (1999) citadas al comienzo de este apartado, puesto que el conflicto que se produjo en la zona sur de la ciudad se fue agudizando de modo tal que el 9 de diciembre se generó, literalmente, una batalla entre quienes fueron denominados por los medios de comunicación como "los vecinos del barrio" y los habitantes de las villas que se encontraban en el predio, llamados "ocupas" por los medios, quienes reclamaban la posibilidad de acceder a una vivienda digna. Independientemente de todos los supuestos e hipótesis que se barajaron en relación con el origen de la disputa, durante esos hechos murieron tres personas.

III. Marco teórico-metodológico

El paradigma que guía esta investigación es el interpretativista (Guba & Lincoln, 1994), el marco teórico es el Análisis Crítico del Discurso (ACD) en sus vertientes europea (Fairclough, 1992; van Dijk, 1993; Wodak, 2000) y latinoamericana (García da Silva, 2007; Pardo Abril, 2007; Pardo, 2011; Ramalho & Resende, 2011) y la metodología utilizada es predominantemente cualitativa e inductiva (Pardo, 2011).

ISSN 1851-3069

Aunque se sostiene que los discursos pueden ser definidos como la conjunción entre tres prácticas: textual (PT), discursiva (PD) y social (PS) (Fairclough, 1992), en función de las críticas de Shi-xu (2007), que señalan que esas prácticas se representan como cajas dentro de cajas construyendo un esquema en el cual las relaciones sociales se materializan de una forma atomizada y dicotómica, se realizó una nueva propuesta que parte de dicho esquema (Marchese, 2012). En esta propuesta, los discursos de los sujetos sociales se originan en la conjunción de las tres prácticas, pero la PS se concibe como la intersección entre los discursos de distintos sujetos sociales (véase Figura 1). El estudio de esa intersección revela las diferencias y las similitudes respecto de los diversos sistemas de creencias que se plasman a través de los discursos que circulan en una sociedad.

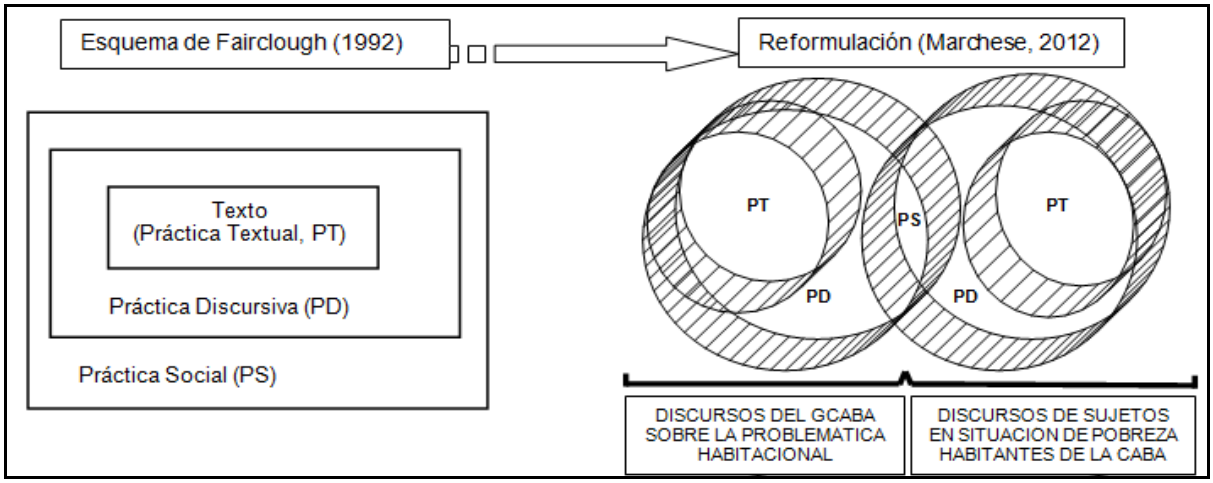


Figura 1. Reformulación del esquema de Fairclough (1992).

Para efectuar el análisis del discurso (AD), se utilizan la Fase 1 y la Fase 3 del *Método de abordajes lingüísticos convergentes para el AD con perspectiva crítica* (Marchese, 2011, 2012). Este método amplía el alcance analítico del *Método sincrónico-diacrónico del análisis lingüístico de textos* (Pardo, 2001, 2011) (Fase 1), incorporándole el estudio de la jerarquización y la tonalización de la información (Fase 2) y de los roles temáticos (Fase 3). A continuación, se describirán las fases utilizadas para esta investigación y sus correspondientes operaciones analíticas.

Fase 1: *Método sincrónico-diacrónico de análisis lingüístico de textos* (Pardo, 2011) (operación: categorización)

En esta fase, se relevan categorías gramaticalizadas y categorías semántico-discursivas. Estas categorías dan cuenta del modo en que los sujetos sociales categorizan el mundo, asignándole un orden. Las primeras son categorías lingüísticas que presentan alta frecuencia de aparición en diversos géneros: *Operador pragmático (OP)*, *Negación (Neg)*, *Afirmación (Af)*, *Hablante-Protagonista (H-P)*, *Actores*, *Nexos de Valor (Nv1, Nv2*, etc.*)*, *Tiempo* y *Espacio*. Las segundas son categorías lingüísticas que surgen específicamente en cada discurso.

ISSN 1851-3069

En las emisiones (e) del Ejemplo 1, se puede observar una breve ilustración de la Fase 1. Las categorías gramaticalizadas que surgen en el fragmento son: *Operador pragmático* (conecta distintas emisiones o sectores en la emisión), *Hablante-Protagonista* (referente nominal que asume el argumento central del discurso), *Nexo de Valor 1*(con el que el *Hablante-Protagonista* acciona, puede corresponder tanto a un verbo como a una nominalización), *Actor* (referente nominal que toma argumentos que se oponen o que apoyan al del *Hablante-Protagonista*; además, se destaca que, en este caso, la categoría *Actor* no presentó ningún *Nexo de Valor* asociado a ella) y *Espacio* (responde a la orientación espacial propia de cualquier discurso). Asimismo, aparece una categoría semántico-discursiva: *Planes sociales.* Las categorías se pueden estudiar: a) de modo sincrónico, esto es en su ocurrencia sucesiva en las emisiones (indicado por las flechas horizontales) y b) diacrónicamente, o sea, cómo se va cargando semánticamente una misma categoría (indicado por las flechas verticales).

Ejemplo 1. **NOTICIA 13-06-06**: operación de categorización.

OP.	**H-P. (GCABA)**	**Nv1**	**ACTOR (ORGANIZACIONES SOCIALES)**	**PLANES SOCIALES**	**ESPACIO CABA**
		e1[Desarrollo →	Social]		
		e2[Trabajará →	junto a organizaciones sociales]		
	e3[Se	presentó			
	el área	de Coordinación		de Políticas Sociales Urbanas	en la Ciudad]
	e4[El jefe de Gobierno				de la Ciudad de Buenos Aires,
	Jorge Telerman,				
y	la ministra de Derechos Humanos y Sociales, Gabriela Cerruti,	presentaron			
	un área	de Coordinación		de Políticas Sociales Urbanas	de la Ciudad.]
		e5[Estuvieron			
	presentes, entre otros, diputados nacionales, legisladores porteños				
y			dirigentes de las principales organizaciones sociales.]		

ISSN 1851-3069

Fase 3: *Teoría de roles temáticos* (operaciones: subindización y triangulación de datos)

Partiendo de Halliday y Matthiessen (2004), esta teoría se incorpora al análisis para rastrear los roles en que se ubica a los participantes que aparecen en el discurso. Su inserción se lleva a cabo mediante la operación de subindización, a través de la cual se vinculan los procesos (los verbos), que aparecen como *Nexos de Valor (Nv)*, con los respectivos roles temáticos que esos procesos distribuyen a los diferentes participantes (*H-P* y *Actores*) obtenidos mediante el método sincrónico-diacrónico (Fase 1). La operación de triangulación de datos se utiliza para sistematizar los datos del análisis, obteniendo, así, una estadística.

IV. Aclaraciones metodológicas para otras áreas sociales

IV. a. Sobre la *Teoría de roles temáticos*

Mediante el estudio de los roles temáticos, se rastrean los papeles de los participantes discursivos. Esos papeles construyen y reflejan la distribución de los roles sociales, es decir, dan cuenta del rol que juegan determinados sujetos sociales dentro de ciertos escenarios. Así, en el corpus analizado, la distribución discursiva de los roles temáticos manifiesta la interacción tanto entre el GCABA y los sujetos en situación de pobreza como de estos últimos entre sí y con el resto de la sociedad, en el contexto de la problemática habitacional.

Esta teoría proviene del enfoque socio-semiótico de la Lingüística Sistémico-Funcional y está ligada, específicamente, al sistema de transitividad, mediante el cual se organiza el mundo a través de un conjunto manejable de tipos de procesos. Cada proceso provee su propio modelo o esquema para construir un dominio de la experiencia particular a partir de una serie de roles participantes que pueden aparecer acompañados de circunstancias. Los procesos son acciones y estados expresados mediante verbos conjugados, los participantes son personas y cosas que adquieren diferentes roles al involucrarse en los procesos y las circunstancias son precisiones acerca del lugar, del tiempo, del modo o de la causa de los procesos. A continuación, se explican los procesos y se detallan sus roles asociados más relevantes.

Procesos materiales **(PMA):** señalan experiencias externas en el mundo físico o material, indican "un hacer".

- *actor* (AC)[1]: fuente de energía que lleva a cabo un cambio en el flujo de eventos. Este participante ocasiona que el proceso se desarrolle en el tiempo, llevando a un resultado que es diferente de la fase inicial de ese desarrollo. El *actor* es el que lleva a cabo el cambio o realiza la acción. Asimismo, un *actor* puede poseer el rasgo *[+ agentivo]* o *[-agentivo]*.[2]
- *meta* (ME): participante en el cual el proceso impacta de alguna manera, al que se dirige la acción.
- *beneficiario* (BE): es el rol participante que designa a aquel a quien se le dan bienes o para quien se producen servicios.

ISSN 1851-3069

Procesos mentales **(PME):** señalan experiencias internas (percepciones o apreciaciones intelectuales).

- *procesador* (PR): participante que procesa lo que el proceso designa. En este sentido, tiene el rasgo [+ humano], ya que su característica principal es que está dotado de una conciencia.
- *fenómeno* (FE): denota el producto del procesamiento, lo que es percibido, pensado, querido o sentido.

Procesos relacionales **(PRE):** vinculan un fragmento de la experiencia con otro, refieren a relaciones semánticas entre dos o más elementos.

- *rol inherente 1*(RI): participante 1 de la relación semántica que establece el proceso.
- *rol inherente 2* (RI2): participante 2 de la relación semántica que establece el proceso.

Procesos de conducta **(PCO):** expresan manifestaciones externas de los procesos internos.

- *conductor* (CO): es el participante que realiza la acción señalada por el proceso. De la misma forma que el *procesador* de los procesos mentales, típicamente tiene el rasgo [+ humano], pero a diferencia de dichos procesos, los procesos de conducta suelen poseer algún tipo de manifestación externa de la experiencia interna y esto los vincula con los procesos materiales.
- *asunto* (AS): rol semejante al de *fenómeno* de los procesos mentales.

Procesos verbales **(PVE):** establecen relaciones simbólicas construidas en la conciencia humana y puestas en acto en forma de lenguaje, responden típicamente a los "verbos de decir", mediante los cuales alguien o algo produce un intercambio simbólico de significado.

- *dicente* (DI): es el/lo que habla o, incluso, lo que emite algún tipo de señal.
- *receptor* (RE): es el rol que da cuenta de a quién se dirige lo dicho, típicamente denota un ser consciente, pero puede denotar también un colectivo o una institución.
- *reporte* (RE2): es el rol participante que señala lo que es dicho.

Procesos existenciales **(PEX):** conciernen a la existencia, se limitan a indicar que los fenómenos existen, son o suceden.

- *existente* (EX): es el rol participante que designa una entidad o un evento que existe o existió. Puede denotar cualquier tipo de fenómeno construido como una cosa (persona, objeto, institución, abstracción) o como una acción.

IV. b. Sobre las operaciones de subindización y de triangulación de datos

La inserción de los roles temáticos se realiza a través de la operación de subindización. Esta operación vincula los procesos (los verbos), que aparecen como *Nexos de Valor*, con los respectivos roles temáticos que esos procesos distribuyen a las categorías *Hablante-Protagonista* y *Actor/es*, obtenidas previamente mediante el método sincrónico-diacrónico (Fase 1). Para facilitar técnicamente el análisis, se incorporaron siglas del siguiente tipo:

ISSN 1851-3069

- ***P_i*: *P*rocesos subindizados al Nexo de Valor *1*.**
- ***RT_{Pi}*: *R*ol *T*emático subindizado a los *P*rocesos vinculados al Nexo de Valor *1*.**

El Ejemplo 2 demuestra cómo queda incorporada la teoría de roles temáticos sobre el análisis sincrónico-diacrónico.

Ejemplo 2. **NOTICIA 13-06-06**: operación de subindización.

OP.	H-P. (GCABA)	RT_{P1}	P_1	Nv1	ACTOR (ORGANIZACIONES SOCIALES)	PLANES SOCIALES	ESPACIO CABA
				e1[Desarrollo	Social]		
		AC	*PMA*	e2[Trabajará	junto a organizaciones sociales]		
	e3[Se	*DI*	*PVE*	presentó			
	el área			de Coordinación		de Políticas Sociales Urbanas	en la Ciudad]
	e4[El jefe de Gobierno						de la Ciudad de Buenos Aires,
	Jorge Telerman,						
y	la ministra de Derechos Humanos y Sociales, Gabriela Cerruti,	*DI*	*PVE*	presentaron			
	un área			de Coordinación		de Políticas Sociales Urbanas	de la Ciudad.]
		RI	*PRE*	e5[Estuvieron			
	presentes, entre otros, diputados nacionales, legisladores porteños						
y					dirigentes de las principales organizaciones sociales.]		

Luego de incorporar el análisis cualitativo de los roles temáticos a través de la operación de subindización, se utiliza la operación de triangulación. Ésta contribuye a la sistematización estadística de los datos, en especial, en los casos de investigaciones que poseen corpus muy numerosos. Cada investigación precisará un modo específico de triangulación según los datos que interese profundizar. Por esta razón, se generó la plantilla denominada Cálculos Estadísticos de Roles y Nexos de Valor (CERN), cuyas características posibilitan su aplicación sobre cualquier análisis. Esta plantilla posee una serie de fórmulas y vínculos que se diseñaron con un especialista en aplicaciones informáticas. Por último, el *Método de abordajes lingüísticos convergentes para el AD con perspectiva crítica* posee una ventaja adicional: la aplicación de filtros. Tal como se aprecia en el Ejemplo 3, la instrucción de aplicar el filtro *PVE* (procesos

ISSN 1851-3069

verbales) permite acceder a todas las instanciaciones de los procesos verbales que surgen en el fragmento, conjuntamente con aquellos elementos lingüísticos más cercanos a la aparición del proceso.

Ejemplo 3. **NOTICIA 13-06-06**: aplicación de filtros.				
OP.	**H-P. (GCABA)**	RT_{PC1}	Pc_1	**Nv1**
	e3[Se	*DI*	*PVE*	presentó
y	la ministra de Derechos Humanos y Sociales, Gabriela Cerruti,	*DI*	*PVE*	presentaron

V. Corpus

El corpus se encuentra conformado, por un lado, de historias de vida (HDV) de sujetos adultos en situación de pobreza habitantes de la CABA y, por otro, de discursos del GCABA vinculados al déficit habitacional.

Respecto de las primeras, se identificaron tres situaciones: 1) quienes pernoctan en la vía pública o en paradores (estatales o religiosos), 2) quienes carecen de alojamiento fijo y residen temporalmente en hogares o en hoteles y 3) quienes poseen un lugar físico para habitar, pero viven en una situación precaria, por ejemplo, en las llamadas villas de emergencia. De acuerdo con estas tres situaciones, las HDV recolectadas (desde el 2003 hasta el 2010) corresponden a sujetos que pernoctan en paradores y en la vía pública, que residen en hogares u hoteles y que viven en villas de emergencia o en asentamientos urbanos. Las técnicas de recolección fueron observación-participante y grabación, con posterior toma de registro de lo observado en un diario etnográfico.

En relación con los discursos del GCABA, el corpus abarca el período 1997-2008 y está compuesto por proyectos de ley, decretos y noticias (publicadas por el GCABA), relacionados con la problemática habitacional y la pobreza. Su recolección se efectuó en los siguientes sitios: a) oficinas del Ministerio de Desarrollo Social del GCABA y del Instituto de Vivienda de la Ciudad, b) *links Noticias* y *Boletín oficial* del sitio web oficial del GCABA y c) sitio web oficial del Centro Documental de Información y Archivo Legislativo.

Cabe destacar que la diferencia entre el período que abarca el corpus de los discursos del GCABA y el correspondiente al corpus de las HDV no es arbitraria. Esa diferencia temporal permite analizar cuál fue el impacto de las acciones realizadas por el GCABA en la vida de las personas a las cuales estuvieron destinadas dichas acciones. Además, 1997 es el año en que la ciudad comenzó a funcionar como ciudad autónoma. A continuación, se presenta el diseño de la muestra teórica del corpus y las herramientas lingüísticas de análisis:

ISSN 1851-3069

Método de abordajes lingüísticos convergentes para el AD con perspectiva crítica ↓ *FASE 1: Método sincrónico-diacrónico de análisis lingüístico de textos* *FASE 3: Teoría de roles temáticos*	Período (1997-2008)		Período (2003-2010)
	CAMPOS DE ACCIÓN DE LOS DISCURSOS DEL GCABA		CAMPO DE ACCIÓN DE LOS DISCURSOS DE SUJETOS ADULTOS EN SITUACIÓN DE POBREZA HABITANTES DE LA CABA
	Procedimiento político de legislación	Formación de la opinión pública y autopresentación	Automanifestación
	Proyectos de ley y decretos	Noticias	Historias de vida
	20	10	30

VI. Análisis

VI. a. Discursos gubernamentales

El análisis desarrollado centraliza la categoría *Actor-Familias y personas en situación de pobreza*. Respecto de ella, el interés radica en estudiar los procesos que se le asigna y los roles discursivos mediante los cuales se construye la figura de dichas personas en el marco de la problemática habitacional. Este análisis apunta a reflexionar sobre cómo impacta simbólicamente esa construcción respecto del accionar de dichos sujetos sociales sobre el espacio habitacional.

En primer lugar, en los discursos gubernamentales, el análisis de los procesos que construyen la categoría *Nexo de Valor* correspondiente a la categoría *Actor-Familias y personas en situación de pobreza* dio cuenta de que los procesos materiales (PMA) son los que poseen mayor frecuencia de aparición. Por ejemplo, como expone el Cuadro 1, en seis noticias, este proceso es el que predomina; en una notica, predominan los procesos relacionales (PRE); en una noticia, predominan los procesos existenciales (PEX); y en dos noticias, no se asignan procesos en la categoría *Nexo de Valor* correspondiente al *Actor-Familias y personas en situación de pobreza.*

Cuadro 1. Procesos predominantes en los *Nexos de Valor* de la categoría *Actor-Familias y personas en situación de pobreza.*

PROCESOS PREDOMINANTES					
Noticias		**Decretos**		**Proyectos de ley**	
07-11-03	PMA	607/97	PRE	3008/98	PRE
15-09-04	ϕ	2018/99	PRE	2618/99	PRE
26-11-04	PMA	206/01	PMA/PVE	0571/02	PRE
07-06-06	PMA	895/02	PMA	2065/02	ϕ
13-06-06	ϕ	1234/04	PRE	2064/03	PMA
12-01-07	PMA	97/05	PMA	1150/04	PMA/PRE
19-04-07	PRE	1945/05	PMA/PEX	1629/04	PMA
27-07-07	PMA	690/06	PMA	3343/04	PMA
10-09-07	PMA	211/07	PMA/PRE	0139/06	PMA
06-11-07	PEX	960/08	PMA/PRE	1149/06	PMA

ISSN 1851-3069

PROCESOS PREDOMINANTES					
Noticias		**Decretos**		**Proyectos de ley**	
FRECUENCIA DE APARICIÓN	**PMA 6 PRE 1 PEX 1**	**FRECUENCIA DE APARICIÓN**	**PMA 7 PRE 5 PEX 1 PVE 1**	**FRECUENCIA DE APARICIÓN**	**PMA 6 PRE 4**

Ahora bien, esa alta frecuencia de procesos materiales (procesos que implican "un hacer") surge asociada a acciones que afectan el espacio urbano y a los requisitos que las personas deben cumplimentar para acceder a los programas habitacionales (basados, sobre todo, en subsidios). A continuación, se presentarán dos ejemplos representativos. Como se indicó, el *Método de abordajes lingüísticos convergentes para el AD con perspectiva crítica* posee opciones de búsqueda y selección mediante filtros que facilitan la visualización de los datos. Por esta razón, en los ejemplos (4) y (5)[3], las emisiones no están completas. En estos casos, el filtro empleado posibilitó obtener las apariciones de procesos materiales (PMA) conjuntamente con sus elementos lingüísticos más inmediatos en la emisión. Estos procesos materiales son los relacionados con el *Nexo de Valor* correspondiente a la categoría *Actor-Familias y personas en situación de pobreza* (*Nv2*). Como se puede apreciar, esos procesos materiales (PMA) se vinculan con acciones que afectan el espacio urbano (Ejemplo 4) y con los requisitos que las personas deben cumplimentar para acceder a los programas habitacional (Ejemplo 5).

Ejemplo 4. NOTICIA 26-11-04: acciones que afectan el espacio urbano.			
ACTOR (*Familias y personas en situación de pobreza*)	P_2	Nv2	ESPACIO CABA
quien se	*PMA*	resguarda	con cartones
	PMA	ocupa	una casa
quien	*PMA*	construye	una habitación precaria, aislada, en un baldío
a un grupo de más de 2 personas que	*PMA*	producen	refugios improvisados con cartones, colchones, nylon
los que se	*PMA*	agrupan	
se	*PMA*	asientan	en espacios verdes, plazas, paseos públicos, puertas de iglesias, bajo puentes de autopistas
se	*PMA*	agrupa	
que	*PMA*	deambulan	por la ciudad
los objetos que	*PMA*	acarrean	
	PMA	acumulan	
en su mayoría en quienes	*PMA*	deambulan	

ISSN 1851-3069

Ejemplo 5. PROYECTO DE LEY LCABA Nº 2064/03: requisitos a cumplimentar para acceder a programas habitacionales.		
ACTOR (*Familias y personas en situación de pobreza*)	P_2	Nv2
en caso de extranjeros radicados	*PMA*	deberán acreditar
	PMA	deben aceptar
	PMA	deben acreditar
	PMA	deberán ser presentados
	PMA	podrán acceder
	PMA	pueden ingresar
a familias que	*PMA*	acreditan
el jefe de familia	*PMA*	cobre
a las familias que	*PMA*	perciben
	PMA	puedan residir
	PMA	deben cumplir
las familias	*PMA*	puedan acceder

En segundo lugar, respecto de los *Nexos de Valor* de la categoría *Hablante-Protagonista (GCABA)* resulta relevante destacar que los sujetos en situación de pobreza quedan posicionados, mayoritariamente, en los roles temáticos *meta* (ME) y *beneficiario* (BE) y, secundariamente, en el rol temático *fenómeno* (FE). El Cuadro 2 evidencia la alta frecuencia de aparición de dichos roles; por ejemplo, en cuatro noticias, predomina el rol *beneficiario* (BE); en dos noticias, predomina el rol *meta* (ME); en dos noticias, predomina el rol *fenómeno* (FE); y en dos noticias, no se asignan roles a la categoría *Actor-Familias y personas en situación de pobreza.*

Cuadro 2. Roles temáticos predominantes del *Actor-Familias y personas en situación de pobreza* según el análisis del *Nexo de Valor* de la categoría *Hablante-Protagonista*.

ROLES TEMÁTICOS PREDOMINANTES					
Noticias		**Decretos**		**Proyectos de ley**	
07-11-03	BE	607/97	ME/AS	3008/98	ME/FE
15-09-04	ϕ	2018/99	ME	2618/99	ME/BE
26-11-04	FE	206/01	ϕ	0571/02	ME
07-06-06	BE	895/02	ME/FE/RE	2065/02	ϕ
13-06-06	ϕ	1234/04	BE	2064/03	BE
12-01-07	BE	97/05	BE/RE	1150/04	BE/ME
19-04-07	BE	1945/05	ME	1629/04	BE
27-07-07	ME	690/06	ME/BE/FE/RE/RE2	3343/04	BE
10-09-07	ME	211/07	FE	0139/06	FE
06-11-07	FE	960/08	BE	1149/06	FE
FRECUENCIA DE APARICIÓN	**BE 4 ME 2 FE 2**	**FRECUENCIA DE APARICIÓN**	**ME 5 BE 4 FE 3 RE 3 RE2 1 AS 1**	**FRECUENCIA DE APARICIÓN**	**BE 5 ME 4 FE 3**

En el Ejemplo 6, tal como se explicó para los ejemplos (4) y (5), se utilizaron filtros que facilitan la visualización de los datos. En este caso, el filtro empleado fue *ME* (rol *meta*), que permitió obtener las

ISSN 1851-3069

apariciones de ese rol en la columna *RT2* (roles temáticos asignados a la categoría *Actor-Familias y personas en situación de pobreza*) conjuntamente con sus elementos lingüísticos más inmediatos en la emisión. A partir del *Nexo de Valor 1* (*Nv1*) correspondiente a la categoría *Hablante-Protagonista (GCABA)*, se observa cómo a través de los procesos materiales (PMA) *ampara*, *atiendan* y *aborba* se construye la figura del GCABA desde el rol temático *actor* (AC), mientras que las personas en situación de pobreza son construidas como las *metas* (ME) de esas acciones.

Ejemplo 6. DECRETO GCABA Nº 1945/05: roles temáticos asignados a la categoría *Actor-Familias y personas en situación de pobreza* según el análisis del *Nexo de Valor* de la categoría *Hablante-Protagonista*.

OP.	H-P. (GCABA)	$RT1_{P1}$	P_1	Nv1	$RT2_{P1}$	ACTOR (*Actor-Familias y personas en situación de pobreza*)	ESPACIO CABA
y	en su artículo 41	*AC*	*PMA*	ampara	*ME*	a personas mayores	frente a situaciones
y		*AC*	*PMA*	atiendan	*ME*	a dicha población	
		AC	*PMA*	aborda	*ME*	esa problemática.]	

VI. b. Historias de vida

En las HDV, el análisis se focaliza en la categoría *Hablante-Protagonista* y en su correspondiente *Nexo de Valor*, dado que este estudio posibilitará reflexionar sobre el modo en que las personas en situación de pobreza construyen discursivamente su accionar en relación con la problemática habitacional que padecen.

En principio, el análisis del *Nexo de Valor* correspondiente a la categoría *Hablante-Protagonista* demostró que las personas en situación de pobreza se construyen a sí mismas, especialmente, a través de procesos materiales (PMA). Según los resultados de la operación de triangulación de datos, en el 58,33% de las HDV, predomina este proceso mediante el cual los sujetos se posicionan en el rol temático *actor* (AC).

Sin embargo, esos procesos materiales coocurren con otros recursos lingüísticos en cuyos usos se evidencian diferentes propósitos comunicativos. Como expone el Ejemplo 7, en el uso del tiempo pasado del modo indicativo (*trabajaba* en e246 y en e251 y *hacía* en e247 y en e250), en ocasiones acompañado de otros recursos, como adverbios (*muchísimo*), se observa el propósito de afirmar que existió un pasado en el cual los sujetos se valían por sí mismos, es decir, un pasado con el rasgo *[+ agentivo]*.

Ejemplo 7. HDV MA: construcción del pasado mediante el rasgo *[+ agentivo]*.

OP.	AF.	H-P.	RT_2	P_2	Nv2	TIEMPO	PROBLEMA ECONÓMICO	Nv4 (DEL ACTOR LA GENTE)	ESPACIO HABITACIONAL
MA:	e246 [Sí,		*AC*	*PMA*	trabajaba	muchísimo.]			
			AC	*PMA*	e247 [Hacía	horas extras,			

ISSN 1851-3069

Ejemplo 7. HDV MA: construcción del pasado mediante el rasgo *[+ agentivo]*.									
OP.	AF.	H-P.	RT_2	P_2	Nv2	TIEMPO	PROBLEMA ECONÓMICO	Nv4 (DEL ACTOR LA GENTE)	ESPACIO HABITACIONAL
						a veces 12 horas.]			
						e248[El horario normal			
					era	9,			
					general-mente,		en las empresas.]		
						e249[De 10 a 6			
o						de 7 a 4.]			
e250[Si		me						pedían	
					hacer	horas extras,			
			AC	*PMA*	hacía.]				
		e251 [Yo	*AC*	*PMA*	trabajaba	más horas.]			
e252[Y						así			
					fue.]				
e253[Y							de		
		mi					trabajo		a casa.]

En contraposición, el Ejemplo 8 es representativo de que esos elementos lingüísticos conviven con otros a través de los cuales los sujetos tienden a moderar sus posibilidades de acción en el presente. De esta manera, los procesos materiales (PMA) que coocurren con el tiempo presente del modo indicativo (frase verbal *puedo andar* en e89) suelen ser combinados con la categoría *Negación*, que señala la imposibilidad de acción en el presente (adverbio *no* en e89). En este contexto discursivo en el que el presente tiende a ser construido con el rasgo *[-agentivo]*, las acciones materiales para alcanzar un espacio habitacional propio y permanente se construyen, fundamentalmente, dentro del marco discursivo de procesos mentales (PME) (e95: *pienso*), que ubican al *H-P* como *procesador* (PR), y quedan pospuestas para el futuro (e95: perífrasis verbal de futuro *voy a + infinitivo*).

Ejemplo 8. HDV MA: construcción del presente mediante el rasgo *[- agentivo]*.								
OP.	NEG.	H-P.	RT_2	P_2	Nv2	TIEMPO	PROBLEMA ECONÓMICO	ESPACIO HABITACIONAL
MA: e89 [Entonces,	no		*AC*	*PMA*	puedo andar en esos lugares,			
		yo.]						
e93 [Aunque	no		*AC*	*PMA*	hubiese vendido mucho más			
		yo,						
también.]					e94[Tal vez,			
		me			daba,			
también,					para poder pagar			
		Mi						techo.]

ISSN 1851-3069

Ejemplo 8. HDV MA: construcción del presente mediante el rasgo *[- agentivo]*.								
OP.	NEG.	H-P.	RT_2	P_2	Nv2	TIEMPO	PROBLEMA ECONÓMICO	ESPACIO HABITACIONAL
e95[Pero,			*PR*	*PME*	pienso que	cuando		
			AC	*PMA*	termine			
		mi tratamiento						
		me	*AC*	*PMA*	voy a dedicar más a full		a esto, (continuación de la emisión)]	

Así, el patrón lingüístico que surge del estudio de las HDV radica en que, respecto del pasado, se comienza utilizando procesos materiales (PMA) y se concluye con el uso de procesos existenciales (PEX). En el Ejemplo 9, se puede apreciar ese patrón. Primero, MA expresa que ella *alquilaba* y *pagaba* su techo (e59 y e60: procesos materiales, PMA, que la posicionan en el rol de *actor* (AC) con el rasgo *[+agentivo]*), pero luego de la aparición del *Operador pragmático* (*Y después*), que indica un salto temporal, concluye con el uso del proceso existencial (PEX) *quedé* (e62), que la ubica como un *existente* (EX) supeditado a un evento que no pudo evitar. Y esa imposibilidad de acción se proyecta al tiempo presente, tal como se ilustró mediante el Ejemplo 8.

Ejemplo 9. HDV MA: posicionamiento desde el rol *actor* (AC) hacia el rol *existente* (EX).								
OP.	NEG.	H-P.	RT_{P2}	P_2	Nv2	ESPACIO SITUACIÓN DE CALLE	PROBLEMA ECONÓMICO	ESPACIO HABITACIONAL
MA: e59[Y		yo	*AC*	*PMA*	alquilaba.]			
		e60[Yo	*AC*	*PMA*	pagaba			
		mi						techo
y		mi						comida,
porque					tenía		empleo.]	
					e61[Tenía		con que	
					solventar.]			
e62[Y después		me	*EX*	*PEX*	quedé			
	sin							nada,
						en la calle.]		

Ese punto de inflexión en el pasado, que se proyecta en una imposibilidad de acción en el presente, también se materializa lingüísticamente en la relación que las personas en situación de pobreza construyen respecto de sí con otros sujetos sociales, por ejemplo, con el GCABA. El estudio de las formas pronominales y de las referencias nominales presentes en la diacronía de la categoría *Hablante-Protagonista* demostró que dichas personas se suelen construir como *metas* (ME) (58,82% de las HDV presentan esta construcción) o *beneficiarios* (BE) (23,53% de las HDV presentan esta construcción) de acciones realizadas por otros sujetos sociales. En este sentido, es de destacar la ausencia de otros roles temáticos, por ejemplo, el de *receptor* de procesos verbales. A continuación, se cita un ejemplo representativo.

ISSN 1851-3069

Ejemplo 10. HDV OS: posicionamiento de las personas en situación de pobreza respecto de otros sujetos sociales.									
OP.	H-P.	RT_5	Nv1	TIEMPO	ESPACIO SITUACIÓN DE CALLE	ESPACIO SITIOS DE PERNOCTE	ACTOR (GCABA)	P_5	Nv5
	e145 [Te	*ME*						*PMA*	vienen,
como									vinieron
					a la Plaza Lezica				
				cuando					hicieron la razzia acá nomás,
									son
							del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires,		
					donde				
			hay		sitios				"Duerme en la calle. Nosotros los vamos a ubicar",
¿no?, y	te	*ME*						*PMA*	llevan
						a cuadras con camas, baño, todo instalado donde			
	vos te		bañás,						
	te		afeitás.]						

CONCLUSIONES

Luego del estudio del corpus, se puede concluir que, durante la primera década de autonomía de la CABA, los discursos gubernamentales construyeron simbólicamente la relación entre los sujetos en situación de pobreza y su posibilidad de acceder a espacios habitacionales a través de:

a) procesos materiales mediante los cuales los sujetos se representan como *actores* que impactan negativamente sobre el espacio urbano,

b) procesos materiales mediante los cuales los sujetos se representan como *actores* que deben cumplimentar ciertas acciones para lograr el acceso a espacios habitacionales y

c) los roles temáticos *meta* y *beneficiario* de acciones efectuadas por el GCABA.

Así, se omiten las acciones que los sujetos podrían realizar para lograr transformar su situación, es decir, se omiten posibles acciones autogestivas orientadas a que las sujetos no pierdan su capacidad de acción.

Ahora bien, el análisis discursivo evidenció que el patrón lingüístico presente en los discursos gubernamentales impacta sobre la construcción simbólica que las personas que atraviesan problemas habitacionales realizan sobre sí y sobre su posibilidad de accionar sobre su situación. De este modo, en las HDV, se destaca la aparición de: a) un pasado con el rasgo *[+agentivo]* y b) un presente con el rasgo *[-*

ISSN 1851-3069

agentivo]. En este contexto, las acciones para acceder a un espacio habitacional se construyen, fundamentalmente, dentro del marco discursivo de procesos mentales y quedan pospuestas para el futuro. A esto se suma el dato de que el estudio de las formas pronominales y de las referencias nominales, presentes en la diacronía de la categoría *Hablante-Protagonista*, demostró que los sujetos se posicionan discursivamente como *metas* o *beneficiarios* de procesos materiales realizados por la categoría *Actor-GCABA*. En este sentido, es notable la baja frecuencia de aparición de otros roles temáticos, como el de *receptor* de procesos verbales.

Pardo Abril (2008), narrando el nacimiento de Eros, explica que éste fue engendrado por Poros (la abundancia) y Penía (la pobreza). En el relato, Penía es un ser esencialmente activo, agentivo, cuyas acciones poseen el rasgo *[+volitivo]*. Así, Penía, movida por la necesidad de superar el estado de carencia, propicia el encuentro con Poros. De esta forma, aunque Penía posee un carácter marginal, también posee una representación positiva, puesto que la falta no la transforma en objeto (directo o indirecto) de las acciones de otros, sino que, por el contrario, la impulsa a la acción. Esta visión de posibilidad de acción positiva no está presente en los discursos del GCABA analizados.

Finalmente, en la praxis social concreta y cotidiana, esa construcción tiende a polarizar las relaciones de poder, entendiendo *poder* no tanto en su naturaleza nominal, sino más bien en su naturaleza verbal, es decir, sectores sociales que pueden acceder y sostener un espacio habitacional y sectores que no pueden hacerlo, porque no están dadas las condiciones para colaborar en la generación de actitudes de resiliencia.

Notas

[1]A pesar de que poseen nomenclaturas similares, el rol temático *actor* no posee relación de semejanza con la categoría *Actor* del método sincrónico-diacrónico.

[2] El rasgo *[+agentivo]* implica un acción *[+volitiva]* causada por un instigador típicamente animado construido según el rasgo *[+humano]*.

[3] En los ejemplos, se presentan fragmentos del análisis en función de lo que interesa ilustrar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Z. (1999) *La globalización. Consecuencias humanas*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de la Argentina, 1999.

BORON, A. A. (1991) *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*. Buenos Aires, CLACSO, 2003.

CUENYA, B. (2004) "Grandes proyectos y teorías sobre la nueva política urbana en la era de la globalización. Reflexiones a partir de la experiencia de la ciudad de Buenos Aires". En B. Cuenya, C. Fidel

ISSN 1851-3069

& H. Herzer (Coords.) *Fragmentos sociales: problemas urbanos de la Argentina*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2004, 89-110.

CUENYA B. & CORRAL, M. (2011) "Empresarialismo, economía del suelo y grandes proyectos urbanos: el modelo de Puerto Madero en Buenos Aires". En *Revista Latinoamericana de Estudios Urbanos Regionales*, 2011, XXXVII, 111, 25-45.

DEMAJO MESEGUER, L. (2011) "Barrios cerrados en ciudades latinoamericanas". En *Revista de Estudios Urbanos y Ciencias Sociales*, 2011, I, 1, 151-60.

FAIRCLOUGH, N. (1992) *Discourse and Social Change*. Cambridge, Polity Press in association with Blackwell Publisher, 1992.

FEIJOÓ, M. del C. (2001) *Nuevo país, nueva pobreza*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.

FIDEL, C. (2004) "Orientación y peculiaridades de la política económica, social y habitacional en la Argentina. La década del 90". En B. Cuenya, C. Fidel & H. Herzer (Coords.) *Fragmentos sociales: problemas urbanos de la Argentina*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2004, 75-87.

FLORES, M. S. (1993) *Construcción del espacio urbano. Socialización-privatización.* Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1993.

GARCÍA DA SILVA, D. E. (2007) "Critical Discourse Analysis and the functional bases of language". En L. Barbara & T. B. Sardinha (Eds.) *Proceedings of the 33rd International Systemic Functional Congress*, São Paulo, PUCSP, 2007, 932-49.

GUBA, E. G. & LINCOLN, Y. S. (1994) "Competing Paradigms in Qualitative Research". En N. K. Denzin & Y. S. Lincoln (Eds.) *The Landscape of Qualitative Research. Theories and Issues*, Thousand Oaks, Sage, 1998, 195-220.

HALLIDAY, M. A. K. & MATTHIESSEN, C. M. I. M. (2004) *An Introduction to Functional Grammar*. London, Arnold, 2004.

MALANCA, P. & REPETTO, S. (2003) *Personas en situación de calle en la Ciudad de Buenos Aires: El abordaje desde un Programa Social de Emergencias*, Programa Buenos Aires Presente, Secretaria de Desarrollo Social, Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, ms, 2003.

ISSN 1851-3069

MARCHESE, M. C. (2011) *El texto como unidad de análisis socio-discursiva. Una propuesta a partir del Método sincrónico-diacrónico de análisis lingüístico de textos*. Buenos Aires, Tersites, 2011.

MARCHESE, M. C. (2012) *Análisis crítico de la representación discursiva de la vivienda en historias de vida de sujetos en situación de pobreza urbana y en discursos del Estado. El déficit habitacional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la posmodernidad*. PhD Thesis, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2012.

MARTÍNEZ, C. (2004/2005) "Juegos de reconocimiento del derecho al espacio urbano en la Ciudad de Buenos Aires. El caso de la política de radicación de villas". En *Revista Lavboratorio. Estudios sobre el Cambio Estructural y la Desigualdad Social*, 2004/2005, VI, 16, 26-31.

MOURA, R. (2011) "Grandes projetos urbanos e planejamento territorial". En *Boletim Campineiro de Geografía*, 2011, I, 1, 7-30.

PARDO, M. L. (2001) "La expresión discursiva del mandato. Análisis lingüístico del texto de la ley de reforma laboral argentina". En *Revista Iberoamericana de Discurso y Sociedad. Lenguaje en contexto desde una perspectiva crítica y multidisciplinaria*, 2001, III, 2, 117-37.

PARDO, M. L. (2008) "La estetización y espectacularización de la pobreza: análisis crítico del discurso posmoderno televisivo en la Argentina". En T. Ortiz & M. L. Pardo (Coords.) *Desigualdades sociales y Estado. Un estudio multidisciplinar desde la posmodernidad*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires y A3 Plus, 2008, 139-64.

PARDO, M. L. (2011) *Teoría y metodología de la investigación lingüística. Método sincrónico-diacrónico de análisis lingüístico de textos*. Buenos Aires, Tersites, 2011.

PARDO ABRIL, N. G. (2007) *Cómo hacer Análisis Crítico del Discurso. Una perspectiva Latinoamericana*. Santiago, Frasis, 2007.

PARDO ABRIL, N. G. (2008) *¿Qué nos dicen? ¿Qué vemos? ¿Qué es… pobreza? Análisis crítico de los medios*. Bogotá, Antiquus, 2008.

PRADILLA COBOS, E. (2010) "Mundialización neoliberal, cambios urbanos y políticas estatales en América Latina". En *Cadernos Metrópole*, 2010, XII, 24, 507-33.

RAMALHO, V. & RESENDE, V. M. (2011) *Análise de discurso (para a) crítica: o texto como material de pesquisa*. Campinas, Pontes, 2011.

ISSN 1851-3069

RODRÍGUEZ, M. (2005) *Como en la estrategia del caracol. Ocupaciones de edificios y políticas municipales del hábitat en la ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires, El Cielo por Asalto, 2005.

SHI-XU (2007) "Reconstruyendo los paradigmas orientales de los estudios del discurso". En *Revista Latinoamericana de Estudios del Discurso*, 2007, VII, 1, 79-94.

VAN DIJK, T. A. (1993) "Principles of Critical Discourse Analysis". En *Discourse & Society. An International Journal for the Study of Discourse and Communication in their Social, Political and Cultural Contexts*, 1993, IV, 2, 249-83.

WACQUANT, L. (2007) "La estigmatización territorial en la edad de la marginalidad avanzada". En *Ciências Sociais Unisinos*, 2007, XLIII, 3, 193-9.

WODAK, R. (2000) "¿La Sociolingüística necesita una Teoría Social? Nuevas perspectivas en Análisis Crítico del Discurso". En *Revista Iberoamericana de Discurso y Sociedad. Lenguaje en contexto desde una perspectiva crítica y multidisciplinaria*, 2000, II, 3, 123-47.

ISSN 1851-3069

¿QUÉ TAN PREVIA DEBE SER LA CONSULTA PREVIA?

REFLEXIONES EN TORNO AL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A SUS TIERRAS ANCESTRALES Y LA CONSULTA PREVIA

Por Celeste S. Novelli y Pablo D. Colmegna

RESUMEN

La intensa actividad realizada por los órganos encargados de interpretar y aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos ha dado lugar a un profuso desarrollo de los estándares de protección y garantía de los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos el de la propiedad colectiva de la tierra. De aquí se deriva la necesidad de que sean consultados cuando existen proyectos estatales o privados pasibles de afectar las tierras ancestrales. En este trabajo analizaremos las características del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa y su evolución jurisprudencial en el ámbito internacional con el objetivo de arribar a conclusiones que nos permitan clarificar los alcances de este instituto.

PALABRAS CLAVES

Pueblos indígenas- - Consulta previa- - Tierras ancestrales- Propiedad colectiva/comunitaria

ISSN 1851-3069

HOW TO BE PRIOR THE PRIOR CONSULTATION?

By Celeste S. Novelli and Pablo D. Colmegna

ABSTRACT

The activity developed by the international bodies in charge of interpreting and applying international instruments on human rights gave birth to a thorough case-law concerning the protection of indigenous peoples rights, and one of those rights refers to their colective right to their lands. This legal institute imposes on States the obligation to carry out a prior consultation with indigenous peoples in relation to public or private projects whenever they may affect their ancestral lands. In this article we will analize the content of the right of indigenous communities to prior consultation and the evolution of the international case-law in order to arrive to conclusions that clarify its scope.

KEY WORDS

Indigenous peoples - Prior consultation (procedure) - Ancestral territories- Collective/Communal property

ISSN 1851-3069

¿QUÉ TAN PREVIA DEBE SER LA CONSULTA PREVIA?*

REFLEXIONES EN TORNO AL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A SUS TIERRAS ANCESTRALES Y LA CONSULTA PREVIA

Por Celeste S. Novelli y Pablo D. Colmegna*****

"Historically, international law developed to facilitate empire building and colonization, but today it promotes a very different model of human encounter and provides grounds for remedying the contemporary manifestations of the oppressive past".

James Anaya1

1. Introducción

Desde los tiempos de la conquista española de América, los pueblos indígenas han sido aniquilados y desposeídos de sus tierras. Aquellos que lograron sobrevivir a tales penurias han quedado en condiciones de vida paupérrimas que los ubican en los estratos más bajos de las sociedades modernas.

Sin embargo, desde mediados del siglo XX, el derecho internacional de los derechos humanos ha sido el principal impulsor del reconocimiento de una amplia gama de derechos de los pueblos indígenas (ZIMMERMAN, 2011: 424). Entre ellos se encuentra el derecho a la propiedad de sus tierras ancestrales y la consiguiente obligación estatal de realizar una consulta previa con las comunidades que pudieran resultar afectadas por decisiones concernientes a los territorios que habitan.

---

* Algunas inquietudes que volcamos en el presente trabajo surgieron a partir de debates y charlas informales que tuvimos con Marcos Filardi, Lucas Mendos, Juan Pablo Vismara, Gabriel Bicinskas, Gabriela Velázquez y Luciana Salerno en el marco de la preparación de los equipos que representaron a la UBA en la edición 2011 de la Competencia Mundial de Derechos Humanos, organizada por la Universidad de Pretoria (Sudáfrica) y en la edición 2012 de la Competencia Interamericana sobre Derechos Humanos, organizada por la Universidad de American (Washington – EEUU). Nuestro agradecimiento para ellos.

** Estudiante de abogacía (UBA). Integrante del equipo de investigación "La permeabilidad de la administración de justicia a las nuevas demandas de igualdad canalizadas a través del litigio complejo: el caso del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires", Proyecto UBACyT, Nro. 20020110100220. Directora: Prof. Dra. Nancy Cardinaux, Co-directora: Prof. Dra. Laura Clérico; Instituto de Investigaciones "Ambrosio Lucas Gioja", Facultad de Derecho (UBA).

*** Abogado (Universidad de Buenos Aires).Colaborador de la Dra. Mónica Pinto en la materia "Derecho Internacional de los Derechos Humanos" que se dicta en el curso de grado de la Facultad de Derecho (UBA). Tutor académico del equipo que representará a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el Decimonoveno Concurso Interamericano de Derechos Humanos, organizado por la Universidad de American (Washington – EEUU).

1 ANAYA J. (2000), *Indigenous People in International Law*, New York, Oxford University Press, 2000, p. 183.

ISSN 1851-3069

En el territorio americano, los derechos de los pueblos indígenas han sido y son persistentemente vulnerados tanto por los Estados como por actores privados, problema que, lamentablemente no parece ser su patrimonio exclusivo.[2] Así, en las últimas décadas han ganado visibilidad casos relacionados con la explotación petrolera, minera, deforestación y construcción de grandes proyectos inmobiliarios sobre los territorios ancestrales de las comunidades indígenas. Desde el caso de la comunidad Qom en Argentina3 hasta la férrea oposición a la construcción de la represa Belo Monte en Brasil4 la lucha que llevan adelante los pueblos indígenas es una realidad que requiere ser abordada, con la finalidad de contribuir con herramientas jurídicas que les asistan en la protección de sus derechos.

En torno a los proyectos de desarrollo e inversión impera el discurso que sostiene que aquellos resultan indispensables para el desarrollo económico de un Estado, lo cual resulta ser cierto en la gran mayoría de los casos. El problema surge cuando esos emprendimientos no se adecuan a las obligaciones que el derecho internacional de los derechos humanos le impone a un Estado. Así es como los pueblos indígenas resultan ser uno de los principales perjudicados por medidas de este tipo dado que los afectan de diversa manera: cuando se trata de represas, los territorios ancestrales resultan inundados; si se inicia una actividad de extracción minera o petrolera, aquellos deben ser abandonados. Todo ello obstaculiza el acceso a una alimentación adecuada, medicinas naturales, desarrollo de actividades de supervivencia, atentando, de esa manera, contra la cohesión social e impidiendo que desarrollen una cultura comunitaria.

A nivel local, los conflictos en torno a los territorios ancestrales de los pueblos indígenas son una constante, teniendo como protagonistas a actores del sector público y privado.5 Asimismo, en Argentina no se han aprobado aún leyes ni se han adoptado políticas federales o provinciales que regulen la obligación de llevar adelante la consulta previa. Como se desprende del Informe sobre la situación Argentina realizado por el Relator de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,

[2] Este parece ser el caso de las comunidades rurales, que carecen de una protección autónoma en el derecho internacional de los derechos humanos: *Infojus*, "Tucumán: Denuncian que un empresario quiere expulsarlos de sus tierras", 16 de noviembre de 2013, http://infojusnoticias.gov.ar/provinciales/tucuman-denuncian-que-un-empresario-quiere-expulsarlos-de-sus-tierras-868.html. Última consulta: 19 de noviembre de 2013.

3 *Clarín*, "El reclamo histórico por las tierras llegó a la Corte". 25 de junio de 2013. http://www.clarin.com/politica/reclamo-historico-tierras-ancestrales-Corte_0_944305569.html. Última consulta: 12 de agosto de 2013. No hay que olvidar que la Comunidad Qom también ha sido objeto de ataques sistemáticos por parte de las fuerzas policiales para que abandonen sus tierras: *Infojus*, "Formosa: Procesaron al líder qom y a integrantes de La Primavera". 12 de noviembre de 2013. http://www.infojusnoticias.gov.ar/provinciales/formosa-procesaron-al-lider-qom-y-a-integrantes-de-la-primavera-860.html. Última consulta: 19 de noviembre de 2013. Otra comunidad que ve afectado su derecho a las tierras ancestrales puede consultarse en: *Procuración General*, "La Corte debe ser el Tribunal originario que dirima un pedido de comunidades indígenas", 14 de noviembre de 2013, http://fiscales.gob.ar/procuracion-general/la-corte-debe-ser-el-tribunal-originario-que-dirima-un-pedido-de-comunidades-indigenas/. Última consulta: 19 de noviembre de 2013.

4 En 2011 la CIDH dictó una medida cautelar en la que solicitó al Estado de Brasil que suspendiera el proceso de construcción de la represa Belo Monte (la tercera hidroeléctrica más grande del mundo) hasta tanto no garantizara los procesos de consulta de acuerdo a los estándares internacionales. Brasil no acató la medida cautelar. Sin embargo, el 15 de agosto de 2012 un tribunal federal brasilero ordenó la paralización de las obras hasta que las comunidades afectadas sean escuchadas en el Congreso. Asimismo, ordenó una multa de 250.000 dólares por cada día de incumplimiento. No obstante, posteriormente la Corte Suprema brasilera revocó el mandato de suspensión y ordenó la reanudación de las obras. Véase CIDH, MC 382/10 - *Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil*, 1 de abril de 2011.

ISSN 1851-3069

existe una ausencia alarmante de procesos de consulta con los pueblos indígenas que cumplan con los estándares internacionales. Por otro lado, en los casos en que la consulta fue realizada, aquella fue afectada por diversas irregularidades.6 Sólo recientemente, el pueblo Maqoit de la provincia de Chaco obtuvo una sentencia local favorable por la cual se reconoció su derecho a la consulta previa y se ordenó que se le devolvieran sus tierras, lo cual fue acatado por la empresa agropecuaria que las había ocupado. [7]

La importancia de determinar con precisión el contenido de la consulta previa está dada por el hecho de que se encuentra en juego uno de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas: el derecho a sus tierras ancestrales. Ello se debe a que la identidad cultural y la cosmovisión del mundo que poseen estas comunidades se sustenta en su relación espiritual con la naturaleza y la tierra. De esta forma, el esclarecimiento de este instituto impedirá que los Estados posterguen en el tiempo, o directamente no lleven adelante un proceso de consulta con las comunidades potencialmente afectadas.

En el presente trabajo buscaremos delinear el concepto de la consulta previa y, asimismo, dar respuestas a los siguientes interrogantes: ¿la obligación implica la realización de una mera consulta o es necesario obtener el consentimiento previo de las comunidades que resultarán afectadas? ¿Con qué grado de antelación debe efectuarse la consulta previa? ¿Quién debe realizar la consulta previa y ante quiénes? ¿Existe la obligación de efectuar una consulta previa independientemente de si el Estado ha ratificado el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo No. 169 (en adelante, Convenio 169)? ¿Cómo se resuelve la tensión entre la necesidad de consultar a los pueblos indígenas y el derecho al desarrollo del resto de la población?[8]

Para ello, abordaremos el alcance que el Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, DDPI) – instrumentos principales en la materia – le han otorgado a la consulta previa. Posteriormente, analizaremos la interpretación realizada al respecto por los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, enfocándonos principalmente en los estándares elaborados por los Sistemas Universal e Interamericano de protección de los derechos humanos9. Una vez determinado el alcance del derecho a la consulta previa brindaremos algunos argumentos que servirán para resolver la tensión entre los derechos de los pueblos indígenas por un lado y el derecho al desarrollo el cual sería representado por los beneficios que los emprendimientos sobre los

5 *Página 12*, "Los Conflictos por las tierras ajenas", 22 de julio de 2013. http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-224987-2013-07-22.html. Última consulta: 12 de agosto de 2013.

6 *Cfr*. Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya. Adición: La situación de los pueblos indígenas en Argentina*, A/HRC/21/47/Add.2, 4 de julio de 2012, párrs. 45-48.

[7] *Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas*, http://odhpi.org/2013/11/territorio-indigena-recuperado/. Última consulta: 19 de noviembre de 2013.

[8] Creemos que esta última pregunta resulta válida, aun cuando es cierto que no en todos los casos los emprendimientos llevados adelante en territorios ancestrales tienen como beneficiario principal y directo a los habitantes del Estado.

9 La cuestión del derecho indígena no ha sido analizada en concreto aún por el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos. Por otro lado, por razones de brevedad, hemos decidido excluir del presente trabajo la jurisprudencia del Sistema Africano pues sus decisiones replican los estándares americanos. En ese sentido ver: Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Decisión 276/2003, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, 4 de febrero de 2010. Diversos

ISSN 1851-3069

territorios ancestrales tienen sobre el resto de la población de un Estado. Finalmente, esbozaremos la conclusión de que el derecho a la consulta previa requiere del consentimiento previo, libre e informado y que dicha obligación se deriva tanto del Convenio OIT 169 como de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Asimismo, demostraremos cómo el desarrollo requiere de un marco jurídico delimitado por el derecho internacional de los derechos humanos, razón por la cual el derecho a la consulta previa no estaría en contradicción con el derecho al desarrollo sino que operaría como una restricción legítima al mismo.

2. La consulta previa en el Convenio 169 y en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos indígenas

Tanto el Convenio 16910 como la DDPI11 constituyen una referencia obligada en todos aquellos casos en los que se encuentren comprometidos los derechos de los pueblos indígenas. En especial, debe señalarse que el Convenio 169 llenó el vacío que implicaba que ninguno de los dos pactos principales de derechos humanos refiriera al derecho de propiedad, menos aún, al derecho a la propiedad colectiva de sus tierras (XANTHAKI, 2007: 243).

Si bien ambos instrumentos prevén la obligación de consultar en relación a diferentes derechos, centraremos la atención en las disposiciones que refieren a la consulta con los pueblos indígenas respecto de aquellas decisiones que puedan afectar sus territorios ancestrales (RAMÍREZ, 2008: 918).12

Los artículos 6 y 15 del Convenio 169 regulan las distintas hipótesis en las cuales debe ser aplicada la consulta previa, libre e informada13. El artículo 6 establece que los Estados deben consultar a los pueblos interesados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. La consulta debe realizarse mediante procedimientos apropiados, en particular a través de sus instituciones representativas, y debe estar dirigida a lograr un acuerdo u orientadas a la obtención del consentimiento sobre las medidas propuestas. Asimismo, el artículo 15.2 establece la obligación de consultar a las comunidades indígenas antes de realizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus territorios con la finalidad de determinar si sus intereses

países americanos han legislado a nivel interno el proceso de consulta previa, ver al respecto AMELLER, Vladimir et al., *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*, Fundación Konrad Adenauer, 2012.

10 El Convenio N°169 de la OIT fue adoptado el 27 de junio de 1989 (e.v.: 5/09/1991). Actualmente cuenta con 22 Estados parte, la mayoría de ellos perteneciente a la región latinoamericana. Argentina lo ratificó el 3 de junio de 2000. Para el listado completo de los Estados que ratificaron el Convenio ver: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314:NO. Última consulta: 12 de agosto de 2013.

11 La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución A/61/295), el 13 de septiembre de 2007. Por haber sido adoptada mediante una resolución de la Asamblea General esta Declaración no es vinculante y tampoco cuenta con valor consuetudinario.

12 Según Silvina Ramírez, la razón por la cual fue la Organización Internacional del Trabajo la que se encargó de legislar sobre los derechos de los pueblos indígenas se debe a que éstos eran percibidos como trabajadores en situación de vulnerabilidad, cuyos derechos no se encontraban garantizados en el plano internacional.

ISSN 1851-3069

pueden resultar perjudicados. En otras palabras, el Convenio impone la obligación de realizar la consulta incluso con anterioridad a que se adopte cualquier tipo de medida legislativa o administrativa o se realice una concesión sobre las tierras indígenas potencialmente afectadas.

La DDPI, al igual que el Convenio 169, establece en su artículo 19 la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado de aquellas comunidades respecto de las cuales esté por adoptarse una medida legislativa o administrativa que pueda a afectarlas pero le agrega el requisito relativo a que ese proceso de consulta debe realizarse de buena fe y a través de las instituciones representativas del pueblo indígena. El consentimiento libre, previo e informado se requiere también en relación con aquellas actividades militares que vayan a desarrollarse en sus territorios14 y en relación con las actividades de explotación de recursos minerales e hídricos.15

También se considera que el derecho a la consulta previa se deriva del derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación (SCHETTINI, 2012: 78)[16], el cual estaría contemplado en el artículo 1 común al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.[17] Sin embargo, a los fines de evitar confusiones con el derecho a la autodeterminación de los pueblos del derecho internacional general, y considerando que la autodeterminación refiere a un derecho político (XANTHAKI, 2007: 241) que deja de lado el aspecto cultural que se pone en juego en la consulta previa, creemos que las normas citadas en los párrafos anteriores resultan suficientes a los fines de fundar la obligación de los Estados de consultar a las comunidades indígenas al momento de emprender actividades en sus territorios.

3. La consulta previa en el sistema universal de protección de derechos humanos

a. Comité de Derechos humanos (CDH)

El Comité de Derechos Humanos es el órgano encargado de interpretar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCIP) y de monitorear su aplicación por parte de los Estados parte en el tratado. En la Observación No. 23 el Comité interpretó el alcance del artículo 27 del Pacto que consagra el derecho de las minorías a gozar de su propia vida cultural.18 En efecto, el Comité señaló que en el caso de

13 *Cfr*. Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 163. Este caso será analizado en detalle en la sección 4.b.ii).
14 DDPI, art. 30.2.
15 DDPI, art. 32.2.
16 Ver también Asamblea General de las Naciones Unidas, *Human rights and transnational corporations and other business enterprises. Note by the Secretary-General*. U.N. Doc. A/68/279 (2013), párr. 10; United Nations Human Rights Office of the High Commissioner *Indigenous peoples and the United Nations Human Rights System, Fact Sheet No. 9/ Rev. 2*, United Nations, New York and Geneva, 2013, p. 5.
17 De este artículo se desprende que "todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales".
18 El artículo 27 del PIDCP establece: "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás

ISSN 1851-3069

los pueblos indígenas el derecho a la cultura se manifiesta "como un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres", esto exige la protección de las tierras ancestrales y, por tanto, la adopción por parte de los Estados de "medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan"19.

Asimismo, el Comité ha especificado que el artículo 27 del PIDCP requiere de la adopción de medidas positivas de protección no sólo contra actos del Estado sino también contra actos de particulares20. Entendemos que ello implica que, conforme a este sistema, el Estado debe asegurar la participación de los pueblos indígenas afectados aún en relación con los emprendimientos llevados adelante por actores privados. En otras palabras, la obligación de asegurar la participación de las comunidades que puedan resultar afectadas debe ser cumplida por el Estado, sin importar si se trata de un emprendimiento perteneciente al sector público o privado.

Por otra parte, mediante el sistema de comunicaciones individuales, a través del cual los individuos pueden acudir ante el Comité en aquellas situaciones en las que se vulnere alguno de sus derechos protegidos por el PIDCP21, ha remarcado que la legitimidad de una medida que afecte las actividades económicas de una comunidad indígena depende de si los miembros de la misma tuvieron participación en la formulación de la decisión en cuestión y de si podrán continuar beneficiándose de su economía tradicional22. Si bien este estándar se aplica en relación con las actividades económicas, no deja de ser relevante a los fines del presente trabajo, dado que las actividades de subsistencia de los pueblos indígenas suelen estar ligadas a un territorio determinado.

En la comunicación *Mahuika*, el Comité reconoció que, a pesar de que el acuerdo alcanzado por la comunidad con el Estado había generado divisiones al interior de aquella, la medida adoptada por el Estado resultaba compatible con el artículo 27 del PIDCP dado que había tenido lugar un complejo proceso de consulta con las poblaciones indígenas antes de sancionar e implementar la ley que incidía sobre su cuota sobre los recursos pesqueros23.

De esta manera, podría argumentarse que lo que se exige en este sistema es que se asegure la participación de las comunidades indígenas afectadas, lo que se asemeja más a una exigencia de consultarlos en lugar de obtener su consentimiento previo para la toma de determinada medida que pudiera afectarlos. Sin embargo, las obligaciones que surgen en relación con la consulta previa abarcan mucho más que una mera consulta.

---

miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma".

19 CDH, Observación General No. 23, Artículo 27 - Derecho de las minorías, (1994). párr. 7. Esto también fue repetido en diversas Observaciones Finales: CDH, Observaciones Finales, Australia. 7 de mayo de 2009, párr. 13; Observaciones Finales, Estados Unidos de América, julio de 2006, párr. 37; Observaciones finales, Togo, 18 de abril de 2011, párr. 21.

20 *Cfr*. CDH, Observación General No. 23, *supra nota 19*, párr. 6.1.

21 Protocolo Adicional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 1.

22 *Cfr. Aspirana Mahuika et al. v. Nueva Zelanda*, Comunicación No. 547/1993, 27 de octubre del 2000, párr. 9.5; *Länsman et al. v. Finlandia*, Comunicación 511/1992, 26 de octubre de 1994, párrs. 9.6 y 9.8.

23 *Cfr*. CDH, *Mahuika*, *supra nota 22*, párr. 9.8.

ISSN 1851-3069

A través de sus observaciones finales sobre la situación de los Estados parte en el PIDCP, el Comité ha llegado a reconocer la necesidad de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en relación con aquellas decisiones en las que esté en juego el artículo 27 del PIDCP24. Esta postura fue posteriormente reforzada, requiriendo que los Estados tengan en cuenta las decisiones adoptadas por los pueblos indígenas durante el procedimiento de consulta25. También en algunos casos se ha referido a la necesidad de llevar adelante una "consulta efectiva"26, mientras que en otros subrayó que el proceso de consulta debe desarrollarse con anterioridad al otorgamiento de licencias para la explotación económica de las tierras que habitan27. Aún en aquellos Estados en los que existe una ley sobre consulta previa, como el caso de Perú, el Comité critica que no se exija el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades para aquellos casos en los que se estaría interfiriendo con sus actividades económicas principales.28

Podría argumentarse que esa interpretación amplia ha sido aplicada porque los Estados bajo examen habían ratificado el Convenio 169. Sin embargo, la obligación de obtener el consentimiento previo, libre e informado también se ha exigido en relación con Estados que no son parte de dicho Convenio29, lo cual permite inferir que la obligación surge del propio PIDCP.

Se observa entonces que el Comité adoptó un paso importante al reconocer no sólo el derecho de participación de los pueblos indígenas respecto de aquellas decisiones y medidas que pudieran afectar sus tierras ancestrales, sino que también ha especificado que el procedimiento de consulta debe estar dirigido a obtener el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas afectadas.

b. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)

El Comité DESC pareciera reconocer el derecho a la consulta previa, al menos de manera implícita. Así es como en la Observación General No. 21 sostuvo que el Estado tiene la obligación de restituir aquellas tierras respecto de las cuales un pueblo indígena haya sido desposeído sin su consentimiento libre y previo30. Ello debe verse en conjunto con el reconocimiento que realiza del derecho a la vida cultural, remitiéndose al artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos

24 *Cfr*. CDH, Observaciones Finales, Colombia, 6 de agosto de 2010, párr. 25.
25 *Cfr*. CDH, Observaciones Finales, Paraguay, 29 de abril de 2013, párr. 27; Observaciones Finales, Guatemala, 19 de abril de 2012, párr. 27.
26 *Cfr*. CDH, Observaciones Finales, México, 7 de abril de 2010, párr. 22.
27 *Cfr*. CDH, Observaciones Finales, Nicaragua, 12 de diciembre de 2008, párr. 21.c.
28 CDH, Observaciones Finales, Perú, 29 de abril de 2013 , párr. 24
29 *Cfr*. CDH, Observaciones Finales, Togo, *supra nota 19*, párr. 21. No se nos escapa que también existen otros casos en los que el Comité ha omitido pronunciarse sobre la obligación de realizar al menos una consulta. Un ejemplo de ello está relacionado con la Federación Rusa en relación con la cual no mencionó la necesidad de llevar adelante una consulta previa aún cuando había notado la afectación de los territorios ancestrales a causa del otorgamiento de licencias para la construcción de oleoductos y embalses hidroeléctricos. *Cfr*. CDH, Observaciones Finales, Federación Rusa, 24 de noviembre de 2009, párr. 29.
30 *Cfr*. CDESC, Observación General No. 21 *Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturas)*, 43° Periodo de Sesiones, U.N. Doc. E/C.12/GC/21/Rev. 1 (2009), párr. 36.

ISSN 1851-3069

Humanos31 y a su Observación General No. 4, en la que especificó que los derechos "no pueden considerarse aisladamente de los demás derechos que figuran en los dos Pactos Internacionales y otros instrumentos internacionales aplicables"32. Con lo cual, los estándares del Comité de Derechos Humanos delineados en torno a la consulta previa también resultan aplicables cuando los DESC se encuentran en juego, si se tiene en cuenta que los ha elaborado en base al derecho a la cultura.

En sus observaciones finales el Comité también reconoce la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades afectadas, y debe otorgar tiempo suficiente para que una comunidad delibere y adopte una decisión.33 Otras de las precisiones que este comité realizó es que los Estados siempre deben celebrar consultas efectivas con los pueblos indígenas antes de otorgar concesiones a empresas tanto públicas como privadas para la explotación económica de sus territorios ancestrales y que cumpla con su obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado de quienes puedan verse afectados por tales actividades34.

En suma, el Comité parece ir más allá de requerir solamente una consulta previa, ya que exige la existencia del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas cuyos derechos se vean amenazados, aún respecto de aquellos Estados que no son parte en el Convenio 16935, lo cual permite pensar en el PIDESC como un instrumento que de manera autónomo impone esa obligación.

c. Comité sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CERD)

En la Recomendación General No. 23, el Comité CERD ha señalado que los Estados deben garantizar la igualdad de derechos en relación a la participación de los pueblos indígenas en la vida pública. Pero lo que resulta aún más importante es que los Estados deben garantizar que no se adopte ninguna decisión estrechamente vinculada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado36. En la misma línea, el Comité dispone que aquellos territorios que estén siendo utilizados sin el consentimiento libre y previo del pueblo indígena deben serles restituidos37.

Se ha considerado que, al requerir la existencia de un consentimiento previo, el Comité estaría consagrando un derecho de veto a favor de los pueblos indígenas (THORNBERRY, 2005: 33), lo cual implica que no podría adoptarse una decisión si ellos no la han consentido. En efecto, esto se corrobora si se tiene en cuenta que, en numerosas ocasiones, el Comité señaló que los Estados debían celebrar una

31 *Cfr*. CDESC, Observación General No. 21, *supra nota 30,* párr. 3.
32 *Cfr*. CDESC, Observación General No. 4 *El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 6° Periodo de Sesiones, U.N. Doc. E/1992/23 (1991), párr. 9.
33 CDESC, Observaciones Finales, Ecuador, 13 de diciembre de 2012, párr. 9.
34 CDESC, Observaciones Finales, Perú, 30 de mayo de 2012, párr. 23; Observaciones Finales, Argentina, 14 de diciembre de 2011, párr. 9; Observaciones Finales, Colombia, 7 de junio de 2010, párr. 9; Observaciones Finales, Nicaragua, 28 de noviembre de 2008, párr. 11; Observaciones Finales, Ecuador, 7 de junio de 2004, párr. 12; Observaciones Finales, Colombia, 30 de noviembre de 2001, párr. 12.
35 Ver, CDH, Observaciones Finales, Nueva Zelanda, 31 de mayo de 2012, párr. 11; Observaciones Finales, Federación Rusa, 1 de junio de 2011, párr. 7.b
36 CERD, Recomendación General No. XXIII relativa a los Pueblos Indígenas, 51º período de sesiones (1997), párr. 4.d.
37 CERD, Recomendación General No. XXIII, *supra nota 36,* párr. 5.

ISSN 1851-3069

consulta con los pueblos indígenas para obtener su consentimiento libre, previo e informado en relación con aquellas decisiones que pudieran afectarlos38. No obstante, el Comité siguió desarrollando sobre el alcance de la consulta previa estableciendo que: la consulta debe llevarse adelante de buena fe39; que organismos independientes deben haber realizado estudios de impacto ambiental antes de autorizar la explotación de recursos naturales40; que se debe asegurar la participación de los pueblos afectados en todas las etapas concernientes a procesos sobre desarrollo y explotación de recursos naturales41; que debe ser efectuada ante representantes libremente elegidos por la comunidad42; y que el Estado no debe delegar su responsabilidad en los procesos de consulta a favor de privados43.

Sin embargo, no debe olvidarse que esta postura ha sido moderada mediante otras observaciones finales del Comité. En relación con Noruega y Sudáfrica, indicó que el Estado sólo debía celebrar una consulta con las comunidades potencialmente afectadas44. Una postura similar se advierte en las observaciones finales sobre Viet Nam, donde el Comité reiteró que el Estado debe fomentar la intervención activa de los pueblos indígenas mediante consultas y participaciones cuando sus derechos e intereses pudieran verse vulnerados45.

Nuevamente, se puede apreciar que la interpretación amplia sobre las obligaciones que surgen de la consulta previa también se ha realizado en torno a Estados que no son parte en el Convenio 16946. Por lo tanto, puede afirmarse que la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado encuentra el fundamento jurídico en la propia CERD.

38 *Cfr*. CERD, Observaciones Finales, Nueva Zelanda, 17 de abril de 2013, párr. 18; Observaciones Finales Ecuador, 24 de octubre de 2012, párr. 17; Observaciones Finales, Fiji, 23 de octubre de 2012, párr. 14; Observaciones Finales, República Popular Lao, 13 de abril de 2012, párr. 18; Observaciones Finales, República Popular Lao, 13 de abril de 2012, párr. 18; Observaciones Finales, México, 4 de abril de 2012, párr. 17.a; Observaciones finales, Canadá, 4 de abril de 2012, párr. 20.a;Observaciones Finales, Argentina, 29 de marzo de 2010, párr. 26; Observaciones Finales, Guatemala, 29 de marzo de 2010, párr. 11.a; Observaciones Finales, Chile, 7 de septiembre de 2009, párr. 22; Observaciones Finales, Perú, 3 de septiembre de 2009, párr. 14; Observaciones Finales, Perú, 3 de septiembre de 2009, párr. 14; Observaciones Finales, Costa Rica, 24 de mayo de 2002, párr. 13;

39 *Cfr*. CERD, Observaciones Finales, Bolivia, 8 de abril de 2011, párr. 20; Observaciones finales, Canadá, *supra nota 38*, párr. 20.a.

40 *Cfr*. CERD, Observaciones Finales, Bolivia, *supra nota 39*, párr. 20.

41 *Cfr*. CERD, Observaciones finales, Ecuador, 22 de septiembre de 2008, párr. 16; Observaciones Finales, México, *supra nota 38*, párr. 17.a; Observaciones Finales, Perú, *supra nota 38*, párr. 14; Observaciones finales, Canadá, *supra nota 38*, párr. 20.a.

42 CERD, Observaciones finales, Federación Rusa, 17 de abril de 2013, párr. 20.d.

43 CERD, Observaciones finales, Panamá, 19 de mayo de 2010, párr. 14.

44 *Cfr*. CERD, Observaciones Finales, Noruega, 8 de abril de 2011, párr. 19; Observaciones Finales, Sudáfrica, 19 de octubre de 2006, párr. 22.

45 *Cfr*. CERD, Observaciones Finales, Viet Nam, 16 de abril de 2012, párr. 13; Observaciones finales, Paraguay, 12 de septiembre de 2011, párr. 14; Observaciones finales, Filipinas, 23 de septiembre de 2009, párr. 17.

46 CERD, Observaciones Finales, Finlandia, 23 de octubre de 2012, párr. 13; Observaciones finales, Federación Rusa, 22 de septiembre de 2008, párr. 24; Observaciones finales, Panamá, *supra nota 43*, párr. 14.

ISSN 1851-3069

c. Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos y Libertades Fundamentales de los Indígenas

En palabras del Relator de Naciones Unidas, James Anaya, el proceso de consulta "debe concebirse como un verdadero instrumento de participación" en el que las conversaciones se dirijan a generar un clima de confianza47 y que permitan a las comunidades transmitir cuáles son sus necesidades y adónde requieren ser ubicados. Los Estados tienen el deber de consultar activamente con los pueblos indígenas cuando diseñan proyectos que pueden afectar en menor o mayor medida su forma de vida y/o sus tierras ancestrales. A pesar de que no existe una fórmula única de consulta para todos los países y para todas las circunstancias,48 sí se han desarrollado estándares o reglas de cumplimiento mínimo.

El Relator subrayó la dificultad de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en relación a proyectos susceptibles de afectar sus territorios dado que estos producen como resultado "la pérdida de territorios y tierra tradicionales, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración (…) abuso y violencia"49.

La postura del Relator es única en el sentido de que expresamente afirma que el derecho a la consulta no confiere a los pueblos indígenas un poder de veto50. Así sostuvo que si no es posible alcanzar el consenso y, además, el proyecto propuesto no pusiera en peligro el bienestar básico de una comunidad indígena, "el consentimiento previo de la comunidad afectada, aunque preferible, no es una condición absoluta para seguir adelante con el proyecto".51 Aquí surge el principio de proporcionalidad que orienta, a nuestro parecer, la validez o invalidez de la restricción al derecho de propiedad indígena: [la consulta previa] "no da lugar a que los mismos pueblos indígenas impongan su voluntad sobre el resto de la sociedad cuando estos otros tengan intereses legítimos e importantes en juego"52. De allí que, cuando la

47 *Cfr*. Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya: Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los Pueblos Indígenas en Chile*, A/HRC/12/34/Add.6, 24 de abril 2009, párr. 25.

48 *Cfr*. Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*, A/HRC/12/34, 15 de Julio de 2009, párr. 37; Convenio 169, art. 34.

49 ECOSOC, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Rodolfo Stavenhagen, Adición, E/CN.4/2006/78/Add.5, 17 de enero de 2006, p. 2.

50 Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*, *supra nota 48*, párrs. 46 y 48.

51 Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Anexo 1: Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador*, A/HRC/9/9/Add.1, Junio de 2008, párr. 39.

52 Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya: Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los Pueblos Indígenas en Chile*, *supra nota 47*, párr. 40.

ISSN 1851-3069

concertación no sea posible, "la decisión del proyecto de desarrollo cae en el Estado"53. Ello sin perjuicio de que el Estado debe adoptar la medida que sea necesaria, idónea y además menos lesiva para el ejercicio de los derechos por parte de las comunidades indígenas.

4. La consulta previa en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos

a. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

La CIDH ha establecido que el marco normativo dentro del cual debe analizarse la consulta previa está conformado por los artículos 13, 21, 23 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).54.

La CIDH señaló que, en el caso particular de los pueblos indígenas, el derecho de acceso a la información adquiere un carácter instrumental asociado al ejercicio de otros derechos como la propiedad colectiva, la subsistencia de la comunidad como tal, la salud de sus miembros y el control sobre las decisiones políticas que podrían afectar la relación de los pueblos con la tierra55. En consecuencia los Estados deben suministrar información accesible, suficiente y oportuna como condición de una adecuada consulta previa y ésta debe versar sobre dos aspectos: "la naturaleza y el impacto de la intervención externa sobre bienes o recursos de su propiedad; y el proceso de consulta que se va a adelantar y las razones que lo justifican"56. La CIDH sostuvo que la buena fe es un principio rector del derecho de acceso a la información57. Por lo tanto es indispensable que se brinde a las comunidades indígenas todos los datos relativos al proyecto en cuestión que contribuyan a que sus integrantes adopten una decisión debidamente informada. A nuestro entender no se cumple con aquel principio cuando se niega o se oculta a las comunidades la información que se encuentra o debería encontrarse en poder del Estado o cuando el procedimiento se reduce a un mero trámite formal.

Por otra parte, la CIDH sostuvo que el derecho a la participación en los procesos decisorios pasibles de afectar los territorios ancestrales corresponde simultáneamente a los miembros individuales de

53 *Cfr.* Proyecto OEA-Harvard University, *Observaciones y Recomendaciones sobre el caso del Bloque Samoré*, 1997, p. 11. Disponible en línea en: *http://scholar.harvard.edu/tmacdon/files/Macdonald_Samore_Spanish.pdf* [último acceso: 17 de julio de 2013].

54 Ver los argumentos de la CIDH en el caso Sarayaku. CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros vs. Ecuador*, Caso 12.465, 26 de abril de 2010

55 *Cfr*. CIDH, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano,* OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 1/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 68; *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos"*, OEA/Ser.L/V/II Doc.61, 22 de noviembre de 2011, párr. 26.

56 CIDH, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano, supra* nota 55, párr. 71.

57 "Para garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información, resulta esencial que los sujetos obligados por este derecho actúen de buena fe, es decir, que interpreten la ley de manera tal que sirva para cumplir los fines perseguidos por el derecho de acceso, que aseguren la estricta aplicación del derecho, brinden los medios de asistencia necesarios a los solicitantes, promuevan una cultura de transparencia, coadyuven a transparentar la gestión pública, y actúen con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional. Es decir, que realicen las acciones necesarias con el fin de que sus actuaciones aseguren la satisfacción del interés general y no defrauden la confianza de los individuos en la gestión estatal.", *Cfr*. CIDH, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano, supra* nota 55, párr. 15.

ISSN 1851-3069

los pueblos y a los pueblos como un todo. Todos los miembros de la comunidad deben estar informados de la naturaleza y las consecuencias de los proyectos así como contar con la oportunidad real de participar individual y colectivamente a través de los representantes consuetudinarios autorizados a transmitir la voluntad del pueblo. Ello sin perjuicio de que la consulta no será válida, aún cuando el Estado respete el principio de representatividad, si "hay miembros de tales pueblos que no han tenido la oportunidad de jugar un rol pleno o efectivo en la selección, autorización o instrucción de quienes actúan a nombre del pueblo frente a las autoridades"58.

Sumado a lo anteriormente expresado, de acuerdo a la CIDH, el proceso de consulta debe realizarse no sólo en la etapa previa sino que debe continuar durante el diseño, la licitación, la evaluación y la ejecución del proyecto.59

Mediante el sistema de peticiones, la CIDH remarcó que, en base a los artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la consulta implica un proceso para la obtención del consentimiento previo e informado de la comunidad indígena afectada en su conjunto60. Para ello debe asegurarse la participación, individual o colectiva, de todos los miembros de la comunidad, quienes deben ser plena y precisamente informados de las consecuencias de la medida que vaya a afectarlos61.

b. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

Se puede afirmar que en el Sistema Interamericano la referencia al artículo 21 de la CADH62 ha sido ineludible al momento de elaborar estándares aplicables a la consulta previa en los casos relacionados con decisiones que pudieran afectar los territorios ancestrales de las comunidades indígenas63. En efecto, la estrecha conexión que poseen las comunidades con las tierras ha sido el factor primordial tenido en cuenta por la Corte IDH para garantizarles el derecho a la propiedad colectiva, en muchos casos, a través del reconocimiento del derecho a la consulta previa.

Pero es necesario remarcar que la Corte IDH también se ha valido de los instrumentos internacionales previamente reseñados y de las interpretaciones realizadas en la esfera internacional. Así es como ha analizado el contenido de la consulta previa a la luz del *corpus iuris* internacional conformado por

58 *Cfr*. CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56, 30 de Diciembre de 2009, párrs. 286-287.
59 *Cfr*. CIDH, I*nforme sobre acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. OEA/Ser.L/V/II Doc. 34, 28 de junio de 2007, Capítulo IV, Derechos de los pueblos indígenas y comunidades campesinas, párr. 248.
60 *Cfr*. CIDH, *Mary & Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Informe No. 75/02, Caso 11.140, OEA/Ser.L/V/II.117, doc. 1 rev. 1 (2003), para. 131.
61 *Cfr*. CIDH, *Comunidades Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, Informe No. 40/04, Caso 12.053, OEA/Ser.L/V/II.122, doc. 5 rev 1, (2005), para. 142.
62 El artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que "Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social."
63 Cabe aclarar que en el caso *Saramaka*, la Corte IDH determinó que el *corpus iuris* de los pueblos indígenas también resulta aplicable a aquellas poblaciones que califiquen como pueblos tribales. *Cfr*. Corte IDH, *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No 172, párr. 86.

ISSN 1851-3069

el Convenio 169 y la DDPI, e incluso en diversas ocasiones ha acudido a los informes del Relator Especial en la misma materia y a la interpretación realizada por los Comités de las Naciones Unidas.64

Fue en los casos "Saramaka vs. Suriname" y, más recientemente, en "Sarayaku vs. Ecuador" en donde la Corte IDH interpretó y determinó el alcance de la consulta previa. Su importancia amerita el tratamiento por separado.

i) Saramaka Vs. Suriname

En el presente caso, el Estado de Suriname65, sin consultar previamente con el pueblo tribal Saramaka, había realizado entre 1997 y 2003 diversas concesiones a terceros sobre las tierras que pertenecían a la Comunidad desde tiempos ancestrales para que realizaran actividades vinculadas a la explotación forestal y minera.

La Corte IDH esbozó una primera interpretación del alcance de la consulta previa contemplado en el artículo 21 de la CADH a la luz de diversos instrumentos internacionales, en particular los artículos 6, 7, 15, 16, 17, 22, 27, 28 y 32 del Convenio 169 y los artículos 18,19, 23, 29, 30 y 32 de la DDPI. La sentencia de la Corte IDH resulta esclarecedora al identificar a la consulta previa como una de las garantías que el Estado debe cumplir al momento de restringir el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas, con el objetivo de asegurar su subsistencia como tales[66].

En relación al momento en que debe realizarse la consulta, la Corte IDH subrayó que debe iniciarse en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad. Según el tribunal, esto brinda a las comunidades el tiempo y la oportunidad para debatir a su interior la aceptación o el rechazo del proyecto67.

Desde la óptica de la Corte IDH, todas las acciones que se emprendan en el proceso de consulta deben estar encaminadas a obtener el consentimiento de la comunidad indígena cuando se trata de proyectos "de gran escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales."68.

64 Véase por ejemplo, Corte IDH, *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párrs. 175 y 216; *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, *supra nota 63*, párrs. 93 y 98; *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No 125, párr. 166.

65 Es preciso recordar que Suriname no ha ratificado el Convenio 169.

66 La Corte especificó que un Estado puede restringir el derecho a la propiedad siempre que la restricción a) haya sido previamente establecida por ley; b) sea necesaria; c) proporcional y d) que tenga el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática y, en lo que concierne a la consulta previa e) que la comunidad se beneficie, razonablemente, del plan llevado adelante en sus territorios, y f) la realización de un estudio de impacto social y ambiental (EIA) por parte de una entidad independiente con anterioridad a la realización de cualquier tipo de concesión. *Pueblo Saramaka vs. Surinam.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, *supra nota 63*, párr. 127 y 129.

67 Cfr. Corte IDH, *Pueblo Saramaka vs. Surinam.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, *supra nota 63*, párr. 133.

ISSN 1851-3069

ii) Sarayaku vs. Ecuador

Los hechos de este caso refieren a la concesión que otorgó el Estado de Ecuador en la década de 1990 a una empresa privada para que realizara actividades de exploración y extracción petrolera en los territorios ancestrales del pueblo Sarayaku sin que se efectuara una consulta con los integrantes de la comunidad afectada. Una vez iniciada la fase de exploración, se introdujeron explosivos en varios puntos del territorio indígena lo que obligó a los integrantes de la comunidad Sarayaku a adentrarse en el corazón de la selva durante varios meses. Esta situación puso en riesgo a los integrantes de la comunidad pues les impidió buscar sus medios de subsistencia y limitó su posibilidad de circulación y de expresar su cultura. En efecto, el trabajo realizado por la empresa había afectado un área que comprendía el bosque y sitios sagrados, zonas de cacería, pesca y recolección, plantas y árboles medicinales así como lugares de ritos culturales del pueblo Sarayaku.

En primer lugar, cabe poner de resalto las diferencias entre la CIDH y la Corte IDH en el encuadre jurídico del cual emana la obligación de efectuar la consulta previa. Mientras que la primera alegó la violación de los artículos 21 (propiedad), 13 (acceso a la información) y 23 (participación en asuntos públicos) y 26 (derechos económicos, sociales y culturales) de la CADH, la Corte sostuvo que todos los aspectos vinculados a la consulta previa deben ser estudiados únicamente en el marco del derecho a la propiedad colectiva contemplado en el artículo 21 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 por el cual el Estado tiene la obligación de respetar a los órganos políticos de los pueblos indígenas. A diferencia de aquella, la CIDH al someterle el caso alegó que la violación del artículo 21 de la CADH debía ser analizada en relación al artículo 23 del mismo instrumento que garantiza el derecho a participar en la adopción de decisiones sobre temas públicos pues "el mecanismo de consulta representa la institución que los Pueblos indígenas tienen para tomar decisiones y relacionarse políticamente con otros Pueblos indígenas y con el Estado, constituyendo un espacio político de elección y decisión, donde el Pueblo participa de acuerdo con sus usos y costumbres ancestrales"69.

Según la Corte IDH, la consulta involucra un proceso de negociación en el que las partes deben realizar sus mejores esfuerzos para comprender los intereses de cada una, buscar soluciones razonables a los problemas que pudiera ocasionar el proyecto de inversión y el Estado, en particular, debe perseguir un mutuo entendimiento dirigido a la obtención del consentimiento libre e informado de la comunidad. Son incompatibles con el proceso de consulta las políticas coercitivas que lleven a cabo agentes estatales o particulares con la tolerancia o aquiescencia del Estado, la corrupción de los líderes indígenas y las negociaciones con miembros individuales en detrimento de las instituciones representativas de las comunidades. Menos aún la consulta puede ser realizada por la propia empresa interesada en explotar los recursos que se encuentran en los territorios ancestrales70.

68 Corte IDH, *Pueblo Saramaka vs. Surinam.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, *supra nota 63,* párr. 133.
69 CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros vs. Ecuador*, *supra nota 54,* párr. 155.
70 Cfr. Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones, *supra nota 13,* párrs. 186 y 187.

ISSN 1851-3069

En todo momento deben respetarse las costumbres y tradiciones de la comunidad indígena que potencialmente será afectada por el proyecto de inversión o desarrollo. Ello impone a los Estados el deber de proporcionar de oficio traductores que posibiliten la entrega de la información en la lengua de la comunidad indígena, ya sea de forma oral o escrita, de acuerdo a las costumbres del pueblo en cuestión71. Asimismo, el proceso de consulta debe tener lugar en todas las etapas del proceso, de manera de permitir que las comunidades afectadas tengan una capacidad real de influencia y participación en el proceso de adopción de decisiones72.

En relación al fondo, la novedad que aporta la Corte IDH a lo dicho en sus sentencias anteriores está relacionada con el reconocimiento de la existencia de un principio general de derecho internacional que impone la obligación de efectuar la consulta previa en torno de todas aquellas decisiones que sean susceptibles de afectar el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus tierras ancestrales. A esta conclusión arribó luego de comprobar la existencia de una profusa jurisprudencia de los más altos tribunales de los Estados de la OEA, tanto los que habían ratificado el Convenio OIT No. 169 como los que no lo habían hecho, que reconocían la obligación de realizar una consulta previa en aquellos vinculados a la adopción de decisiones que pudieran afectar sus territorios ancestrales.

Más allá de la terminología que utiliza la Corte IDH73, la consecuencia directa que se desprende de esta sentencia es que todos los Estados del continente americano están obligados a realizar la consulta previa.74.

Un proceso de consulta culturalmente apropiado presupone el respeto a los métodos tradicionales de toma de decisiones de los pueblos indígenas, lo cual se conoce como principio de representatividad. En consecuencia, los Estados deben indagar cuáles son las instituciones representativas de la comunidad que constituirán el nexo entre los integrantes del pueblo indígena y las autoridades estatales, pues ellas serán las encargadas de transmitir a los integrantes de la comunidad toda la información proporcionada por el Estado y, a la inversa, también las que comuniquen a los agentes estatales la decisión tomada por la comunidad. Sin embargo, el respeto al principio de representatividad no puede implicar una violación del principio de igualdad75.

Esta aclaración se realiza tomando en cuenta que, en diversas comunidades indígenas, las prácticas tradicionales implican la exclusión de algunas/os miembros del proceso de toma de decisiones, con

71 *Cfr*. Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones, *supra nota 13,* párr. 201.
72 *Cfr*. Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones, *supra nota 13,* párr. 167.
73 Que entendemos que resulta errónea por cuanto el análisis realizado en su sentencia desemboca en la elucidación de un principio general del derecho y no de un principio del derecho internacional. De acuerdo a Diez de Velasco, los principios generales del derecho "tienen su origen en una convicción jurídica reflejada en la generalidad de los ordenamientos jurídicos". En cambio, según Dupuy, "los principios generales del derecho internacional son el producto de la acción conjugada del juez internacional y de la diplomacia normativa de los Estados". DIEZ DE VELASCO M. (1973), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2007, p. 123.
74 El sustento de esta afirmación se obtiene si se tiene en cuenta que los principios generales del derecho son una fuente de derecho internacional de acuerdo al artículo 38.1.c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
75*Cfr*. art. 34, DDPI: "Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos."

ISSN 1851-3069

frecuencia las mujeres que son quienes se encuentran ausentes de los lugares comunitarios de poder. Así es como los Estados podrían encontrarse frente al siguiente dilema: si al realizar el proceso de consulta previa deciden respetar los modos y costumbres de una comunidad indígena patriarcal estarán violando, en consecuencia, el derecho a un trato igualitario de las mujeres. Por el contrario, si realizan acciones dirigidas a hacer partícipes a las mujeres en el proceso de consulta y decisión relativo al proyecto, su actuar sería contrario a las normas consuetudinarias de la comunidad y por ende violaría el derecho a la identidad cultural.

5. ¿Consulta previa Vs. Desarrollo?

Ante este escenario podría argumentarse que si se realiza la consulta con las comunidades afectadas y se deniega la autorización para la realización de un emprendimiento se privaría al resto de la población de los beneficios del desarrollo.

Sin embargo, creemos que la tensión entre consulta previa y derecho al desarrollo, que no es más que otro capítulo de la tensión entre desarrollo y derechos humanos (GOLAY, 2012: 15), se puede resolver si se tienen en cuenta una serie de postulados básicos.

Primero, el Estado se encuentra obligado a respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas, incluyendo a los pueblos indígenas, que se encuentran en su territorio y sujetas a su jurisdicción. Entre ellos se pueden enumerar el derecho a la vida, el derecho a la seguridad personal, el derecho a la no injerencia en la vida privada, la familia y el hogar, el derecho a la salud, a la vivienda y a una alimentación adecuada.[76]

Segundo, el desarrollo no se protege en términos absolutos, dado que debe tratarse de un "desarrollo sustentable", y no puede medirse sólo en términos de crecimiento económico (GARAVITO, 2012: 6) sino que debe traducirse en el bienestar directo de toda la población de un Estado, sin poner en peligro el medio ambiente. Asimismo, en lo que refiere al tema del presente trabajo, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo establece que este debe alcanzarse en base a la participación activa, libre y significativa de los individuos.[77] En el mismo sentido, en el documento final de la Conferencia Rio +20 quedó establecido que debe asegurarse una amplia participación de la sociedad, incluyendo a los pueblos indígenas.[78]

Tercero, el principio de proporcionalidad es la herramienta con la que debe evaluarse si los beneficios para la población previstos por el proyecto de inversión, propios del desarrollo, justifican de

[76] Consejo Económico y Social, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión*, U.N. Doc. E/CN.4/2003/90 (2003), párrs. 25-28.

[77] Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración sobre el Derecho al Desarrollo. UN. Doc. A/RES/41/128 (1986).

[78] Rio+20, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable. UN. Doc. A/CONF.216/L.1 (2012), párr. 43. Disponible en: http://rio20.net/wp-content/uploads/2012/06/Documento-Final-Rio+20.pdf. Última consulta, 19 de noviembre de 2013.

ISSN 1851-3069

manera legítima la restricción del ejercicio del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas.

Entonces, en cada caso en particular deberá analizarse: (1) si el proyecto de inversión tiene por finalidad traer beneficios al conjunto de la población, incluyendo a los pueblos indígenas, y si es adecuado para tal fin; (2) si ese proyecto es verdaderamente idóneo y absolutamente necesario o imperativo para alcanzar aquel propósito, o si existen otro tipo de medidas alternativas igualmente idóneas y menos restrictivas de los derechos de los pueblos indígenas; (3) la intensidad de la afectación de los derechos de los pueblos indígenas.

De esta manera, realizando cada uno de estos tres exámenes de forma sucesiva se estará en condiciones de determinar la legitimidad del proyecto.

Entonces, desde los inicios del proyecto se deberán evaluar los posibles pros y contras que aparejará la inversión no sólo para la sociedad en general sino también para la comunidad indígena cuyo acceso a las tierras ancestrales esté en juego. Es que, además, recae sobre los Estados un deber de protección reforzado sobre los pueblos indígenas, el cual debe traducirse en medidas dirigidas a desmantelar la situación de grave desigualdad estructural en la que se encuentran.[79]

En consecuencia, deberá estudiarse si el proyecto de inversión, además de cumplir con los requisitos de idoneidad de medios a fines, necesariedad y proporcionalidad, también promueve beneficios para los pueblos indígenas pasibles de ser afectados. Porque, si no fuera así, la restricción del derecho de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales sería desproporcionada frente a los beneficios que pudiera acarrear el proyecto en cuestión. Además, consideramos que en ningún caso las razones alegadas por el Estado o por los particulares que lleven adelante el proyecto podrían justificar medidas que promuevan o profundicen condiciones estructurales de desigualdad.

Entonces, sólo si se respetan estos tres postulados básicos se contará con un punto de partida que supere la tensión entre derechos de los pueblos indígenas y desarrollo. A partir de entonces podrá debatirse de qué manera el proyecto sobre territorios ancestrales será llevado adelante, asegurando la participación de las comunidades indígenas en cada una de las etapas de planeamiento y ejecución.

6. Conclusiones

A manera de cierre, consideramos oportuno esclarecer cual es el estándar que rige a nivel internacional para dar respuesta a las preguntas que nos planteáramos al inicio del estudio.

[79] Este tipo de desigualdad requiere medidas de redistribución de bienes económicos y sociales, "con el fin de quebrar el círculo vicioso que implica que aquellos con menos acceso a recursos materiales tendrán menos posibilidades de cuestionar la distribución de los mismos (…)" y medidas de reconocimiento en tanto la desigualdad "(…) no puede ser resuelta sin introducir la voz de los afectados". CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín, "Hacia una reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento", en *Revista Dirito Gv, Sao Paulo*, 9 (1), 2013, p. 121, disponible en http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n1/a06v9n1.pdf.

ISSN 1851-3069

Los Estados deben realizar un procedimiento de consulta con las comunidades indígenas con anterioridad a la adopción de cualquier tipo de medida legislativa, administrativa, judicial o financiera que tenga el potencial de afectar sus derechos a la propiedad de sus tierras ancestrales. En este proceso los Estados deben ejercer un rol activo, acercarse a las comunidades para brindarles información completa y en términos claros sobre el proyecto en cuestión y de manera accesible, es decir, en la lengua originaria. Su actuación debe ser conforme al principio de buena fe y debe estar dirigida a obtener el consentimiento de las comunidades frente a los proyectos de desarrollo e inversión a realizarse en sus tierras.

El proceso de consulta, que debe desarrollarse en cada una de las etapas del proyecto (diseño, ejecución y evaluación) debe ser respetuoso de las instituciones políticas de los grupos indígenas, sin descuidar el principio de igualdad entre las y los miembros.

Asimismo, corresponde poner de relieve que la obligación de realizar la consulta previa existe con independencia de que un Estado sea parte en el Convenio 169, tal como se desprende de los análisis realizados por los Comités de Naciones Unidas y por la Corte IDH. Fue mediante estas decisiones que se indicó que se debían llevar adelante procesos de consulta aún en relación con aquellos Estados que no habían ratificado dicho Convenio.

Es esa lectura la que posibilita interpretar al PIDCP, el PIDESC, la CERD y la CADH como instrumentos que imponen a los Estados la obligación de realizar una consulta previa en relación con aquellas decisiones que sean susceptibles de afectar los territorios ancestrales de un pueblo indígena. Así puede afirmarse que la consulta previa se inserta en el ámbito más amplio del derecho internacional de los derechos humanos

Finalmente, hemos demostrado cómo la obligación de realizar una consulta previa no se opone al desarrollo sino que le impone un límite. Así es como creemos que la tensión entre desarrollo a secas y derechos de los pueblos indígenas debe resolverse tomando en consideración las obligaciones básicas del derecho internacional de los derechos humanos; recordando que el derecho al desarrollo no es absoluto sino que se le aplican restricciones, entre ellas, consultar a las comunidades afectadas; y aplicando el principio de proporcionalidad, cuidando que sobre los pueblos indígenas no recaiga una carga excesiva y asegurando que puedan participar de los beneficios de los emprendimientos que se realicen sobre sus tierras.

De esta manera, concluimos en que el derecho a la consulta previa cuenta hoy con una base jurídica sólida, erigiéndose en una herramienta imprescindible en la lucha de los pueblos indígenas para la protección de sus territorios ancestrales.

ISSN 1851-3069

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

AMELLER, V. et al., *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*, Fundación Konrad Adenauer, 2012.

ANAYA, J. (2000) *Indigenous People in International Law*, New York, Oxford University Press, 2000.

CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín, "Hacia una reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento", en *Revista Dirito Gv, Sao Paulo*, 9 (1), pp. 115-170, 2013. Disponible en: http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n1/a06v9n1.pdf.

DIEZ DE VELASCO, M. (1973), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2007.

GARAVITO C. KWEITEL J & WAISBICH L., "Desarrollo y derechos humanos. Algunas ideas para reiniciar el debate", en *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, V. 9, No. 17, 2012, pp. 5-13. Disponible en: http://www.surjournal.org/esp/conteudos/pdf/17/04.pdf.

GOLAY C., BIGLINO I., TRUSCAN I., "El aporte de los procedimientos especiales de la ONU al diálogo sobre derechos humanos y desarrollo" en *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, V. 9, No. 17, 2012, pp. 15-41. Disponible en: http://www.surjournal.org/esp/conteudos/pdf/17/04.pdf.

RAMÍREZ S., "Derechos de los pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales", en R. Gargarella, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional. Tomo II. Derechos.* 1 Ed. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 2008.

SCHETTINI A., "Por un Nuevo Paradigma de Protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas: Un Análisis Crítico de los Parámetros Establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, V. 9, No. 17, 2012, pp. 65-87. Disponible en: http://www.surjournal.org/esp/conteudos/pdf/17/04.pdf.

THORNBERRY, P., "The Convention on the Elimination on Racial Discrimination, indigenous peoples and caste/descent-based discrimination", en J. CASTELLINO J. and WALSH N. *ed.* (2005), *International Law and Indigenous Peoples*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *Indigenous peoples and the United Nations Human Rights System, Fact Sheet No. 9/ Rev. 2*, United nations, New York and Geneva, 2013.

XANTAKHI A (2007), *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self determination, Culture and Land*. Ney York, Cambridge University Press, 2007.

ZIMMERMAN, S. "Sobre el surgimiento de los pueblos indígenas, las tensiones con el Estado Nación y la consiguiente necesidad de repensar el diseño de nuestras instituciones", en *Lecciones y Ensayos*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho (UBA), No. 89, 2011. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/zimerman-silvina-sobre-el-surgimiento-de-los-derechos-indigenas-las-tensiones-con-el-estado-nacion.pdf.

Documentos

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Human rights and transnational corporations and other business enterprises. Note by the Secretary-General*. U.N. Doc. A/68/279 (2013).

Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración sobre el Derecho al Desarrollo. UN. Doc. A/RES/41/128 (1986).

CDESC, Observación general Nº 7, *el derecho a una vivienda adecuada (artículo 11.1 del Pacto): los desalojos forzosos.* (16º período de sesiones, 1997) U.N. Doc. E/C.12/1997/4 (1997).

ISSN 1851-3069

CDESC, Observación General No. 21 *Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturas)*, 43° Periodo de Sesiones, U.N. Doc. E/C.12/GC/21/Rev. 1 (2009).

CDESC, Observaciones Finales, Argentina, 14 de diciembre de 2011.

CDESC, Observaciones Finales, Colombia, 30 de noviembre de 2001.

CDESC, Observaciones Finales, Colombia, 7 de junio de 2010.

CDESC, Observaciones Finales, Ecuador, 7 de junio de 2004.

CDESC, Observaciones Finales, Ecuador, 13 de diciembre de 2012.

CDESC, Observaciones Finales, Federación Rusa, 1 de junio de 2011.

CDESC, Observaciones Finales, Nicaragua, 28 de noviembre de 2008.

CDESC, Observaciones Finales, Perú, 30 de mayo de 2012.

CDH, *Aspirana Mahuika et al. v. Nueva Zelanda*, Comunicación No. 547/1993, 27 de octubre del 2000.

CDH, *Länsman et al. v. Finlandia*, Comunicación 511/1992, 26 de octubre de 1994.

CDH, Observaciones Finales, Australia. 7 de mayo de 2009.

CDH, Observaciones Finales, Colombia, 6 de agosto de 2010.

CDH, Observaciones Finales, Estados Unidos de América, julio de 2006.

CDH, Observaciones Finales, Federación Rusa, 24 de noviembre de 2009.

CDH, Observaciones Finales, Guatemala, 19 de abril de 2012.

CDH, Observaciones Finales, México, 7 de abril de 2010.

CDH, Observaciones Finales, Nicaragua, 12 de diciembre de 2008.

CDH, Observaciones Finales, Nueva Zelanda, 31 de mayo de 2012.

CDH, Observaciones Finales, Paraguay, 29 de abril de 2013.

CDH, Observaciones Finales, Perú, 29 de abril de 2013.

CDH, Observaciones Finales, Togo, 18 de abril de 2011.

CDH, Observación General No. 23, Artículo 27 - Derecho de las minorías, (1994).

CERD, Observaciones Finales, Argentina, 29 de marzo de 2010.

CERD, Observaciones Finales, Bolivia, 8 de abril de 2011.

CERD, Observaciones finales, Canadá, 4 de abril de 2012.

CERD, Observaciones Finales, Chile, 7 de septiembre de 2009.

CERD, Observaciones Finales, Costa Rica, 24 de mayo de 2002.

CERD, Observaciones finales, Ecuador, 22 de septiembre de 2008.

CERD, Observaciones Finales Ecuador, 24 de octubre de 2012.

CERD, Observaciones finales, Federación Rusa, 22 de septiembre de 2008.

CERD, Observaciones finales, Federación Rusa, 17 de abril de 2013.

CERD, Observaciones Finales, Fiji, 23 de octubre de 2012.

CERD, Observaciones finales, Filipinas, 23 de septiembre de 2009

CERD, Observaciones Finales, Finlandia, 23 de octubre de 2012.

CERD, Observaciones Finales, Guatemala, 29 de marzo de 2010.

ISSN 1851-3069

CERD, Observaciones Finales, México, 4 de abril de 2012.

CERD, Observaciones Finales, Noruega, 8 de abril de 2011.

CERD, Observaciones Finales, Nueva Zelanda, 17 de abril de 2013.

CERD, Observaciones finales, Panamá, 19 de mayo de 2010, párr. 14.

CERD, Observaciones finales, Paraguay, 12 de septiembre de 2011.

CERD, Observaciones Finales, Perú, 3 de septiembre de 2009.

CERD, Observaciones Finales, República Popular Lao, 13 de abril de 2012.

CERD, Observaciones Finales, Sudáfrica, 19 de octubre de 2006

CERD, Observaciones Finales, Viet Nam, 16 de abril de 2012.

CERD, Recomendación General No. XXIII relativa a los Pueblos Indígenas, 51º período de sesiones (1997).

CIDH, *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos"*, OEA/Ser.L/V/IIDoc.61, 22 de noviembre de 2011.

CIDH, *Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil*, MC 382/10 - 1 de abril de 2011.

CIDH, *Comunidades Mayas del Distrito de Toledo Vs. Belice*, Informe No. 40/04, Caso 12.053, OEA/Ser.L/V/II.122, doc. 5 rev 1, (2005).

CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros vs. Ecuador*, Caso 12.465, 26 de abril de 2010.

CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56, 30 de diciembre de 2009.

CIDH, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 1/09, 30 de diciembre de 2009.

CIDH, I*nforme sobre acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. OEA/Ser.L/V/II Doc. 34, 28 de junio de 2007.

CIDH, *Mary & Carrie Dann Vs. Estados Unidos*, Informe No. 75/02, Caso 11.140, OEA/Ser.L/V/II.117, doc. 1 rev. 1 (2003).

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Decisión 276/2003, Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, 4 de febrero de 2010.

Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*, U.N. Doc. A/HRC/12/34 (2009).

Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Anexo: Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador*, U.N. Doc. A/HRC/9/9/Add.1 (2008).

Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya: Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los Pueblos Indígenas en Chile*, U.N. Doc. A/HRC/12/34/Add.6 (2009).

Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Adición: La situación de los pueblos indígenas en Argentina*, U.N. Doc. A/HRC/21/47/Add.2, 4 de julio de 2012.

ISSN 1851-3069

Consejo Económico y Social, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión*, U.N. Doc. E/CN.4/2003/90 (2003).

Corte IDH, *Comunidad indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

Corte IDH, *Comunidad Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No 125.

Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

Corte IDH, *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No 172.

ECOSOC, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Rodolfo Stavenhagen, Adición, E/CN.4/2006/78/Add.5, 17 de enero de 2006.

Proyecto OEA-Harvard University, Observaciones y Recomendaciones sobre el caso del Bloque Samoré, 1997, p. 11. Disponible en línea en: http://scholar.harvard.edu/tmacdon/files/Macdonald_Samore_Spanish.pdf

Rio+20, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable. UN. Doc. A/CONF.216/L.1 (2012).

Otros

Clarin, "El reclamo histórico por las tierras llegó a la Corte". 25 de junio de 2013. http://www.clarin.com/politica/reclamo-historico-tierras-ancestrales-Corte_0_944305569.html. Última consulta: 12 de agosto de 2013.

Página 12, "Los Conflictos por las tierras ajenas", 22 de julio de 2013. http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-224987-2013-07-22.html. ùltima consulta: 12 de agosto de 2013.

Infojus, "Tucumán: Denuncian que un empresario quiere expulsarlos de sus tierras", 16 de noviembre de 2013, http://infojusnoticias.gov.ar/provinciales/tucuman-denuncian-que-un-empresario-quiere-expulsarlos-de-sus-tierras-868.html. Última consulta: 19 de noviembre de 2013.

Infojus, "Formosa: Procesaron al líder qom y a integrantes de La Primavera". 12 de noviembre de 2013. http://www.infojusnoticias.gov.ar/provinciales/formosa-procesaron-al-lider-qom-y-a-integrantes-de-la-primavera-860.html. Última consulta: 19 de noviembre de 2013.

Procuración General, "La Corte debe ser el Tribunal originario que dirima un pedido de comunidades indígenas", 14 de noviembre de 2013, http://fiscales.gob.ar/procuracion-general/la-corte-debe-ser-el-tribunal-originario-que-dirima-un-pedido-de-comunidades-indigenas/. Última consulta: 19 de noviembre de 2013.

ISSN 1851-3069

LA UTILIZACIÓN DE LOS AVANCES TECNOLÓGICOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS:

Algunas novedades respecto a la digitalización del procedimiento judicial y la implementación del expediente electrónico

Por Mónica S. Rodríguez

RESUMEN

En consonancia con esta nueva etapa del desarrollo humano existe una acelerada tendencia hacia la digitalización e informatización de todas las actividades públicas, privadas, económicas, sociales, educativas y comerciales. La digitalización, entendida como la adopción masiva de los servicios digitales, se muestra como un elemento dinamizador que facilita la creación de empleos y acelera el crecimiento.

La función jurisdiccional del Estado no ha quedado al margen de este fenómeno.

La Corte Suprema de la Nación Argentina viene adoptando una serie de instrumentos tendientes a la despapelización del Poder Judicial y la implementación del expediente electrónico. Así: las notificaciones electrónicas, el poder electrónico, el plan de gestión digital de causas previsionales, y recientemente reglamentó el uso de la videoconferencia en causas en trámite en los juzgados, tribunales orales y cámaras de apelaciones, nacionales y federales del Poder Judicial de la Nación mediante la Acordada 20/2013 del 2 de julio 2013.

PALABRAS CLAVE

Expediente electrónico – Videoconferencia

ISSN 1851-3069

USE OF TECHNOLOGICAL ADVANCES FOR CONFLICT RESOLUTION:

Some news about the digitization of the judicial process and the implementation of electronic record

By Mónica S. Rodríguez

ABSTRACT

In line with this new stage of human development there is an accelerating trend towards digitization and computerization of all, private, economic, social, educational and commercial public activities. Digitization, defined as the mass adoption of digital services, is shown as a dynamic element that facilitates job creation and faster growth.

The role of the state court has not been spared of this phenomenon.

The Supreme Court of Argentina has been adopting a series of instruments aimed at "despapelizacion" the Judiciary and the implementation of electronic record. So: electronic notices, electronic power, digital plan management of pension cases and recently regulated the use of videoconferencing in cases pending in courts, tribunals and chambers oral appeals, national and federal Judicial Branch nation through Accord 20/2013 of July 2, 2013.

KEYWORDS

Electronic Record - Videoconferencing

ISSN 1851-3069

LA UTILIZACIÓN DE LOS AVANCES TECNOLÓGICOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS:

Algunas novedades respecto a la digitalización del procedimiento judicial y la implementación del expediente electrónico[*]

Por Mónica S. Rodríguez[**]

I.- Introducción

La digitalización, entendida como la adopción masiva de los servicios digitales, se muestra como un elemento dinamizador de la sociedad facilitando la creación de empleos y acelera el crecimiento.

En esta nueva etapa del desarrollo humano existe una acelerada tendencia hacia la informatización de las actividades públicas, privadas, económicas, sociales, educativas y comerciales y la función jurisdiccional del Estado no quedó al margen de este fenómeno.

En el marco del Programa de Fortalecimiento Institucional del Poder Judicial de la Nación, la Corte Suprema de Justicia ha venido implementando una serie de instrumentos tendientes a la despapelización del Poder Judicial y la implementación del expediente electrónico tales como: las notificaciones electrónicas, el poder electrónico, el plan de gestión digital de causas previsionales, entre otros.

Así, recientemente se propuso reglamentar e implementar el uso de la videoconferencia en los juzgados, tribunales orales y cámaras de apelaciones, nacionales y federales del Poder Judicial de la Nación y mediante la Acordada 20/2013 de fecha 2 de julio 2013, y a partir de su entrada en vigencia, cuando una

[*] El presente se elabora en el marco de la investigación desarrollada en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales –UCES- "RESOLUCIÓN ELECTRÓNICA DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL: Avances hacia la implementación del expediente electrónico", que ha tenido como base y resulta una profundización de proyectos anteriores como se "Algunas reflexiones en materia de jurisdicción internacional y resolución de conflictos en la contratación electrónica" (UCES), también bajo mi dirección. Asimismo, se ha visto enriquecido con los resultados de la estancia de investigación docente efectuada en el Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid (septiembre-noviembre/2012) en el marco del Programa René Hugo Thalmann de la Universidad de Buenos Aires, a cuya difusión mínimamente contribuyo con la presente publicación.

[**] Doctora en Derecho Internacional Privado –UBA-, Especialista en Asesoría Jurídica de Empresas –UBA-, Postgraduada en Concursos y Quiebras y Negocios Internacionales y Derecho Comercial profundizado – UBA-, Evaluadora en la Comisión de Seguimiento n° 7 de Ciencias Jurídicas, Económicas y de la Administración de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad de Buenos Aires. Profesora Titular en Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho-UCASAL, Adjunta regular en Derecho de la Integración y D.I.Pr. de la Facultad de Derecho-UBA, Docente del Doctorado en Derecho Civil y de la Maestría en Negocios de la UCES- y de la Maestría en D.I.Pr. y Posgrado en Negocios Internacionales, UBA- Docente Investigadora categorizada por la UBA y Docente Investigadora de la UCES. Miembro Adscripto del Instituto Ambrosio Gioja – UBA. Co Directora del Proyecto UBACYT 2013-2016 "La protección internacional e interamericana del consumidor turista. Bases para la armonización legislativa en la materia, en especial en el Mercosur", Secretaria Académica del Instituto de D.I.Pr. del Colegio de Abogados de San Isidro. Coordinadora del Suplemento de DIPr. y de la Integración elDial.com. Autora y coautora de numerosas obras.

ISSN 1851-3069

persona que se halle fuera de la jurisdicción de un tribunal deba comparecer en calidad de imputado, testigo o perito, y siempre que no sea oportuno o posible que acuda personalmente hasta la sede del tribunal, éste (el tribunal requirente) podrá disponer que la audiencia se realice por videoconferencia.

En la presente investigación nos habíamos trazado mínimos objetivos generales y específicos, y propusimos algunas hipótesis iniciales de trabajo, que como es de suponer, sufrieron algunas leves modificaciones durante el proceso, pero que sirvieron de guía, de orientación y ordenaron en nuestra labor. Aunque el presente trabajo no los agota, ellos son:

OBJETIVOS GENERALES.

❑Analizar los principales escollos que plantea el uso de los medios de comunicación electrónica en el marco de un proceso de solución de controversias, en virtud a su falta regulación adecuada por parte de los distintos ordenamientos jurídicos.

❑Analizar las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna y convencional como así también los proyectos de reforma en la materia en la República Argentina, y en el derecho comparado, reguladoras de las comunicaciones electrónicas.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

❑Analizar la posible aplicación de los criterios clásicos sobre ley aplicable y jurisdicción competente en materia de comunicaciones electrónicas.

❑Analizar y justificar la necesidad de la aceptación de los aspectos informáticos en el marco de los procesos de solución de conflictos –judiciales o arbitrales-, en cuanto a su aceptación como medios de prueba, realización de notificaciones, entre otros.

❑Evidenciar los aspectos relativos a la seguridad informática en la tramitación del procedimiento judicial o arbitral.

❑Efectuar el estudio y análisis crítico de los principales avances efectuados en el ámbito local hacia la implementación del expediente judicial electrónico.

❑Buscar y examinar los obstáculos que presenta la aplicación de tales criterios y su eventual superación a través de leves correcciones que permitan su adaptación a la contratación electrónica.

HIPÓTESIS INICIALES

❑ Las transacciones electrónicas plantean, entre otros interrogantes, el de la determinación de los jueces competentes para la resolución de los conflictos.

❑ Los criterios tradicionales adoptados por el Derecho Internacional Privado sobre contratos internacionales, en principio, proporcionan vías de solución idóneas en materia de contratación electrónica internacional.

❑ El Derecho Internacional Privado posee, asimismo, criterios válidos para la comunicación electrónica que pueden ser implementados en la colaboración judicial internacional, reconocimiento y

ISSN 1851-3069

ejecución de sentencias y laudos electrónicos, medidas probatorias y cautelares que garanticen el debido proceso y la seguridad jurídica.

- En relación con la jurisdicción internacional en materia de solución de conflictos, la prórroga a favor de tribunales arbitrales resulta ser una alternativa viable y eficaz que ha adoptado mecanismos que pueden aplicarse igualmente en los procesos judiciales con similar resultado.

- Los principales obstáculos en la implementación del expediente judicial o el procedimiento judicial informático no son de índole jurídica, sino que radican –además de las cuestiones económicas- en la desconfianza de los operadores.

METODOLOGÍA

Se partió de la aseveración de que las soluciones del Derecho Internacional Privado y del Derecho Procesal Internacional se revelan como eficientes para su implementación en mecanismos de solución de conflictos en el ámbito cibernético.

Desde la perspectiva de esta disciplina, y frente al fenómeno electrónico efectuamos algunos cuestionamientos e interrogantes, tales como: ¿Es posible localizar territorialmente a las relaciones jurídicas que se entablan en el ciberespacio?, ¿Cómo se determina el momento y el lugar de la celebración de un acuerdo electrónico? ¿En qué momento se considera que surte efecto la comunicación electrónica? ¿En qué lugar se considerará efectuada una notificación electrónica?

Desde el aspecto jurisdiccional ¿Quién es el juez competente en materia de contratos electrónicos? ¿Cuál será la ley procesal aplicable al procedimiento electrónico? ¿Corresponde modificar la noción y los efectos del orden público internacional, las normas de policía, el fraude a la ley, la protección a las personas consideradas jurídicamente más débiles como son los consumidores? ¿Es posible la prórroga de jurisdicción? ¿Se podría prorrogarla a favor de árbitros? ¿El arbitraje es un mecanismo idóneo para la resolución de controversias vinculadas a los contratos electrónicos?, ¿Internet puede servir de mecanismo apto para la solución de las "ciberdisputas" a través de una suerte de "cibertribunal" arbitral? ¿Cuáles son los mecanismos alternativos electrónicos de solución de conflictos que se encuentran disponibles en la actualidad? ¿Qué seguridades ofrecen? La experiencia en la llamada justicia privada ¿Puede servir de ejemplo para la organización y transformación de la justicia estatal y la implementación del expediente electrónico?

MARCO CONCEPTUAL

Basados en trabajos propios anteriores, y la doctrina internacional en la materia, en la presente investigación se partió de la utilización de algunos conceptos preestablecidos.

- **Comercio electrónico[1]:** Jurídicamente la definición del comercio electrónico es intrínsecamente determinante como elemento de delimitación del campo conceptual sobre el que versa, que a su vez incide

[1] Quizá al lector le resulte extraño que, para el estudio de sistemas de solución de conflictos, tanto en el ámbito estatal como privado, se parta de un concepto relativo al comercio electrónico. Ello porque como ya he dicho antes

ISSN 1851-3069

directamente en los aspectos regulatorios, pues determina el campo de acción y los limites de estos. La proliferación de definiciones ha dado lugar a que se analicen por lo menos dos grupos:

Concepción amplia

- Comercio electrónico es hacer negocios electrónicamente.
- Comercio electrónico son todas las formas de transacciones comerciales que se basen en el procesamiento y transmisión de datos digitalizados.
- iComercio electrónico es la capacidad para compradores y vendedores de conducir negocios y/o intercambiar informaciones en tiempo real en interacciones humanas.
- Estas definiciones abarcan toda clase de transacciones electrónicas comerciales, incluyendo transferencias de fondos electrónicos, pagos con tarjeta de crédito, y también las actividades de la infraestructura que apoyan estas transacciones. Se las critica por esa desmedida amplitud, y fundamentalmente porque no reconocen las nuevas formas de comercio electrónico, es decir, las transacciones comerciales realizadas a través de redes abiertas (Internet), limitándose a las transacciones electrónicas en sí mismas, sin referirse también al espíritu de esta clase de negocios (ciberespacio, mercado virtual, entre otros).

Concepción restringida

- Dentro de este grupo tenemos a las definiciones propuestas por las más importantes instituciones y foros de negocios internacionales:
- La Organización Mundial del Comercio, ha adelantado su posible definición, que dice: "El comercio electrónico comprende aquellos productos que son comprados y pagados en Internet pero son entregados físicamente, y productos que son entregados bajo la forma de información digitalizada sobre Internet".
- La organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), propone: "el término comercio electrónico refiere generalmente a transacciones comerciales, envolviendo organizaciones e individuos, basadas en el proceso y transmisión de datos digitalizados, incluyendo texto, sonido e imágenes visuales y que son transmitidas por redes abiertas (como Internet) o cerradas (como es el caso de AOL o Minitel)".
- El observatorio Europeo de tecnologías de la información (EITO), propuso en 1997 la siguiente definición: "El comercio electrónico es la conducción de asuntos que implican un cambio de valor a través de las redes de telecomunicaciones".

---

de ahora, el ámbito privado, especialmente el comercial, suele adaptarse más fácilmente a los cambios buscando la forma de sacar mejor provecho a los avances científicos y tecnológicos. En un curso de actualización implementado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y desarrollado por el CIJ, a cargo del Dr. Parodi, se utilizó en repetidas oportunidades de la comparación con el ámbito comercial para explicar distintos aspectos de la Gestión Judicial, así cuando se busca la optimización de los recursos, la satisfacción del cliente (justiciable) entre otros conceptos, aunque también se reconoció que algunos estudiosos no comparten esta visión.

ISSN 1851-3069

- La Comisión Europea en 1997 definió: "Comercio electrónico es aquel que permite hacer los negocios electrónicamente y está fundado sobre el tratamiento electrónico y la transmisión de datos, comprendiendo textos, sonidos y video. Cubre actividades múltiples y diversas, correspondiendo al comercio de bienes y servicios, la liberación en línea de informaciones numéricas, transferencias electrónicas de fondos, actividades bursátiles electrónicas, transferencia de conocimientos electrónicos, subastas comerciales, concepción y elaboración en ingeniería, mercados en línea, mercados públicos, venta directa a los consumidores y la prestación de servicios postventa. Concierne tanto a los productos (bienes de consumo, equipo médico especializado, por ejemplo) como a los servicios (servicios de información, servicios financieros, entre otros), las actividades tradicionales, (servicios de salud, enseñanza) y actividades nuevas (centros comerciales virtuales, por ejemplo)".
- Se puede llegar a una construcción tentativa de una definición de comercio electrónico como "aquella modalidad de comercio en la que la mediación entre la oferta y la demanda y el perfeccionamiento de las transacciones entre ellas se realiza a través de medios digitales de comunicación, ya sea por redes abiertas o cerradas, en un mercado virtual que no posee límites geográficos (fronteras) ni temporales y no tiene una ubicación determinada, por que se encuentra en el ciberespacio".
- **Contrato internacional:** Se entiende por tal a aquel que, sea en su conformación, desarrollo o extinción, posee elementos extranjeros objetivamente relevantes desde la mira de un ordenamiento jurídico determinado.
- **Contrato electrónico internacional o cibercontrato internacional o contratación electrónica internacional:** Se entiende por tal aquel contrato internacional que se celebra mediante la utilización de medios electrónicos, telemáticos o informáticos.
- **Ley aplicable:** Se refiere tanto a la ley aplicable a la forma del contrato, al elemento extrínseco, que permite hacerlo visible y constatar su existencia, como a la ley aplicable al fondo, es decir, a la validez sustancial, intrínseca del contrato, a su contenido.
- **Lex mercatoria:** Conjunto de usos, costumbres principios desarrollados por los operadores de los negocios internacionales sin la intervención del poder legislativo de los Estados. Su función reside en servir como interpretación, como complemento de los derechos nacionales aplicables.
- **Lex electrónica o lex informática:** Se entiende por tal al conjunto de usos, costumbres, principios del comercio internacional electrónico.
- **Jurisdicción internacional:** Se entiende por tal a una noción comprensiva de varios aspectos: a) el poder del Estado para entender en una controversia que le es sometida (jurisdicción directa), b) el poder de un tribunal extranjero de producir un fallo en condiciones de ser reconocido o ejecutado en otros (jurisdicción indirecta), y c) la prórroga de jurisdicción ya sea a favor de tribunales judiciales o arbitrales, como la facultad de las partes de elegir la autoridad ante el que someterán sus desacuerdos, para solución definitiva.

ISSN 1851-3069

- **Arbitraje internacional electrónico:** Se entiende por tal al método heterónomo de solución de controversias que exceden el marco de un Estado que se desarrolla íntegramente a través de sistemas electrónicos o cibernéticos.
- **Sistemas de solución de conflictos on line:** Comprende métodos de autocomposición y de heterocomposición de diferendos a través de sistemas electrónicos.
- **TIC's:** Tecnologías de la Información y Comunicación
- **Cibercultura Judicial (Nuevos conceptos a partir del avance tecnológico):** La justicia no ha escapado a las transformaciones producidas por los avances tecnológicos, sino que ha debido valerse de ellos siendo incuestionable el impacto que las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC's) han producido también en este sector. Las TIC's han permitido ir dejando atrás la forma artesanal y rudimentaria a la cual hemos estado impuestos a trabajar desde antaño, dando como resultado el surgimiento de comunidades virtuales y redes sociales. Esta transformación también se ha dado en el ámbito judicial. Como se ha afirmado "la dama ciega de la justicia ya no anda solo con la espada y la balanza en sus manos. Ahora, quiéralo o no, debe apoyarse en un teclado, en Internet y las redes de computadoras del mundo."[2]

Un concepto muy importante, dado que fue de lo primero que se empezó a usar de manera formal en la administración de justicia, es la denominada informática jurídica.

Desde que en las década '60 y '70 del siglo pasado, la informática incursionó en cuestiones comerciales, se empezaron a desarrollar soluciones informáticas, digitales aplicadas al sector justicia, tomando paulatinamente forma lo que hoy se conoce como informática jurídica, la cual es definida como "la utilización de los diferentes conceptos, categorías, métodos y técnicas propias de la informática en el ámbito de lo jurídico. Se relaciona con la creación de flujo, clasificación, sistematización y utilización de datos requeridos, en la 'producción' y/o en la administración de lo jurídico, así como en el estudio de las implicaciones o efectos que esta utilización produce en el seno mismo del derecho y por ende en la sociedad." [3]

Ya hacia la década de los años '80 se empezó a manejar difusamente el término de "derecho informático" y a comienzos de los años '90, comienza a hacerse presente la informática en la justicia, mediante "sistemas de seguimiento de casos" (Tracking Systems), del manejo de jurisprudencia, o sistemas para el manejo de estadísticas, entre otros.

Desde entonces en el mundo, muchos han sido los proyectos financiados por la Agencia Internacional de los Estados Unidos para el Desarrollo (USAID), la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), entre otros, a

[2] DEMARCHI, Cintia: "TICs en la Administración de Justicia" Publicado el 07.10.09. en http://tedel.org/blogvillaangela/index.php?blog=5&title=tics_en_la_administracion_de_justicia&more=1&c=1&tb=1&pb=1. También MUÑOZ, Darwin: "Cibercultura Judicial", en http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/cibercultura-judicial.

[3] MUÑOZ, Darwin, ob. cit.

ISSN 1851-3069

efectos de hacer posible la introducción de cambios y reformas en la justicia de los distintos países incluyendo, por supuesto, el uso de las TIC's.

Entenderá el lector que, dado la extensión y complejidad de la tarea propuesta resulta imposible agotarlo en una sola oportunidad, por cuento el presente trabajo limitará su contenido a analizar la importancia de algunos avances producidos en materia tecnológica, en telecomunicaciones e informática, y su influencia en la justicia provincial y nacional, los desarrollos en los sistemas y mecanismos alternativos de solución de conflictos en línea, efectuando a su turno, algunas apreciaciones personales a modo de conclusión.

II.- Sociedad de la información y Cibercultura judicial

Como es sabido, el mundo se ha visto profunda y rápidamente transformado por el desarrollo tecnológico y la llamada revolución digital en el campo de las comunicaciones ha provocado que la doctrina, en pos de resaltar la característica de la nueva era tecnológica, defina estos tiempos como la era de la "sociedad de la información."

Este hecho está cambiando y redefiniendo distintas actividades, con expresiones tales como "e-bussines" o el "e-commerce", y excediendo el ámbito comercial, se habla ya de la "e-justicia" y, en esta idea, se ha llegado a acuñar el concepto de Cibercultura Judicial[4].

Así, el despliegue de la informática posibilitó el desarrollo de Internet, como el instrumento que a través de múltiples usos y aplicaciones proporciona solución a un conjunto de problemas y cuestiones mejorando el acceso a la información, posibilitando la comunicación instantánea, la remisión de documentos en cuestión de segundos, por mencionar solo algunos de los puntos claves que permiten el anudamiento de relaciones superando la distancia física y temporal, facilitando celebración de acuerdos, negocios, especialmente en el ámbito internacional.

Pero, a su vez, el empleo de este novedoso medio de expresión y comunicación, cuya utilización se ha expandido, masificado en una dimensión extraordinaria, quizá hasta impensada, nos coloca frente a nuevos desafíos que superar, abre nuevos interrogantes que deben ser respondidos, y provoca nuevos inconvenientes, conflictos, que deben ser solucionados por el derecho en su función reguladora de un orden social pacífico y en armonía.

Nos encontramos en posición para obtener contactos en los más variados lugares del planeta con una increíble facilidad y rapidez. En muchas regiones del globo ha empezado a cambiar de forma significativa la manera en que los particulares, las empresas y los gobiernos estructuran su labor, sus relaciones y la forma en que llevan a cabo todo tipo de actividades.

Se accede a Internet prácticamente desde cualquier lugar de la tierra. Debido a la tecnología de conmutación de paquetes y el complejo entramado de las redes digitales e infraestructura de las

[4] Permítanos el lector utilizar el término que extrajimos del trabajo Cibercultura Judicial de Darwin Muñoz, publicado en AR: Revista de Derecho Informático ISSN 1681-5726 Edita: Alfa-Redi No. 118 - Mayo del 2008. República Dominicana.

ISSN 1851-3069

telecomunicaciones, la información digitalizada puede viajar a través de diversos países y jurisdicciones, con distintos sistema jurídico, hasta alcanzar su destino.

Debe ser considerado el hecho que la inmediatez de las comunicaciones electrónicas hace que no tenga, en la gran mayoría de los casos, trascendencia jurídica el período que transcurre entre el envío y la recepción de una comunicación electrónica, ello sin importar los lugares del mundo en que se encuentren ubicados emisores y receptores del proceso comunicacional. Al respecto se ha llegado a afirmar que el tiempo virtual es igual en todo el mundo y que el tiempo de respuesta es insignificante sin importar la distancia física, de ahí a que se haya acuñado el concepto de aldea global.

La utilización de medios informáticos nos lleva a efectuar algunos cuestionamientos y reflexiones en relación a los mecanismos de solución de controversias ocurridas entre particulares. ¿Cómo influye esta situación en el cumplimiento de la función judicial?, ¿Resulta posible –o conveniente- la implementación del proceso electrónico, especialmente en la realización de aquellos actos, aquellas etapas procesales que requieren la presencia física de las partes? ¿Los nuevos medios de comunicación electrónica facilitan o plantean nuevos inconvenientes en los procesos internacionales?

Aquí nos enfrentamos al hecho que el concepto “nuevas tecnologías de la información” engloba medios de comunicación muy diversos que deben, en consecuencia, ser analizados por separado para su adecuada calificación dentro de las mencionadas categorías de procesos de comunicación entre presentes o entre ausentes.

En ese marco, una cuestión de especial relevancia y delicadeza resulta aquella de decidir la manera de armonizar los derechos nacionales, cómo construir una regulación que constituya una base segura de las relaciones, de las negociaciones, de la contratación por medios electrónicos, y también la solución de conflictos que se originen en este marco.

El denominado Proceso Electrónico Judicial es la forma más moderna, económica y expedita para poder acceder a la administración de justicia, no obstante lo compleja que se torna hoy para algunos; es el medio que en un futuro facilitará todas las tareas judiciales que hoy nos embargan en razón a los volúmenes de expedientes que en soporte papel y de forma clásica se tramitan en los diferentes estrados judiciales del país.

En un futuro no muy lejano podrán acceder todos los usuarios del sistema judicial y no tendrán que sortear traslados, colas, largas esperas, los abogados no deberán efectuar maratónicos recorridos por toda la ciudad o provincia para consultar los expedientes en los juzgados, sino que tendrán acceso desde las terminales situadas en los Colegios de Profesionales, o desde sus propios estudios. Además, los plazos para cumplimentar los diversos trámites en el marco del procedimiento pueden acortarse, lo que se traducirá en un desarrollo más rápido y económico de los procedimientos.

No dudamos las innumerables ventajas que la informatización del proceso judicial trae aparejadas. Pero, junto con la creación de un sistema técnico que permita que los procesos se realicen en línea, es

ISSN 1851-3069

preciso establecer el marco jurídico adecuado. Las reglas procesales vigentes pueden proporcionar una base para cualquier adaptación al entorno en línea que se requiera.

Resulta fácil advertir entre las cuestiones que deben abordarse, se destacan el resguardo de los derechos de las partes de acceso a los documentos, los procedimientos aplicables en caso de problemas de autenticidad, los datos de contacto a efectos de notificación, el cálculo de los plazos (dada la posible diferencia de horario entre los lugares desde los que las partes realizan las comunicaciones), y los requisitos de escritura y firma, las notificaciones de las sentencias.

A ello, se suman los mecanismos alternativos de solución de conflictos en línea (alternatives dispute resolutions) que se han desarrollado como métodos eficaces para ofrecer a los cibernautas un ámbito seguro, a bajo costo y especialmente de fácil acceso para intentar solucionar sus reclamos originados por acuerdos, contratos y actividades desarrolladas en la red.

Como es habitual, la actividad privada se adaptó con mayor rapidez a esta nueva modalidad de comunicación utilizándola tanto como medio de publicidad, para la celebración de acuerdos, etc., como así también de manera temprana advirtió las ventajas de los procedimientos de solución de conflictos on line y buscó dar las seguridades y garantías necesarias a los usuarios, por lo que dichas experiencias resultan sumamente valorables al momento de encarar la informatización del Poder Judicial, tanto nacional como provincial, y la implementación del expediente electrónico.

III.- El empleo de la TIC's en la justicia

La vanguardia en el uso de las TICs aplicadas a la justicia siempre ha estado de la mano con los países desarrollados, como Estados Unidos, España, Alemania, Inglaterra, entre otros.

Hoy en día, la mayoría de los Estados cuentan con algún grado de utilización de las TICs, en el manejo y prestación del servicio de Justicia a sus diferentes sociedades y en el manejo administrativo del Poder Judicial.

En el documento base, preparado por Alberto Binder, Cristian Riego y Juan Enrique Vargas, del Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (CEJA), sobre el foro "El uso de información en las instituciones de justicia", se plantea que: "El enorme salto tecnológico que se ha dado en los últimos años en el manejo y uso de los sistemas de información ha impactado de un modo inocultable los viejos modelos y ha generado nuevas expectativas sobre la base de la información que debe tener una decisión para ser considerada como razonable y justificada. Es decir, que nos hallamos ante una organización necesariamente en transición donde el uso de la información deberá cumplir una triple función.

Por una parte, debe ayudar a esa transición, asumiendo que los procesos de toma de decisión todavía no están normalizados y por lo tanto serán una mezcla de nuevas y viejas formas. Pero de todos modos el sistema judicial debe seguir funcionando y debe transformase sobre la marcha.

En segundo lugar, los sistemas de información deben acompañar y ayudar a moldear los nuevos procesos de toma de decisión que surjan de los nuevos modelos organizacionales.

ISSN 1851-3069

En tercer lugar, el sistema de información en sí mismo debe ser un instrumento, una herramienta que promueve la transformación organizacional provocando una nueva exigencia de racionalidad, generando nuevas expectativas y estableciendo patrones de calidad que no puedan ser eludidos en el proceso de toma de decisión".

Es innegable que al día de hoy estamos asistiendo a una de las transformaciones más profunda de la administración de justicia gracias a las TICs.

Sin pretender reeditar el debate respecto a la función esencial del derecho respecto a su carácter orientador o regulador de la conducta humana en sociedad, podemos resumir que ella consiste en adecuarse a las nuevas necesidades de la sociedad, para establecer en forma continua, las reglas de convivencia, los procedimientos y los sistemas de control y coerción, de organización y de convivencia, en un mundo globalizado y cambiante, adoptando una actitud permanentemente renovadora.

En efecto, con el avance tecnológico y el desarrollo de los nuevos mecanismos de comunicación electrónica se han roto paradigmas tan arraigados como el del tiempo y del espacio, en virtud a que se ha logrado transformar la percepción psicológica de determinadas categorías, ciertos conceptos, en la medida en que los medios de comunicación digital nos permiten trabajar en tiempo real a gran velocidad haciendo al tiempo imperceptible para el sentido humano, dando la sensación que la medición o determinación, tanto del tiempo como el espacio tienden a cero.

Definitivamente que el uso de las TIC's han revolucionado también el sector justicia. Nunca antes se pensó que se podía llegar tan lejos en la optimización de los procesos judiciales. Cada año en el mundo se invierten miles de millones de dólares en la implantación de tecnologías aplicadas a la justicia.

Una muestra de la extraordinaria importancia que tienen las TIC's para el sector justicia lo constituye el The Global Information Technology Report auspiciado por el World Economic Forum, donde se dedican varios apartados para medir el impacto de las TIC's en este sector. En tal sentido, los responsables de dicho informe para el 2007, Soumitra Dutta e Irene Mia[5], nos dicen que: "El ritmo de la innovación tecnológica en toda la comunidad mundial implacablemente está empujando hacia adelante. Ray Kurzweil, el futurólogo estadounidense, ha observado que 'en el siglo XIX, vimos un cambio tecnológico mayor que en los nueve siglos anteriores. A continuación, en los primeros veinte años del siglo XX, vimos un adelanto mayor que en todo el siglo XIX. Ahora, los cambios de paradigma ocurren en sólo unos pocos años tiempo.... (la) experiencia de 100 años de progreso en el siglo XXI: será más parecida a 20.000 años de progreso al ritmo de hoy' "[6].

[5] Documentos: Soumitra Dutta, IN SEAD - Irene Mia, Foro Económico Mundial, The Global Information Technology Report 2006-2007, Executive Summary. Consultado en la página de la Secretaría de Desarrollo Digial del Ministerio de Economía, Fomentos y Turismo del Gobierno de Chile.

[6] KURZWEILl, R., 2001. "The Law of Accelerating Returns" KurzweilAI.net. Disponible en www.kurzweilai.net/articles/art0134.html?printable=1 [consultado 29 febrero 2008]. "*The pace of technological innovation throughout the global community is relentlessly pushing forward. Ray Kurzweil, the American futurist, has observed that "In the nineteenth century, we saw more technological change than in the nine centuries preceding it. Then in the first twenty years of the twentieth century, we saw more advancement than in all of the nineteenth century. Now, paradigm shifts occur in only a few years time. . . So wewon't experience 100 years of progress in the 21st century —it will be more like 20,000 years of progress (at today's rate)*

ISSN 1851-3069

Actualmente los paradigmas judiciales han ido cambiando y busca adatárselos a esta nueva realidad. Darwin Muñoz (2008), Alexander Díaz García (2008), entre tantos otros autores abocados al análisis de esta cuestión, destacan algunas de las principales TIC's que se utilizan en el sector justicia y podemos advertir cómo éstas son las bases de la "cibercultura judicial" que se ha creado.

Así por ejemplo, el Código Modelo de Procesos Administrativos -judicial y extrajudicial- para Iberoamérica[7] establece, en el artículo 42.2, que durante la tramitación del proceso las vías oral o escrita pueden ser sustituidas por el proceso electrónico.

El Código Modelo para el Proceso Civil considera entre los principios generales de la cooperación interjurisdiccional a la espontaneidad en la transmisión de informaciones a las autoridades del Estado requirente, como así también, la traducción y forma libres para los actos y documentos necesarios para la prestación jurisdiccional transnacional, incluyéndose los medios electrónicos y la videoconferencia (art. 2). Respecto a la licitud como presupuesto de admisión de la prueba, el artículo 5 prevé que serán admitidos, en la cooperación interjurisdiccional, todos los medios de prueba obtenidos lícitamente, observándose la condición establecida en el artículo anterior y que es admitida la prueba por videoconferencia[8].

Sin perjuicio de retomar el desarrollo de algunas de estas herramientas en otra oportunidad, las que deseamos señalar brevemente son los siguientes:

1. Comunidades Virtuales y redes sociales de temas judiciales: Estos son espacios virtuales que se han creado para todo tipo de intercambio a través del Ciberespacio. Aquellas comunidades con contenidos más especializados pueden crear redes sociales más fieles pero de menor tamaño con lo que la posibilidad de escalar y crear un "negocio real" incluyendo la organización de eventos. Sin intensión de encasillar exclusivamente en este modelo, podemos citar como ejemplo de comunidades virtuales los sitios creados por los Colegios de Abogados, que brindan información actualizada y novedades sobre legislación, jurisprudencia, cursos de perfeccionamiento y debate, y también pueden encontrarse foros donde el profesional postea algún interrogante doctrinario o jurisprudencial que puede ser disipado por otro colega.
2. Coordinación e intercambio de información de grandes bases de datos entre distintos países contribuye a la difusión de legislación, jurisprudencia actualizada, y para mejorar la eficacia en la persecución del delito. Aquí podemos ejemplificar nuevamente con los sitios antes referidos, pero también contamos con números sitios de acceso público a variadas normativas, legislación y jurisprudencia diversa (bibliotecas públicas, universidades, oficinas de gobierno, etc.).
3. Acceso electrónico a servicios públicos: La tendencia en este sentido es que los ciudadanos reciban cada vez mejor y mayor servicio y de esa manera mejorar el acceso a la justicia, a través de la llamada Administración Electrónica o Administración Inteligente.

[7] Aprobado por la Asamblea General del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal con ocasión de las XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, ocurridas en Buenos Aires, el 8 de junio de 2012.http://www.nupej.uff.br/sites/default/files/IIDP_CodADM_ES.pdf, consulta efectuada 13/11/2013.
[8] Aprobado en la Assemblea General do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, el 17 de octubre de 2008, en ocasión de las XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Lima, Perú.

ISSN 1851-3069

4. Realidad Virtual: Existen diferentes tecnologías de realidad virtual, pero todas procuran proveer un sentido de interactividad como si fuera de forma presencial. En el ámbito judicial podemos ver varios ejemplos, entre ellos los recorridos virtuales. A través de imágines tridimensionales, los programas de realidad virtual brindan la oportunidad de introducirse en una reproducción del desarrollo de los hechos y acontecimientos. El juzgador, como así también todas las partes involucradas e interesadas en dilucidar la cuestión podrán recrearla para comprender más acabadamente los datos técnicos aportados por los peritos, la declaración de los testigos, etc.

5. Chat: Término utilizado para describir la comunicación de usuarios en tiempo real. El "chat" que es un término proveniente del inglés que en español equivale a charla, también es conocido con la expresión menos usual de "cibercharla" y designa una comunicación escrita realizada de manera instantánea a través de Internet entre dos o más personas ya sea de manera pública, a través de los llamados chats públicos (mediante los cuales cualquier usuario puede tener acceso a la conversación) o privada, en los que se comunican sólo dos personas a la vez. Esta herramienta permite mantener un contacto en línea con otras personas para intercambio de voz, datos y videos.

6. SMS (Short Message Service): Diversas formas de comunicación, notificación o citación, usando mensajes SMS se pueden realizar (y de hecho se efectúan) a través de la telefonía móvil celular, por ejemplo, hace para invitar al Defensor Público o Ministerio Público de turno a asistir a audiencias o tomar intervención en forma inmediata en asuntos penales, o también en casos especiales para los procesos de familia, en cuestiones que requieren la inmediata intervención del Asesor de Menores, entre otras cuestiones que, dada la urgencia, es menester efectuar comunicaciones más expeditas e informales.

7. Agenda electrónica: Permite a los actores estar sincronizados con un punto de consulta único para conocer los casos sin tener que desplazarse.

8. Sistemas para la administración de recursos financieros y humanos: Estos sistemas están orientados a permitir un mejor control y seguimiento a los recursos que gestiona la justicia.

9. Seguimiento de casos: El expediente virtual, la desformalización o despapelización de notificaciones, indicadores de tramitación, son soluciones que brindan un mejor servicio a los usuarios del sistema de justicia al permitir una mejor gestión de sus expedientes. En este sentido, debemos poner de resalto que este año, la Corte Suprema de Justicia de la Nación impuso la obligatoriedad del uso del Sistema Informático de Gestión Judicial (SGJ) en todos los Juzgados, tribunales y dependencias del Poder Judicial de la Nación, comprendiendo ello, toda actuación vinculada con la tramitación de las causas.[9]

10. Capacitación vía e-learning: Este es un elemento que ha permitido ayudar de manera importante en la formación de los actores del sistema de justicia.

11. Sistemas de Gestión Judicial o los famosos Tracking System: Son sistemas que gestionan todo el trámite procesal de un expediente.

12. Firma digital: Esta es una de las tecnologías que mayor uso y beneficio está ofreciendo en los últimos años. La firma digital es un conjunto de datos electrónicos que identifican a una persona en concreto, y

ISSN 1851-3069

puede unirse a un documento enviado por medio telemático, como si de una firma tradicional se tratara, para que el receptor esté seguro de la identidad del emisor. Es decir que, en la comunicación, aseguran la integridad del mensaje y su autenticidad y vincular a un sujeto con la información contenida en el documento que lleva su firma.

Nos hemos alguna vez cuestionado los términos en que la ley argentina define la firma digital, en el sentido que lo limitado de la calificación efectuada acepta una sola forma digital de identificar al sujeto y relacionarlo con la manifestación de voluntad contenida en un texto, ella es: el sistema de criptografía asimétrico.

No dudamos de que este sistema es hoy en día el que más seguridades ofrece y su implementación no es muy compleja y está (una vez que se encuentren plenamente en funcionamiento las autoridades de certificación de firma digital) disponible para todo el mundo y se puede adaptar a distintos usos: profesional, empresario, privado.

No obstante, los términos de nuestra ley no permite calificar, reconocer como "firma" aquel método que sirva para relacionar a un sujeto con un texto pero en el que se haya utilizado otro sistema o medio tecnológico, por cuanto nos planteamos el interrogante respecto a cómo actuará un magistrado que deba analizar, como medio de prueba, un documento firmado en el exterior mediante otra modalidad electrónica, o deba reconocer y ejecutar una sentencia extranjera con igual característica. ¿Aceptará plenamente los efectos de esos documentos? ¿Reconocerá la firma extranjera como firma digital o le dará efectos de firma electrónica? ¿Calificará la firma conforme la lex fori o la lex causae?

Sin pretender agotar aquí el punto nos parece que resultaría conveniente establecer un criterio más flexible para la adopción de medios electrónicos, máxime en consideración al continuo desarrollo de la tecnología, como podemos ver no solo en las leyes de diversos países en Europa[10] sino también en América[11] sancionadas sobre las pautas de la Ley Modelo.

---

[9] Acordada 14/2013 de fecha 21 de mayo de 2013.

[10] En España la ley 59/2003 establece en el artículo 3) "Firma electrónica, y documentos firmados electrónicamente.1. La firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante. 2. La firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control. 3. Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.
4. La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel …"

[11] Así por ejemplo en Chile se entiende por firma electrónica: cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor; y por firma electrónica avanzada: aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría. Ley 20217, Art. 2º Nº 1, D.O. 12.11.2007. En Uruguay la ley 18.600 en su artículo 2. Entiende: J) "Firma electrónica": los datos en forma electrónica anexos a un documento electrónico o asociados de manera lógica con el mismo, utilizados por el firmante como medio de identificación, y K) "Firma electrónica avanzada": la firma electrónica que cumple los siguientes requisitos; 1) Requerir información de exclusivo conocimiento del firmante, permitiendo su identificación unívoca. 2) ser creada por medios que el firmante pueda mantener bajo su exclusivo control; 3) ser susceptible de verificación por terceros; 4) estar vinculada a un

ISSN 1851-3069

Retomando el punto de las diferentes herramientas disponibles en el procedimiento judicial, podemos mencionar además, otras tecnologías y sistemas como son: tecnologías biométricas, iris and face reconigtion, grandes bases de datos especializadas, correos electrónicos, GPS, sistemas de videoconferencia, datawarehouse, sistemas documentales, CRM, identificación por radio frecuencia (RFID), etc.

En consideración a la importancia y los beneficios de las TIC's, además del rol que la tecnología está llamada a jugar en la efectividad de la justicia, corresponde poner de resalto que la transformación, modernización, actualización del Poder Judicial no debe escatimar esfuerzos ni recursos para garantizar sin restricciones el derecho del acceso a la justicia.

Atento ello debemos, impulsar una política coherente de uso, desarrollo y aplicación de las TIC's, con una legislación que regule su utilización en forma flexible se debe prever el avance y actualización constante de las nuevas tecnologías, pero al mismo tiempo, dar garantías suficientes de seguridad y respeto irrestricto del debido proceso legal.

IV.- Algunas voces en contra.

Parte de la doctrina plantea entre los inconvenientes o desventajas de operar en la web y al empleo de las TIC's, las cuestiones relativas a su acceso y falta de conocimiento suficiente por parte de los actores.

El acceso continuo a Internet durante todo el tiempo que se tarda en resolver el conflicto (que puede variar de horas, días, semanas, meses) también puede plantear un problema para aquellos con acceso limitado a la tecnología y puede también perjudicar a quienes están menos familiarizados con los equipos y su uso o aquellos que son incapaces de realizar comunicaciones detalladas por escrito. Requiere, asimismo, la existencia y fácil acceso a hadware y software avanzados, programas específicos que quizá no estén al alcance de todos.

Si debemos considerar que el Estado debe garantizar a todos los habitantes el acceso a la justicia, la falta de equipos y tecnología eficientes y suficientes al alcance de todos constituiría una seria objeción a la implementación de procedimientos electrónicos.

Sin embargo, a pesar de esta observación, parecería que no es un problema importante o insalvable la falta de acceso, en particular los de los conflictos generados por la propia actividad de Internet. Cada vez son más los sitios de intercambio de bienes y contrataciones por páginas electrónicas que ofrecen variados mecanismos de solución de conflictos en línea.

Asimismo, cada vez resulta más habitual el acceso a la red desde centros especializados, institutos o colegios profesionales, mesas de entradas de edificios públicos, etc., hasta plazas y bares con servicio "wi

documento electrónico de tal modo que cualquier alteración subsiguiente en el mismo sea detectable; y 5) haber sido creada utilizando un dispositivo de creación de firma técnicamente seguro y confiable y estar basada en un certificado reconocido válido al momento de la firma.

ISSN 1851-3069

fi", por lo que podemos decir que hoy se accede a internet desde cualquier lugar muchas veces en forma gratuita.

Porque no aspirar a un sistema de justicia que utilice una red que sin ser cerrada –intranet-, pueda accederse en forma segura, a través de una clave de identificación desde cualquier lugar y dispositivo como hoy se accede a través de internet a sitios web que ofrecen mecanismos alternativos de solución en línea.

Debemos reconocer que la mayoría de las personas que participan en actividades en línea ya sea desde su propia computadora o por tener un buen acceso al sistema desde otros dispositivos poseen conocimientos suficientes para operar en la web, especialmente aquellos que si han tenido conocimientos lo suficientemente sofisticados como para ejercer el comercio en línea poseen también conocimientos lo suficientemente sofisticados para comunicarse por este medio con eficacia, en especial porque, para efectuar una compra en línea por lo general requiere una cuenta de correo electrónico y algunas habilidades en el manejo de Internet.

No obstante, en lo que se refiere específicamente a la tramitación de un procedimiento de solución de conflictos, ya hemos anticipado opinión respecto a la importancia de la existencia de las "salas de profesionales" -con las que usualmente cuentan los Colegios de Abogados- debidamente modernizadas con los programas informáticos y tecnología de avanzada para la adecuada prestación de servicios a los matriculados.

Estamos convencidos que permitir entablar una acción judicial o defenderse contra una demanda accediendo a un sitio web y cumplimentando los formularios electrónicos, guiados en las diversas fases del proceso por el propio sistema, reduciría las barreras de acceso a cualquier procedimiento existente permitiendo la apropiada consulta del expediente y participación en el proceso judicial. Y ello no repercute negativamente en la calidad del servicio de justicia ni en el adecuado asesoramiento letrado.

Además, la posibilidad de presentar documentos mediante Internet permite que las partes remitan de manera inmediata un gran número de documentos a cualquier distancia, y sin costo alguno. Los documentos pueden procesarse, almacenarse y archivarse mediante sistemas automatizados de gestión, y las partes autorizadas pueden examinarlos desde cualquier lugar, las veinticuatro horas del día, mediante una interfaz de Internet. Con el desarrollo de sistemas multimedia, las partes también podrán llevar a cabo reuniones en línea, reduciendo en gran medida los gastos de viaje y los costos de organización.

En lo que hace específicamente a las comunicaciones electrónicas por videoconferencia, ya sea durante el desarrollo de audiencias en el proceso, o como método alternativo de solución de conflictos (negociación, mediación, conciliación,) suele afirmarse que las expresiones orales de sentimientos en una confrontación cara a cara tienen un contexto más rico y más significativo que las expresiones escritas de sentimientos en un intercambio de correo electrónico o a través de cámara web. De este modo, resulta más difícil evaluar la flexibilidad de una parte determinada, o la confianza, o la fuerza de los sentimientos de una persona. El juez no podría advertir los gestos, o el cambio del timbre de la voz durante un interrogatorio.

ISSN 1851-3069

Así por ejemplo, en la ciber-mediación, algunos autores han argumentado que la falta de presencia personal puede hacer más difícil para el mediador mantener un control efectivo sobre las partes negociadoras. El mediador, por lo menos al principio, es una voz desencarnada y no puede utilizar su propia personalidad física para poner las partes a gusto y crear un entorno para la solución del problema. Del mismo modo, ausente la presencia física de las partes enfrentadas, el mediador tiene dificultades para utilizar las señales intuitivas de lenguaje corporal, la expresión facial y la tonalidad verbal que forman parte de procesos de mediación cara a cara.

No resulta novedoso afirmar que la tecnología se desarrolla a pasos agigantados, y cada vez se perfeccionan los sistemas de comunicación en línea. No dudamos que ya estamos en condiciones de advertir los gestos, expresiones, la voz cuando nos comunicamos electrónicamente por medio de una cámara web, y no dudamos tampoco que esa tecnología, ya disponible, se irá perfeccionando cada vez más hasta prácticamente eliminar cualquier sensación de distancia física entre las partes.

No obstante esta afirmación, tampoco vemos inconveniente en la aplicación de la videoconferencia en su formato actual, en virtud al adelanto significativo que representa frente a la alternativa de tener que enviar el interrogatorio en "forma escrita" al juez requerido para que tome el testimonio y lo remita al juez interviniente, siendo que en este caso no existe posibilidad alguna de que el juez requirente advierta los referidos gestos, cambios de tono o expresión, de la transcripción efectuada por la autoridad requerida.

V.- Hacia la informatización del Poder Judicial en la Argentina[12]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación creó en diciembre de 2007 la Comisión Nacional de Gestión Judicial, encabezada el presidente del Máximo Tribunal, Ricardo Lorenzetti e integrada por jueces de todo el país.

El objetivo principal de la gestión judicial es la modernización total del Poder Judicial, y la Comisión es la dependencia encargada de delinear políticas estratégicas y planes operativos que, mediante la incorporación de nuevas tecnologías y criterios de gestión, impulsan el rediseño de la organización del Poder Judicial.

El paradigma propuesto reconoce a la gestión judicial como una herramienta de apoyo a la labor de los jueces, así como también la búsqueda de una mejora continua en el trabajo que cumplen magistrados, funcionarios, empleados, auxiliares y abogados.

A partir de estos principios, los objetivos de la gestión judicial se centran en los siguientes ejes:

- Gestión administrativa organizacional - Rediseño de procesos
- Coeficiente de gestión judicial
- Firma digital

[12] La información relativa a los adelantos tecnológicos en el Poder Judicial de la Nación, fue extraída del Sitio Oficial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, http://www.pjn.gov.ar consultado periódicamente durante la investigación en curso.

ISSN 1851-3069

• Notificación electrónica

Para el logro de dicho fin, podemos reseñar a modo de ejemplo, algunas medidas que se han adoptado gradualmente, mientras avanzan las tareas que lleva adelante la Comisión Nacional de Informática, integrada por especialistas en tecnología de la información de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de la Magistratura, con el objetivo de adquirir tecnología de avanzada para el plan de informatización del Poder Judicial de la Nación.

Estos nuevos planes de gestión judicial son proyectos encarados en numerosos tribunales que buscan modernizar el servicio de justicia brindado a los ciudadanos. Paralelamente, la Corte implementa un Plan Nacional de Gestión para mejorar la administración interna de los juzgados. Desde las notificaciones electrónicas hasta la consulta online de expedientes, los tribunales de todo el país conciben un nuevo concepto de gestión judicial, enfocado en modernizar el servicio de justicia que se brinda a los ciudadanos y acelerar los plazos para resolver juicios.

En palabras del presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ricardo Lorenzetti, "Hay que transformar internamente el Poder Judicial, incorporar criterios de gestión, porque la que tenemos es del siglo XVII. Estamos trabajando para que esa gestión, que apunta al cambio cultural, sea también respaldada por la tecnología".

V. a.- La digitalización de causas en la justicia nacional

Desde abril 2010, los juzgados 1, 55, 62, 75 y 100 del fuero Civil de la Capital Federal comenzaron con una prueba piloto de digitalización de diez expedientes cada tribunal, cuyo contenido puede consultarse por Internet.

En tanto, los juzgados civiles 1, 46, 75, 94 y 107 implementaron un mecanismo para recibir escritos judiciales por correo electrónico. También se trata de una experiencia piloto, que habilita a los abogados a ingresar escritos de mero trámite (artículo 160 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) y oficios, testimonios, edictos y mandamientos para su confronte, eventual corrección, impresión, firma y comunicación.

El sistema funciona así: el profesional envía la presentación vía correo electrónico a la casilla institucional del juzgado, el escrito se imprime y se adjunta al expediente. Incluso, puede ser remitido en día inhábil, aunque será incorporado en horario judicial.

Además, en caso de que al momento del confronte del oficio, mandamiento o testimonio realizado por el juzgado se detecte un error u omisión, el mecanismo permite su corrección electrónica inmediata, evitándose así las demoras que acarrea realizar los ajustes por parte de los abogados.

Más allá de agilizar el trámite de los procesos judiciales, el sistema también favorece la reducción de los costos para las partes de la utilización del papel -aunque no reemplaza por completo su uso en el expediente-, y permite el envío de las presentaciones desde cualquier dispositivo electrónico sin necesidad de concurrir a tribunales descongestionando así el funcionamiento de las mesas de entradas.

ISSN 1851-3069

A su turno, en febrero de 2010 comenzó una prueba piloto entre el Registro Oficial de la Nación, organismo dependiente de la Secretaría Legal y Técnica, y la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, que permite a los tribunales enviar edictos por medio de correo electrónico al Boletín Oficial. El nuevo método que reemplaza el papel, con el consecuente ahorro de costos, agiliza notablemente los tiempos de los procesos.

Se trata de un proyecto impulsado por la Comisión Nacional de Gestión Judicial que se puso en marcha el 30 de noviembre de 2009, cuando la Corte Suprema firmó un convenio con el Registro para tal fin.

V. b.- La transformación tecnológica del Poder Judicial

Como es fácil de suponer, todas las medidas adoptadas en pos de la despapelización del Poder Judicial para brindar un mejor y más rápido acceso a la justicia requiere de un equipamiento y sistema informático acorde. Tendientes a su adquisición se adjudicaron las licitaciones para la construcción de un data center y para el equipamiento de electrónica en comunicaciones, con tecnología de última generación y sistemas de seguridad informática, firma digital y notificaciones digitales.

Se trata de un avance central en lo que es el programa de transformación informática más importante de toda la historia del Poder Judicial, con el que se busca lograr una justicia más rápida y más transparente en el modo en que gestiona, en beneficio de la comunidad.

El "Data Center" se trata de una obra de ingeniería civil para readecuar el edificio de calle Lavalle 1240 y la construcción, en el mismo inmueble, de un ambiente tecnológico de máxima seguridad, denominado "Sala Cofre".

Esta construcción permitirá la provisión de un servicio centralizado para todos los tribunales y dependencias del Poder Judicial de la Nación, con criterios ecológicos y de mejor eficiencia en el gasto, tanto térmico como eléctrico, al tiempo que albergará la más alta tecnología de procesamiento y almacenamiento, manteniendo a resguardo los activos tecnológicos de contingencias físico ambientales (fuego, calor, agua), asegurando la disponibilidad y continuidad operacional de las actividades informáticas judiciales.

Estos trabajos se completan con un plan de equipamiento tecnológico, cuestión que a las claras resulta más que fundamental para el logro del objetivo de actualización y modernización de la justicia argentina. La provisión de moderno equipamiento es de suma importancia para el funcionamiento de las comunicaciones y sistemas en uso para la red del Poder Judicial de la Nación. Ello facilitará el tráfico de información con la incorporación de nuevos servicios, como videoconferencias y grabación digital de audiencias, dando adecuada garantía de seguridad en las comunicaciones.

V. c.- Sistema judicial de notificaciones electrónicas

Con el objetivo de acelerar los procesos judiciales y la clara y decidida intención de reducir el tiempo ocioso que demandan las notificaciones efectuadas por cédulas, se puso en marcha el Sistema de

ISSN 1851-3069

Notificaciones Electrónicas de resoluciones judiciales del fuero civil en cuatro juzgados de la Capital Federal, a partir del cual el abogado podrá elaborar sus cédulas vía Internet y notificarlas por esa medio al juzgado y a su contraparte. La finalidad del proyecto no es eliminar totalmente la utilización del soporte papel para notificaciones, pero si limitar su uso a los casos de absoluta necesidad. En principio, el sistema sólo puede ser utilizado en actuaciones ante los juzgados 1, 46, 74 y 94. Próximamente se extenderá a todo el fuero.

Es una herramienta de fácil utilización y calificada como "revolucionaria", por romper con un mecanismo de trabajo muy apegado al papel, en donde las notificaciones insumen la mayor parte del tiempo útil de cualquier juicio, ya que se estima que en Capital una cédula demanda 10 días del proceso y en provincia de Buenos Aires, entre tres o cuatro meses, lo que hace que el 70% en promedio del tiempo judicial sea consumido por esas comunicaciones. El convenio de adhesión que se encuentra disponible en la página Oficial del Poder Judicial[13].

Una vez dictada la resolución por el juzgado interviniente, ésta se enviará a un servidor especial, que dispara un e-mail a la casilla de correo del abogado de la parte a la que se va a notificar. Ese e-mail le avisa que tiene una notificación pendiente en el sistema. El letrado puede ingresar o no al servidor con su contraseña. Si lee el correo electrónico, queda notificado y el sistema dispara un comprobante para el juzgado.

Su funcionamiento es sencillo.

a) El abogado confecciona una cédula para enviarla al juzgado o a su contraparte.

b) La cédula se envía al destinatario deseado y su receptor obtiene el aviso en la casilla de mail mediante un correo electrónico, informado oportunamente en el convenio.

c) El receptor de la notificación debe ingresar al sistema para efectuar su recepción efectiva. d) El sistema maneja los plazos convencionales establecidos para la recepción de cédulas. Vencido dicho plazo, la notificación se considera tácitamente recibida. Los adherentes se comprometen a ingresar en la página web al menos los martes y viernes (o el día siguiente hábil, si alguno de ellos fuera feriado), para controlar la existencia de notificaciones pendientes. De lo contrario, se prevé que el emplazado quedará notificado automáticamente de todas aquellas comunicaciones que tengan cinco días de ingresadas en el buzón personal del usuario.

e) La notificación cumplida de esa forma será informada automáticamente por la página web al tribunal y surtirá los mismos efectos que aquella que fue debidamente controlada por el destinatario en tiempo oportuno.

VI.- La actualización normativa

La realidad impone que el sistema jurídico que regule estas nuevas formas de relaciones sociales, comerciales y culturales vea reflejado dichos cambios y se adecue a brindar un cuerpo normativo actualizado, y que contemple la nueva realidad de comunicación social.

ISSN 1851-3069

Es por ello que, ya hace varios años, en nuestro país se han adoptado algunas normas para la adopción y regulación del uso de los medios electrónicos en las relaciones jurídicas. Podemos citar así la ley 25.506 sobre firma digital que han dado a su vez motivo a interpretación judicial diversa.

Siguiendo este criterio el Proyecto de Reforma para la unificación de los Códigos Civil y Comercial contempla el uso de medios electrónico en relación a la forma y prueba del acto jurídico. Así entre otras disposiciones retoma el principio de libertad de forma (art. 284) ya establecido en el Código de Vélez (art. 1181)[14].

Con respecto al concepto de "expresión escrita", el artículo 286 prevé, en lo que aquí nos importa resaltar, que la expresión escrita puede establecerse por instrumentos públicos, o particulares firmados o no firmados, "puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos".

ARTÍCULO 288.- Firma. La firma prueba la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo.

En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método que asegure razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento.

Parece acertado en este punto la adopción de la teoría de la equivalencia funcional –que desarrollaremos más adelante- que parte de la premisa que cuando un medio electrónico pueda cumplir con el objetivo buscado al establecer un requisito legal, ese medio electrónico es el equivalente funcional al medio tradicional. Asimismo, la expresión "cualquier soporte" nos permitirá adaptar la aplicación de la norma al vertiginoso avance de la tecnología.

Por otra parte el artículo 287 establece que los instrumentos particulares si lo están firmados, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.

En este punto se advierte un concepto amplio de "documento" bajo la denominación de instrumento privado reconoce diversos medios de registro.

VII.- La prueba en el proceso judicial electrónico.

Hemos destacado que en el ámbito internacional y del derecho comparado, el avance de la tecnología no solo ha revolucionado la forma de comunicación desde un aspecto social, sino que también ha incursionado en los distintos mecanismos de solución de conflictos, aún dentro del ámbito estatal revolucionado los sistemas probatorios.

---

[13] http://www.pjn.gov.ar/ Consultado Diciembre 2012.

[14] Artículo 1181: "La forma de los contratos entre ausentes, si fueren hecho por instrumento particular firmado por una de las partes, será juzgada por las leyes del lugar indicado en la fecha del instrumento. Si fuesen hechos por instrumentos particulares firmados en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, su forma será juzgada por las leyes que sean más favorables a la validez del contrato".

ISSN 1851-3069

La aplicación de las nuevas tecnologías como medios de prueba ha sido reconocida por la jurisprudencia estatal admitiendo la validez de los documentos electrónicos que terminan siendo equiparados legislativamente a los documentos en papel. El avance de la tecnología ha revolucionado los sistemas probatorios.

Vemos como, en los procedimientos judiciales se ha otorgado valor probatorio del acuerdo de partes, al correo electrónico, y asimismo, se han implementado mecanismos alternativos de solución de conflictos que se desarrollan completamente en un contexto virtual: los llamados on line dispute resolutions.

Advertimos como, las normas de fuente interna y convencional se van adaptando, modificando adecuarlas en diversos aspectos a los avances de la tecnología.

Por ejemplo el "criterio del equivalente funcional" aplicado a los requerimientos probatorios de presentación de un documento original, de la escritura, o de la firma, está basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel o la firma, con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con las técnicas del comercio electrónico. La adopción de este criterio pretende no dar lugar a que se impongan normas de seguridad más estrictas a los usuarios de medios electrónicos, que las aplicables a la documentación consignada sobre papel, obstaculizando su utilización y originando mayores costos.

El criterio de la equivalencia funcional fue plasmado en la Directiva nº 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico[15], que sirvió de base para las normas internas de diversos Estados.

En el ámbito del Mercosur, la Resolución 37/2006 reconoce eficacia jurídica de los documentos electrónicos, firma electrónica y firma electrónica avanzada e iguala el documento electrónico al documento escrito (art. 4). Para el reconocimiento mutuo de firmas electrónicas y de certificados requiere la celebración de Acuerdos entre los Estados Miembros, y en esas condiciones les otorga iguales efectos jurídicos y probatorios (arts. 5 y 6). A su turno, impone un sistema de acreditación y control de los prestadores de servicios de certificación y establece responsabilidades (art. 7) y contempla cuestiones tales como la protección de datos personales (art. 10).

Es así como el empleo de las tecnologías en todas las relaciones humanas y también en los mecanismos para solucionar los conflictos emergentes de tales relaciones, ha provocado un cambio de actitud respecto a los medios de prueba en las distintas etapas de proceso. Así:

VII. a.- Documentos:

Se advierte fácilmente la importancia que revisten los documentos como medios de prueba a fin de acreditar determinadas situaciones, especialmente a la hora de relacionar una expresión de voluntad, una

[15] El artículo 9 de la LMCE relativo a la admisibilidad y fuerza probatoria del mensaje de datos establece que en todo trámite legal, no se dará aplicación a regla alguna de la prueba que sea óbice para la admisión como prueba de un

ISSN 1851-3069

comunicación con una persona determinada. La aplicación de las nuevas tecnologías como medios de prueba ha sido reconocida por la jurisprudencia admitiendo la validez de los documentos electrónicos que terminan siendo equiparados legislativamente a los documentos en papel. Así también ha otorgado valor probatorio del acuerdo de partes al correo electrónico.

La jurisprudencia argentina adoptó criterios diversos respecto a la validez de comunicación electrónica, reconociendo su valor probatorio o como principio de prueba por escrito, o considerándola insuficiente en valoración de otros elementos de prueba existentes.

A modo de ejemplo, se reseñan los siguientes casos:

Unión del Sur Calzados S.A. c/ Salvarregui, Nicolás J. Roberto y Otro s/ Ordinario.[16]

En este proceso, la Cámara Comercial entendió que "el mensaje electrónico al cual se refiere el demandado, refleja que cotizó el transporte de la mercadería indicando que la empresa que cumpliría el mismo sería 'Di Canalli'.- La índole de la actuación de Salvarregui quedó reflejada con el contenido de la referida comunicación, pues allí expresó 'solo quedo a la espera de los datos para hacer contacto con los exportadores y comenzar esta nueva etapa de trabajo contigo…".

También que: "Al mentado correo electrónico cabe conocerle plena eficacia probatoria entre la actora y el codemandado Salvarregui, ya que éste, si bien en su escrito de contestación de demanda negó su autenticidad, luego se sirvió de él para excepcionar su legitimación para ser demandado. Es que corresponde asignarle a los mensajes electrónicos la misma eficacia probatoria que de conformidad con el CCiv., 1190:2, se le asigna al fax, como principio de prueba por escrito (CNCom., sala C, in re 'Zachara, Ivone E. y otro c/Banco Itaú Buen Ayre S. A.' del 09-02-07); ello lo confirma el hecho de que la doctrina los analiza conjuntamente…".

Más adelante se agrega: "…En el caso, los términos de la contratación deben extraerse del contenido del intercambio de correos electrónicos entre la actora y el codemandado Salvarregui, y de la carta de porte emitida por la codemandada 'Di Canalli'. Del correo electrónico del 08-03-04 (fs. 648) emerge que la actora solicitó '…cotización del flete San Pablo-Buenos Aires con seguro incluido… Dicho correo electrónico fue contestado por Salvarregui el mismo día en los siguientes términos…" (del voto del Dr. Bargalló).

De los párrafos transcriptos de la sentencia se observa que el tribunal se basó en el intercambio de correos electrónicos entre las partes, para tener probada la existencia del acuerdo, como así también la naturaleza de las obligaciones asumidas, a pesar del intento de la demandada de negarle valor probatorio a dichos mensajes de texto[17]. Pero como puede advertirse, la parte demandada también había alegado la existencia de dichos correos electrónicos.

---

mensaje de datos por la sola razón de ser tal, o de no haber sido presentado en su forma original, de ser ese mensaje la mejor prueba que quepa razonablemente esperar de la persona que la presenta.

[16] CNCom., sala E, 28/11/08, Unión del Sur Calzados S.A. c. Salvarregui, Nicolás J. Roberto y otro s. ordinario

[17] RODRIGUEZ, Mónica Sofía: "Arbitraje e Internet – II Parte" p. 4/5, Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración". Editorial Albremática. elDial.com

ISSN 1851-3069

Baires Inter Trade SA C/ Otro Mundo Brewing Company SA S/ Medida Precautoria[18]

El magistrado en primera instancia entendió "no probado en forma consistente, este último negocio, lo cual restaba verosimilitud al derecho invocado por Baires Inter Trade S.A." La actora había presentado como prueba un e-mail atribuido a un tercero cuya autenticidad no había sido constatada, y admitió que sólo contaba con tal elemento probatorio para abonar sus dichos, por haber sido "puenteado" por las partes.

La Cámara sostuvo que: "… más allá de la referida situación fáctica, la actora no aportó argumento alguno que permita superar la insuficiencia probatoria que indicó la señora Juez a quo. La provisión de un e-mail que habría sido remitido por un tercero ajeno a las partes (presunto operador logístico de "Air Sea Broker S.A."), amén de la ausencia de signos o elementos que demuestren su autenticidad, constituye una pieza inconsistente a los fines pretendidos. La realización de un embarque, en el que pueden intervenir tanto sujetos de derecho privado cuanto públicos, no puede considerarse probado con una misiva de correo electrónico, cuando el pretensor cuenta con vías de mayor idoneidad para su prueba. Ello es así, además, porque no cabe, como regla asignar valor probatorio a un correo electrónico que no cumple con los requisitos de los arts. 2 y 5 de la ley 25.506 sobre "firma digital" (Conf. CNCom, Sala A, 27/6/06, "Coop. de Viv. Cred. y Cons. Fiduciaria Ltda. c/ Becerra Leguizamón, H." LL 24/10/06, fallo nº 110.898) ya que el elemento de autenticación o certificación es un requisito esencial en la formación del denominado documento electrónico (conf. esta Sala D, causa 7611/03 "Henry Hirschen y Cia. S.A c/ Easy Argentina SRL s/ ordinario", sentencia del 16/2/2007; Nieto Melgarejo, P., Derecho del Comercio Electrónico, Lima, 2005, ps. 126/127)".

Bunker Diseños S.A. c/ IBM Argentina S.A.[19]fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D

El Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial N° 1, Secretaría N° 1, condenó a la demandada al pago de una indemnización por daño moral y material ocasionado por la intempestiva interrupción de las negociaciones preparatorias a la concreción definitiva del contrato, consideró que se trató de responsabilidad precontractual por haber existido una confirmación previa que justificó el inicio en la fabricación de los gabinetes por la actora.

Se otorgó a los correos electrónicos enviados entre las partes, suficiente aptitud probatoria de la existencia de las tratativas alegadas por la actora; además tuvo por probado que era un medio por el cual las partes comúnmente acordaban la realización de trabajos, lo que constituía una costumbre entre ellas.

La sentencia de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, confirmó el decisorio, mas considerando que el correo electrónico presentado como prueba no constituía un

[18] CNCOM SALA D – 04/10/2007. Baires Inter Trade SA C/ Otro Mundo Brewing Company SA S/ Medida Precautoria. 41664/2007.
[19] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D. Bunker Diseños S.A. c/ IBM Argentina S.A.

ISSN 1851-3069

documento electrónico –ni un documento privado- por carecer de firma digital, y que por no poseer el requisito de autenticidad, no se le podía otorgar un valor probatorio preeminente. Sin embargo, ello no resultó obstáculo para que lo admita como principio de prueba por escrito, de conformidad con lo normado por los artículos 1190, 1191 y 1192 del Código Civil; el correo provenía del adversario y junto con el resto del material probatorio hizo verosímil el hecho litigioso. Resultó determinante para tal decisión la forma en la que se identificó al iniciador del correo electrónico y el contexto en que el mensaje se originó.

Palau Pel S.L. c/ Volgrande S.A. s/ Cobro de sumas de dinero.

A su turno, en la justicia de la Provincia de Buenos Aires se ha sostenido que "Usualmente, el telegrama y el fax, previstos por la propia Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980), en su art. 13, y también el correo electrónico, comportan los medios operativos para exteriorizar y transferir la voluntad de la parte, reproduciendo a distancia el contenido de su declaración, instrumentándose habitualmente de este modo así el contrato y sus condiciones".[20]

Municipalidad de Alberti c/ Unilever de Argentina S.A. s/ Apremio

En otra causa se contempló la publicación en Internet como medio idóneo de publicidad del acto. Así se estableció que "el Intendente municipal debe optar, forzosamente, por un medio de prensa para dar a publicidad la norma, pudiendo ser oficial (v.g. una gaceta municipal) o privado, y además que se trate de un medio escrito, dado que es la única forma para que quede registrada para su consulta por parte de los interesados y de sus destinatarios. Incluyo, en una interpretación dinámica del texto constitucional, a la publicación de la norma por un sitio accesible de internet, siempre que no se "borre" de la página web respectiva mientras esté vigente", (el resaltado no es del texto).[21]

VII. b.- Audiencias:

Dentro de las nuevas aplicaciones tecnológicas a la fase probatoria del proceso de solución de conflictos, se destaca por su inmediatez y fiel respeto al principio de contradicción el uso de la videoconferencia, resultando el interrogatorio de las partes, testigos, peritos, etc., una fase esencial del proceso.

La videoconferencia posibilita la comunicación de imagen y sonido en tiempo real entre dos puntos distantes, creando una "reunión virtual" entre personas participantes donde la distancia física deja de ser un impedimento. El uso de la videoconferencia, es posible tanto en la mediación, en la conciliación

[20] Expediente Palau Pel S.L. c/ Volgrande S.A. s/ Cobro de sumas de dinero. Mag. votantes: Scarpati-Mares. CC0002 SM 60697 RSD-226-8 S 5-9-2008, Juez SCARPATI (SD).

[21] Expediente Municipalidad de Alberti c/ Unilever de Argentina S.A. s/ Apremio Mag. votantes: Ibarlucía-Sanchez. CC0001 ME 112767 RSD-182-9 S 17-9-2009, Juez IBARLUCIA (SD).

ISSN 1851-3069

o en el proceso judicial ya sea en la fase de audiencia con las partes, como para interrogar a testigos o ratificar el informe de peritos.

El beneficio de su uso para el proceso es evidente al evitar los desplazamientos de los involucrados de los profesionales, quienes pueden atender desde su empresa o estudio jurídico la resolución del conflicto.

En el ámbito interno comparado el Dr. Ribón Seisdedos –abogado especialista en protección de consumidores y usuarios- sostiene que la videoconferencia puede tener un gran valor en el arbitraje telemático de consumo, extendiendo el arbitraje de consumo para no limitarlo al territorio de ubicación física de las 73 Juntas arbitrales existentes en España[22].

La Corte Suprema de la Nación argentina sostiene que desde el punto de vista técnico, la reglamentación del sistema de videoconferencia en el proceso judicial tiene como objetivo fundamental dotar de seguridad al nuevo sistema, y a tal fin corresponde establecer los aspectos instrumentales de su aplicación.

Por otra parte, desde el punto de vista sustancial, se ha considerado especialmente que la realización de la audiencia por videoconferencia trae como consecuencia una innovación en la práctica actual de las audiencias a diligenciarse en caso que no sea oportuno o posible que quien deba comparecer, sea en calidad de imputado, testigo o perito, acuda personalmente a la sede del tribunal. En tal caso, las reglas prácticas de esta nueva modalidad de videoconferencia en causas en trámite en los juzgados, tribunales orales y cámaras de apelaciones, nacionales y federales del Poder Judicial de la Nación, dispondrán los pasos a seguir para su realización, brindando asimismo, la tranquilidad y confianza que todos los involucrados necesitan frente a la utilización de nuevas modalidades dentro del proceso.

Por estas razones, en el anexo I de la Acordada 20/2013, que establece las reglas prácticas para la aplicación de videoconferencias en causas en trámite se dispuso que "cuando una persona que se halle fuera de la jurisdicción de un tribunal deba comparecer como imputado, testigo o perito, en caso de que no sea oportuno o posible que acuda personalmente en la sede del tribunal, este podrá disponer que la audiencia se realice por videoconferencia; siempre que no exista oposición fundada, la que será resuelta previa intervención de las partes intervinientes".

Las solicitudes de audiencia por videoconferencia deberán contener el motivo por el que no es oportuna o posible la comparecencia física del imputado, testigo o perito.

La oposición al desarrollo de la audiencia por el sistema de videoconferencia puede estar motivada en diversas causas, sean ellas de tipo técnicas, personales o procesales, que no están detalladas ni limitadas en esta norma. No obstante dicha oposición puede ser motivo del rechazo fundado del tribunal, previa intervención de las partes involucradas.

Resulta interesante que, a fin de aportar claridad al sistema reglamentado, se recurrió, en el punto 2 del referido anexo a establecer calificaciones autárquicas de algunos términos utilizados, y así se define:

[22] RIBÓN SEISDEDOS, Eugenio: "Marco jurídico español del comercio electrónico". Bilbao. 22 de septiembre. 2005.

ISSN 1851-3069

a) tribunal requirente, estableciendo que será el tribunal que recibirá la audiencia por medio de videoconferencia y b) "extremo requerido, que comprende al lugar que dispondrá el equipo de videoconferencia en el que se situará al compareciente.

Se establece que son recintos técnicamente habilitados para desarrollar videoconferencias, las Salas de Audiencias de los tribunales orales nacionales y federales de todo el país, las salas de audiencias de las Cámaras Federales con asiento en provincias, los juzgados federales con asiento en provincia que cuenten con equipamiento de videoconferencia y las salas de audiencias con equipamiento de videoconferencia ubicadas en ámbitos del Consejo de la Magistratura. Podrán, sin embargo utilizarse otros recintos, pero se requiere la previa verificación y aprobación del equipamiento y conectividad a utilizar por parte de la Dirección General de Tecnología dependiente de la Administración General del Poder Judicial, para garantizar el desarrollo adecuado de la audiencia.

Para que el tribunal requirente pueda disponer la realización de la audiencia por videoconferencia, ambos extremos deben contar con los medios técnicos necesarios para llevarla a cabo, lo cual incluye una conexión segura, requisito que debe ser verificado por la Dirección General de Tecnología dependiente de la Administración General del Poder Judicial.

Atento a ello, el tribunal en forma previa a disponer la celebración de la audiencia mediante videoconferencia deberá coordinar con el extremo requerido, la factibilidad de su realización, y deberá comunicar el requerimiento a la DGT de la Administración General del Poder Judicial, indicando:

a) Tribunal requirente
b) Extremo requerido
c) Fecha de inicio y finalización de la audiencia
d) Horario de inicio estimado
e) Duración de cada jornada o del evento
f) Datos de contacto del extremo requerido
g) Datos de contacto del tribunal requirente
h) Cantidad de comparecientes

Una vez dispuesta la celebración de la audiencia, el tribunal requirente citará a declarar a la persona de que se trate, con arreglo a los procedimientos establecidos en las normas procesales, notificando la audiencia a las autoridades que correspondan del extremo requerido y al funcionario asignado para estar presente en el recinto en el extremo requerido, a fin de garantizar la regularidad del acto y asistir a la realización de la audiencia.

La audiencia será efectuada directamente por el tribunal requirente o bajo su dirección.

El funcionario designado para la ejecución de la audiencia deberá estar presente en el recinto dispuesto en el extremo requerido durante su desarrollo. Será responsable asimismo de identificar a la persona que comparezca y de velar por el respeto de los principios fundamentales del proceso. Asimismo, estará a cargo de adoptar las medidas necesarias para el registro del acto y su resguardo. En el registro se indicará la fecha y lugar de la audiencia, la identidad de la persona del compareciente, la identidad y calidad

ISSN 1851-3069

de cualesquiera otras personas que haya estado presente en la audiencia, las prestaciones de juramento, en su caso, las condiciones técnicas en las que se haya tomado la declaración, y deberá dejar constancia de cualquier otra circunstancia que considere relevante. Finalizado el acto, la autoridad competente del extremo requerido remitirá dicho documento al tribunal requirente.

Como es de esperar, se establece que las presentes reglas prácticas se aplicarán con respecto de la normativa procesal vigente y se garantizará la plena efectividad de los principios de contradicción y defensa eficaz. Por ello, si considera que durante la audiencia se están infringiendo las normas procesales u otra disposición, adoptará inmediatamente las medidas necesarias para conformar, a dichos preceptos, la continuidad de la audiencia.

El tribunal requirente y el funcionario designado para la audiencia, garantizarán la adopción de las medidas necesarias para la protección del compareciente, quien tendrá los mismos derechos que le asisten en una audiencia presencial.

Si resultare necesario, a solicitud del tribunal requirente o del compareciente, el funcionario designado se encargará de que la persona cuente con asistencia letrada.

Es así que si el compareciente tuviere representación letrada y no se encontrasen en el mismo lugar, deberán poder comunicarse en privado, por cuanto deberá disponerse de un medio de comunicación seguro a teles fines, que garantice la confidencialidad. Por esta razón, el equipo necesario debe instalarse de tal modo que quede claramente separado del lugar en que se encuentren las demás partes en el procedimiento judicial.

A fin de posibilitar el correcto desarrollo de la audiencia y evitar inconvenientes, deberá explicarse a las partes con antelación el modo de proceder para solicitar la palabra en concordancia con las normas procesales que correspondan.

Conclusión:

El avance de la ciencia, la industria y la tecnología da nacimiento a diversas situaciones y figuras novedosas que parecerían, en un principio, estar ajenas a toda normativa y regulación posible, lo que tienta a la doctrina a considerar categorías sui generis afirmando la existencia de vacíos legales, lagunas normativas, sean ellas sustantivas o formales.

Varias voces de alarma se oyen respecto a cuestiones de identidad de las partes, inalterabilidad de los despachos y actuaciones, la posible violación de cuestiones relacionadas a la defensa en juicio y la seguridad jurídica. Sin embargo, muchas de las situaciones, relaciones, que parecen a simple vista no contar con regulación expresa, solo requiere agudizar el ojo de análisis, y adecuar a la nueva tecnología empleada los principios y soluciones antes desarrollados y ampliamente probados.

Hemos sostenido antes de ahora que resulta apropiada la elaboración de instrumentos específicos en la materia que contemplen las particularidades propias de estos nuevos medios de comunicación, por cuanto no dudamos en propiciar la puesta en marcha de una política coherente de uso, desarrollo y

ISSN 1851-3069

aplicación de las TIC's., con una legislación que regule su utilización en forma flexible que debe prever el avance y actualización constante de las nuevas tecnologías.

Ello requiere el establecimiento de un adecuado sistema de infraestructura digital, entendiéndose por tal el conjunto de leyes, normativa legal complementaria, hadware, software, bases de datos, redes, procedimientos de seguridad, etc., que permiten que distintas organizaciones e individuos, se identifiquen entre sí de manera segura al realizar transacciones en redes.

Sin pretender en esta oportunidad, ahondar en el análisis de este punto, nos hacemos eco del interrogante oportunamente planteado en el ámbito del Ministerio de Obras Públicas del Gobierno de Chile, en relación a ¿cómo asegurar el respeto efectivo del principio de neutralidad tecnológica en la elección entre software libre y software propietario o licenciado? Dado el volumen de inversión asociado al pago de las licencias y contratos de mantención, así como la repercusión de las decisiones en la gestión, es primordial una respuesta efectiva a esa interrogante[23] [24].

Las normas que se elaboren tendientes a la regulación de los mecanismos de comunicación electrónicos, digitales a la vez de ser precisas, deben ser lo suficientemente amplias, flexibles como para prever y aceptar los cambios en los medios de comunicación, en tanto garanticen igual o superior grado de seguridad que los medios tradicionales.

A su turno la normativa elaborada por el Estado, no debe circunscribirse a la óptica local, a la regulación en base a los criterios nacionales, sino que por el contrario, debe tender a la armonización legislativa, teniendo en cuenta los informes, avances que en la materia realicen los organismos internacionales y se plasmen en el derecho comparado. Lo contrario, sería someter al país al aislamiento[25].

De diversas conversaciones, entrevistas y debates entablados con usuarios de los sistemas electrónicos y los profesionales, se advierte, frente a la posibilidad de utilización de medio electrónicos, mayor desconfianza en los últimos en cuestiones tales como la seguridad jurídica, el fraude a la ley, el reconocimiento de la prueba electrónica, entre otras, que ponen en duda la capacidad y factibilidad de dar, cumplimiento a las garantías del debido proceso legal.

Muchos abogados suponen la imposibilidad, en las condiciones actuales, de dar un marco jurídico apropiado al procedimiento electrónico que permita, por ejemplo, el desarrollo adecuado del expediente judicial, a pesar de que, según vimos, en este rumbo están empeñados los esfuerzos de la Cortes Supremas

[23] "Neutralidad tecnológica y selección de software en el Ministerio de Obras Públicas" – Documento de Trabajo. Versión preliminar 2009. Gobierno de Chile – Ministerio de Obras Públicas. http://especiales.mop.gov.cl/floss/wp-content/uploads/2009/08/neutralidad_software_MOP_2009.pdf

[24] En igual sentido la ley nº 18.600 "Documento Electrónico y Firma Electrónica Artículo" en el artículo 3º) determina que los actos y negocios jurídicos realizados electrónicamente, las firmas electrónicas o firmas electrónicas avanzadas y la prestación de los servicios de certificación, se ajustarán a los siguientes principios generales: A) equivalencia funcional; B) neutralidad tecnológica; C) libre competencia; D) compatibilidad internacional; y E) buena fe, sin que la enumeración tenga carácter taxativo.

[25] Rodríguez, Mónica Sofía: "Los avances tecnológicos y la solución de conflictos: Una mirada desde la justicia estatal y privada". Trabajo elaborado en el marco del proyecto de investigación sobre "Resolución electrónica de Conflictos en el ámbito nacional e internacional: Avances hacia la implementación del expediente electrónico", (UCES - período 2011-2012).

ISSN 1851-3069

tanto de la Nación argentina como de las provincias en la mejora del servicio de justicia dentro de un plan general de gestión judicial que incluye la informatización del Poder Judicial de la Nación.

En el marco de la investigación desarrollada en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, hemos intentado corroborar, cómo en un contexto electrónico, es posible el intercambio seguro de la información, la celebración del contrato electrónico, la solución de conflictos, la realización de la etapa probatoria, audiencias, con las mismas garantías, certezas, seguridades que en un procedimiento cara a cara.

Estoy convencida de que la aceptación de las nuevas tecnologías, sus efectos jurídicos y su incorporación al ámbito judicial es una necesidad imperiosa dada, entre otras razones, por la situación de los edificios, la dificultad de acceso tanto para los justiciables como para los profesionales intervinientes, la cantidad de expedientes en trámite, la situación de las causas en archivo, y podemos seguir enunciando las razones que están dadas por la situación específica y general de la justicia argentina en estos momentos.

También considero que las dificultades y desconfianzas que podemos plantearnos hoy frente a las comunicaciones electrónicas y su posibilidad de regulación eficiente, no deben ser muy distintas a las dificultades y desconfianzas que podían existir en la época de regulación del procedimiento judicial o de la sanción del Código de Vélez cuando se dispusieron las reglas aplicables a la celebración de los contratos a distancia mediante correo postal, o las pautas reguladoras del comercio internacional, en una época en la que los medios de comunicación y de transporte distaban mucho de ofrecer la celeridad y seguridad de hoy en día.

Muchas de esas pautas y criterios, continúan vigentes y pueden ser aplicables, más que con una actualización jurídica, con una actualización de mentalidad.

No temerle a los cambios, intentar afrontar nuevos desafíos y resolver situaciones novedosas es obligación de todo hombre de ciencia.

Los profesionales del derecho deben buscar como adecuar las soluciones conocidas a los problemas que se plantea el avance tecnológico, que considero, no son nuevos, solo se plantean en un contexto diferente.

La actividad privada de manera temprana advirtió las ventajas de los procedimientos de solución de conflictos on line, y los centros especializados, lejos de detenerse en los obstáculos, buscaron dar las seguridades y garantías necesarias a los usuarios, reclamando a los expertos en sistemas informáticos, la creación de aplicativos necesarios para el logro de dichos cometidos.

Así contamos hoy con la posibilidad de firmar digitalmente las demandas, y demás escritos judiciales, encriptar archivos que requieran confidencialidad o reserva, localizar el origen de un mensaje y establecer el sistema de sellamiento de tiempo para determinar si ha sido aportado en el plazo legal, etc.

El análisis de algunos aspectos en el funcionamiento de los centros de arbitraje, mediación o conciliación electrónica constituyen experiencias invalorables al momento de encarar la informatización del Poder Judicial, y la implementación del expediente electrónico.

ISSN 1851-3069

La informatización, digitalización del Poder Judicial y el procedimiento judicial ha comenzado. Debemos aceptar los cambios y estar preparados para su utilización eficiente.

El progreso tecnológico nos cambió el idioma, la forma de comunicación, pero la necesidad de dar seguridad jurídica, regular las relaciones humanas, solucionar los conflictos en forma eficiente, es la misma. Solo, no debemos cerrar los ojos a la realidad, ya que en la medida que nos neguemos a aceptar los cambios, estaremos negándole a los justiciables una solución eficaz y concreta a sus problemas.

Es así como, no nos queda más que expresar nuestra confianza y satisfacción, ante cada avance hacia la modernización de la justicia, y en este caso, la reglamentación del sistema de videoconferencia para la celebración de audiencias, dispuesta por la CSJN.

BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI, A. (2000), "El derecho privado y las nuevas tecnologías. El instrumento informático. Un enorme desafío. Modernidad sin revoluciones y prudencia sin temores", en Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal N° 41.

BARCELÓ, R. (2000), Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico (EDI). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. España.

BASABE, N. (2001), "Resolución de conflictos en Internet", en Revista Jurídica La Ley B, 904.

BRIZZIO, C. (2000), La informática en el nuevo derecho, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

CAFFERATA, F. (2001) "Utilización de la red de Internet. La jurisdicción y el derecho aplicable para solucionar conflictos", en Revista Jurídica La Ley 2001-B, 1281.

CALVO CARAVACA, A.- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2001) Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet, Ed. Colex, Madrid.

COLÁNGELO, M. y ÁLVAREZ, C. (2000) "El contrato electrónico en Argentina", en Revista Doctrina Judicial 2000-3-445.

DÍAZ GARCÍA, A. (2008) "Aspectos fundamentales del proceso, desde la óptica de las nuevas tecnologías. El Documento electrónico judicial en Colombia". http://www.cej.org.co/index.php/component/docman/cat_view/141-e-justicia/146-documentos-de-interes-e-justicia?limit=30&limitstart=0&order=name&dir=ASC

ISSN 1851-3069

DREYZIN de KLOR, A. (2005), "Derecho Aplicable al Comercio Electrónico", en CALVO CARAVACA, A., y OVIEDO ALBÁN, L., (dirs), Nueva Lex Mercatoria y contratación, Colección Globalización y Derecho Privado, Tomo II, Bogotá D.C., Editorial Gustavo Ibáñez.

DEMARCHI, C. (2009): "TICs en la Administración de Justicia" Publicado el 07.10.09. en http://tedel.org/blogvillaangela/index.php?blog=5&title=tics_en_la_administracion_de_justicia&more=1&c=1&tb=1&pb=1.

FARINELLA, F. (1998), "Comercio electrónico en Internet", en Revista Doctrina Judicial, 1998-2-873

FARINELLA, F. (1999), "Internet. Nombres de dominios, jurisdicción y ley aplicable", en Revista Doctrina Judicial 1999-3-654.

FELDSTEIN de CÁRDENAS, S. (1995), Contratos internacionales, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires.

FELDSTEIN de CÁRDENAS, S. (2001) "La Jurisdicción internacional en el comercio electrónico", en Anuario Departamentos de Derecho Privado, Separata de la Revista del Notariado, Edición del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. (2006) "Internet. Un Golem de la Postmodernidad?. Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración. elDial.com Editorial Albremática.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. – RODRÍGUEZ, M. – MEDINA, F. – SCOTTI, L. (2006): "Contratos electrónicos internacionales: Una mirada desde el Derecho Internacional Privado argentino" Primera parte. Síntesis Forense Nº 119, Setiembre/octubre 2006. – Segunda Parte en Síntesis Forense Nº 120, Departamento de Publicaciones del Colegio de Abogados de San Isidro. Diciembre 2006/Enero 2007.

FENTIMAN, R. (1996) Conflicts of Law in Cyberspace. International Federation of Computers Law Associations, Multimedia and the Internet Global Challenges for Law, Bruselas.

GAGO, F. (2000) "Contratos en Internet. Legislación Nacional. Aspecto Intrínseco, Capacidad, Objeto y Consentimiento", en Revista Jurídica La Ley 2000-A, 902.

GAGO, F. (2000), "Contrato en Internet. Ley aplicable - Autonomía de la Voluntad", en Revista Jurídica La Ley 2000-C, 1053.

ISSN 1851-3069

GARRO, A.- PERALES VISCASILLAS, P. (2003) "Comunicaciones electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CNUCCIM): Primera opinión del Consejo Consultivo de la CNUCCIM (CISG-AC)", RCE, núm. 44.

GAUTRAIS, V., LEFEBVRE, G, y BENYEKHIEF K. (1997), "Droit du commerce électronique et normes applicables: l´émergence de la lex mercatoria", en Revue des Affaires Internationales (RDAI),

GELLER, Paul E., (1996) "Conflict of Law in Cyberspace: International Copyright in a Digitally Networked World", en BERNT HUGENHOLTZ, P (ed.) The Future of Copyright in a Digital Environment, Proceeding of the Royal Academy of Sciences and the Institute for Information Law, Kluwer Law International, La Haya.

ILLESCAS ORTIZ, R. (2003) "Comunicación comercio y oferta contractual electrónicas: la propuesta de contrato entre la prohibición y las incertezas", RCE, núm. 40.

KURZWEILl, R. (2001) "The Law of Accelerating Returns" KurzweilAI.net. Disponible en www.kurzweilai.net/articles/art0134.html?printable=1

MARTÍNEZ NADAL, A. (2000) Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación, Ed. Civitas, Madrid.

MORALES ARCE, J.B. (2002) "Trabajos de UNCITRAL sobre el desarrollo del comercio electrónico y los instrumentos internacionales relativos al comercio internacional" en Revista de derecho bancario y bursátil (Valladolid, España) 21:88:272 y 273, 2002.

MORENO NAVARRETE, M. (1999) Contratos electrónicos, Ed. Marcail Pons, Madrid. MORENO, Á.G. "El comercio electrónico y su disciplina; ¿un nuevo derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?", en Derecho de los negocios. Madrid.

MUÑIZ ARGUELLES, L.(2002) "La contratación electrónica y las normas generales de contratación", en Revista jurídica de la Universidad de Puerto Rico (San Juan) 71:639 a 654.

MUÑOZ, D. (2008) "Cibercultura Judicial", Revista de Derecho Informático Nº 118, ISSN-e 1681-5726, en http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/cibercultura-judicial y también en http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2578507

ISSN 1851-3069

NUÑEZ, J (1999) , "Internet (Su impacto en la Contratación Moderna)", en Jurisprudencia Argentina 1999-II.

OYARZÁBAL, M. (2002), "Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado", Jurisprudencia Argentina, JA 2002-IV, fascículo N° 7.

OYARZÁBAL, M. (2003) "La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional", en Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho, N° 10.687, Año XLI, Buenos Aires, 5 de febrero de 2003.

PALAZZI, P.- PEÑA, J. (1998) "Comercio Electrónico y Mercosur", en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 17, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

PEREZ LUÑO, A. (1996) Ensayos de información jurídica. Fontamara. México.

PIAGGI, A.I. (1999) "La Ley Modelo de UNCITRAL y la modernización de la legislación para facilitar el e-commerce", en Revista doctrina societaria (Buenos Aires) Nº 144.

RIBÓN SEISDEDOS, E. (2005) “Marco jurídico español del comercio electrónico”. Bilbao.

RODRÍGUEZ, M. – OLIVA A. (2004) “Jurisdicción internacional en materia contractual” – EN “Colección de Análisis Jurisprudencial – Derecho Internacional Privado y de la Integración” - Serie de libros universitarios. Ed. La Ley.

RODRÍGUEZ, M. (2006) “La comunicación entre tribunales en la multiplicidad de procedimientos de insolvencia. Diario jurídico El Dial. Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración. Editorial Albremática.

RODRÍGUEZ, M (2009) “Algunas reflexiones en materia de jurisdicción internacional y resolución de conflictos en la contratación electrónica”. Informe de Avance publicado en http://www.uces.edu.ar/departamentos/investigacion/archivos/informe-para-web-monica-rodriguez.pdf.

RODRÍGUEZ, M. (2009) “Arbitraje en Internet”- Primera Parte. Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración nº 49 de http://elDial.com. Editorial Albremática.

RODRÍGUEZ, M. (2010) “Arbitraje en Internet”- Segunda Parte. Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración nº 50 de http://elDial.com. Editorial Albremática.

ISSN 1851-3069

RODRÍGUEZ, M. (2012) "Los avances tecnológicos y la solución de conflictos: Una mirada desde la justicia estatal y privada" http://www.uces.edu.ar/departamentos/investigacion/archivos

SALERNO, M. (1999), "Los contratos en el Mercado Virtual", el Revista Jurídica La Ley 1999-E, ps. 1127-1130

SARRA, A. (2000) Comercio electrónico y derecho, Ed. Astrea, Buenos Aires.

TILMAN, V., MONTERO, E. (2002) "La nueva directiva europea sobre comercio electrónico", en Revista Jurídica La Ley 2002-C, 1093.

ISSN 1851-3069

ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y RADICALIDAD DEMOCRÁTICA

Por Carlos María Cárcova

RESUMEN

En este ensayo el autor explora los orígenes, la naturaleza, evolución histórica y crisis del modelo de Estado social de derecho y a partir de preguntarse por el futuro de una forma política adecuada para garantizar cambios emancipatorios, plantea una serie de reflexiones acerca de la necesidad de articular Estado y democracia radical.

PALABRAS CLAVE

Estado social de derecho – democracia participativa- democracia radical

ISSN 1851-3069

WELFARE STATE AND DEMOCRATIC RADICALISM

By Carlos María Cárcova

ABSTRACT

In this essay, the author explores the origins, nature, historical development and social crisis of the model of Welfare State and wonder from the future in a manner to ensure proper policy towards emancipation, and raises a series of reflections on the need to find a way to join State and radical democracy.

KEY WORDS

Welfare State- Participatory democracy – radical democracy

ISSN 1851-3069

ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y RADICALIDAD DEMOCRÁTICA

Por Carlos María Cárcova*

1. Los orígenes

El Estado Social de Derecho (ESD), en términos históricos y materiales es una creación del Siglo XX que se consolida por espacio de tres décadas, desde la segunda posguerra hasta la crisis energética mundial de mediados de los setenta y la reorganización capitalista que la misma provocara.

Con modalidades propias y acentuaciones de una u otra de sus múltiples dimensiones, se corporizó en algunas de las grandes democracias desarrolladas e institucionalmente estabilizadas de Occidente; aquellas que Robert Dahl denominó "poliarquías". En los mismos años setenta, se fueron incorporando paulatinamente al modelo, los países del sur de Europa que, luego de atravesar prolongados y oscuros períodos de crueles autoritarismos, pudieron reconducir formas institucionales propias de las democracias constitucionales. Este fue el caso de Portugal, España y Grecia.

Afirmar que el ESD fue una concreción histórica del Siglo XX, no pretende ignorar que buena parte de los principios que lo animan estaban presentes ya en los debates teóricos del internacionalismo socialista del Siglo XIX. Con esta expresión aludo, en forma intencionalmente imprecisa, a los dispares y controversiales encuadramientos teóricos de la Primera, Segunda y Tercera Internacional. El contenido de los debates que ocasionaron, se proyecta sobre los albores del siglo siguiente con fuerza incontenible, definiendo la forma histórica que finalmente adquieren las experiencias socialistas por una parte y las comunistas por la otra. De hecho, el anarquismo quedó relegado a posiciones minoritarias aunque caracterizadas por un singular activismo y fuertes influencias localizadas. El activismo asociado, a un tiempo, a la divulgación ideológica y a la violencia terrorista; la influencia localizada, referida a una tradicional presencia hegemónica en ciertos gremios obreros a escala mundial (gráficos, panaderos y otros) y al papel fundamental cumplido por el movimiento anarquista en ese cruento laboratorio político, militar e ideológico que fue la Guerra Civil en España. La escena principal, del debate, pues, es ocupada por la dialéctica confrontativa entre el socialismo y el comunismo: reforma o revolución; supervivencia o desaparición del Estado; democracia parlamentaria o dictadura del proletariado; democracia representativa o democracia consejista; proceso de masas o vanguardismo; el papel de la violencia y del terrorismo en el cambio social; qué sujeto histórico: ¿la clase o el partido? Estos y otros fueron los temas de la agenda cuyas páginas escribieron, por ejemplo, los socialdemócratas alemanes como Berstein, Bauer o Kautzky y

ISSN 1851-3069

los líderes de la Revolución Rusa o del movimiento comunista como Lenín, Trotzky, Bujarin, Plejanov o Rosa Luxemburgo.

Las polémicas existieron también al interior de cada bando: Lenín y Trotzky o Lenín y Luxemburgo, por ejemplo. Esta última discusión acerca de las ventajas o desventajas de la democracia representativa, mantiene aun hoy enorme importancia e innegable actualidad, como lo probara muchos años más tarde, en su libro póstumo denominado "Estado, poder y socialismo", el brillante filósofo social Nikos Poulantzas, al fundamentar sus tesis acerca de la democracia participativa.

Este último concepto, el de democracia participativa, acuñado también a fines de los setenta, resultó actualizado por el proceso de democratización de los países sur europeos primero, la paulatina redemocratización de América Latina más tarde y, finalmente, por la caída del Muro y la implosión del llamado socialismo real, porque los países desmembrados comenzaron un proceso interno complejo e inacabado de búsqueda de las formas institucionales que les fueran más propicias, dentro del marco general de una democracia de mercado. Dicho concepto, me refiero al de democracia participativa, conserva actualmente toda su importancia teórica, a pesar de los enormes cambios epocales que sobrevinieron y de la notoria reconfiguración del orden mundial. Sobre algunas dimensiones de la participación ciudadana, volveré más adelante.

Las polémicas y debates a los que vengo aludiendo tuvieron efecto seminal, pues muchos de los institutos consagrados en el ESD, fueron, como ya se ha dicho, inspirados por unas y otros. Dado que toda discusión política conlleva ineludiblemente una proyección de naturaleza institucional y que esta última no se tramita sino en el territorio conspicuo de la legalidad, no resulta ocioso recordar aquí que, avanzadas las primeras décadas del Siglo XX, el mismísimo Hans Kelsen, sin dudas la figura de mayor estatura jurídica del siglo pasado, intervino activamente en los debates mencionados, confrontando con los teóricos de la socialdemocracia, por la que sentía inocultables simpatías y, más duramente, con los juristas soviéticos del período stalinista, como Stuchka, Pashukanis o Vishinsky.[1]

2. Naturaleza y crisis del ESD

Es tiempo, después de las esquemáticas referencias precedentes de volver al ESD. Tal como se adelantara, su concreción histórica se produjo en algunos países que, con posterioridad a la segunda posguerra, abandonaron paulatinamente la orientación del capitalismo finisecular y reemplazaron al Estado gendarme, cuyas funciones se agotaban en el mantenimiento de la paz social, la protección de la propiedad privada y el proveimiento de servicios mínimos entre los que destacaban la seguridad y la educación elemental, por el diseño de un estado fuertemente interventor, con ingerencia primordial en la economía y declarada finalidad de obtener una redistribución más equitativa del producto social. Ese

[*] Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular Emérito de la Universidad de Buenos Aires.

ISSN 1851-3069

modelo de Estado llamado "Benefactor" o "de Bienestar", asumirá en algunas experiencias un rol empresarial, ejerciendo no sólo controles sobre el mercado y los flujos financieros, sino también constituyéndose en agente productivo, por lo general, mediante el monopolio de los servicios públicos y de las áreas energéticas. Pondrá énfasis en la protección del trabajo, la salud pública y la educación en todos sus niveles. Tales fines demandan nuevas formas institucionales, por lo que se reforman las constituciones y las leyes, afirmándose los principios generales del garantismo y la consagración de los derechos humanos individuales y sociales.

¿Son estos rasgos comunes a las concreciones históricas del ESD? Podría contestarse afirmativamente si el análisis se atuviera a las "promesas del orden", para parafrasear a Bobbio. En la realidad, algunas garantías fueron más eficazmente concretadas que otras, según los distintos países. Algunas nunca trascendieron el nivel de las promesas. Como por ejemplo en el supuesto de un valor tan constitutivo del imaginario de la modernidad como el de la igualdad. Las discriminaciones sociales, sexuales, raciales, religiosas y de muchos otros órdenes, subsistieron aun en las experiencias consideradas modélicas como las de Alemania Occidental o los países nórdicos, para no mencionar a Francia o Inglaterra.

Pero el Estado de Bienestar y su correlato jurídico-institucional, el ESD, entró en un proceso de paulatina desaparición –ya se ha adelantado- a partir de la crisis del petróleo de mediados de los 70. Su lógica de funcionamiento se fue diluyendo, acosada por su propia inviabilidad y por el triunfo de la llamada "revolución conservadora" que encabezaron Reagan y Thatcher y que decía poseer una respuesta clara y sólida para enfrentar, sobre sus propias bases, una reorganización exitosa del capitalismo a escala mundial, retomando y consolidando su liderazgo. Ese discurso, transformado en hegemónico desde finales de los ochenta hasta finales de los noventa, implicó en su implementación, una brutal redistribución negativa del ingreso, un retorno a la lógica prebendaria del mercado, un incremento abrumador de la pobreza, una grosera concentración de la riqueza y, consecuentemente, una escandalosa profundización de la brecha entre pobres y ricos. En el plano internacional, ese proceso fue acompañado por un intento de imponer a EEUU como potencia rectora y, tras el colapso del comunismo, como una especie de policía del "mundo libre".

No se trata exclusivamente del poder de la ideología y del control de la información, se trata también del poder militar usado ya sin cortapisas ni hipocresías, en relación con los roles formalmente atribuidos a la ONU y sus distintos órganos, que resultan abiertamente violentados en diversos acontecimientos internacionales. Este modelo fue aplicado a escala mundial en Occidente, con distintas intensidades según la capacidad de respuesta o de resistencia de las organizaciones populares, sociales, políticas o gremiales actuantes en cada país o región. El panorama descripto para el denominado primer mundo, se proyectó también con variados matices pero con la misma lógica, sobre la escena política y socio-económica de los países del tercer mundo.

[1] En el primer caso, en su libro *El debate con la socialdemocracia alemana* y en el segundo, en su obra *La Teoría comunista del Derecho y del Estado.*

ISSN 1851-3069

Luego de un breve período de recuperación de la economía mundial a principios de los noventa, basado probablemente en la capitalización de los excedentes generados por la exclusión y la marginación, generadas por el proceso descripto, el modelo comenzó a transitar una crisis que es al mismo tiempo de legitimidad y de eficacia. Las políticas implementadas en la década que tratamos han constituido un fracaso histórico descomunal. Por cierto, con efectos más deletéreos en el tercer mundo, pero finalmente con similares resultados en el primero. Baste mencionar en este simplificado y esquemático análisis la fabulosa deuda externa de EEUU, el rechazo a las políticas del cónclave republicano dentro mismo de USA; el estrepitoso fracaso de la política internacional que impulsó y de la guerra que desatara en Irak, los horrores cometidos allí y en otros lugares calientes del planeta por sus tropas, a través del asesinato liso y llano de poblaciones civiles de no combatientes, las violaciones al derecho internacional de la guerra, prisiones y torturas que repudian al derecho de gentes, como las de la base de Guantánamo; las mentiras usadas para justificar la invasión; el simulacro de juicio y el posterior asesinato de Sadam Hussein y como corolario, los negociados que produjeron fabulosas ganancias económicas para pequeños grupos de la industria bélica y constructiva, ligados a dicho cónclave, perfectamente acreditados por la prensa frente a la opinión pública interna e internacional.

Todos estos datos, entre otros muchos que podrían evocarse, han esmerilado la pretensión de liderazgo del país del Norte. Si miramos hacia América Latina podría afirmarse que el neo conservadurismo de los noventa, apenas sobrevive en Colombia hoy en día con matices positivos como la búsqueda de la paz mediante negociaciones políticas. El caso de México parece aun demasiado ambiguo para pronósticos de corto plazo. En el resto de los países existe estabilidad democrática jaqueada permanentemente, pero finalmente preservada y proyectos políticos y socioeconómicos que repudian las recetas del FMI, del BID o del BM y afirman modalidades que llamaré, a falta hoy de una mejor denominación, redistribucionistas.

¿Alguna de estas situaciones encarna algo similar al modelo del ESD=Estado de Bienestar, tal como fuera diseñado a partir de la segunda posguerra? Mi opinión es cautelosamente negativa. Muchas circunstancias pueden fundamentarla. En primer lugar lo que podríamos llamar "contexto de época". Desde hace pocos años atrás han sucedido en el mundo cambios vertiginosos y profundos, frecuentemente aludidos mediante términos que los refieren y al mismo tiempo los estereotipan: globalización, posmodernidad, multiculturalismo. Todas estas expresiones son multívocas. La globalización, por ejemplo, no es solamente un fenómeno asociado a la circulación de los flujos financieros, comporta también dimensiones políticas, culturales, tecnológicas, científicas, productivas, societales y otras. Destaquemos la que aquí parece importar de manera más directa: un orden político y económico cuyo soporte es de tipo global, pone en crisis la noción tradicional de Estado Nacional y las funciones al mismo atribuidas. Por otro lado, las facilidades del transporte internacional han permitido un exponencial incremento de las migraciones masivas. Ello, produce, como es conocido, choques y conflictos entre el universo de sentido de los grupos migrantes y los existentes en las sociedades receptoras, generando problemáticas socio-legales de nuevo tipo, difíciles de resolver. No es siquiera

ISSN 1851-3069

necesario pensar en grandes diferencias étnicas, raciales o religiosas. Hace pocos años atrás los diarios de Buenos Aires informaban sobre el acaecimiento de batallas campales entre jóvenes españoles naturales de Alcorcón, una comunidad pequeña de la periferia de Madrid, y "jóvenes latinos" (sic), provenientes de Colombia, Ecuador o República Dominicana, organizados en gangs (¿maras?) autodenominados "Lating Kings" o "Ñetas". En los celulares y mails de los españoles circulaban mensajes que expresaban discriminación y odio racial.

Por fin, las nuevas tecnologías de la comunicación, en permanente actualización, permiten entender que vivimos en una sociedad distinta comparada con la de pocos años atrás. La utopía de Mac Luhan acerca de la "aldea global", simplemente, está entre nosotros, hecha realidad. De modo que hay más sociedad, mayor interacción que involucra a miles de millones de seres humanos, en todo el planeta. Tales fenómenos reconfiguran las nociones conocidas de espacio y tiempo como sostiene Giddens y producen transformaciones en las relaciones entre las personas, fragilizando valores y prácticas de vieja data, lo que Zygmunt Bauman ha llamado "modernidad líquida". Estos cambios impactan en el campo de la política, de las instituciones y del derecho, entre otros ámbitos, porque más sociedad parece implicar más derecho y más Estado, pero paradojalmente, en la mayoría de los casos tenemos menos Estado.

En otro orden de cosas, ¿es posible la reedición de lógicas estatales semejantes a las que configuraron el, digamos, viejo Estado de Bienestar?

Muchos pensadores sociales, como Luhmann y otros menos sospechosos ideológicamente, piensan que no. La ecuación en que se fundan, superficialmente presentada, es que un Estado que asume la obligación de dar satisfacción a todas las necesidades fundamentales de la población, es inviable. Ello así porque el Estado tiene una limitada capacidad de obtener recursos y las necesidades humanas son infinitas. El adjetivo "fundamentales" no arregla la cuestión. Como lo prueba la propia evolución del concepto y de la práctica de los derechos humanos, la dinámica social y la lucha política resemantiza esos conceptos de manera permanente para ampliarlos, profundizarlos, extenderlos, etc.

Finalmente, como explicaba Poulantzas en el texto que ya he mencionado, el ESD o Estado de Bienestar o proyecto socialdemocrático ha sido, históricamente, predominantemente paternalista, al dejar las decisiones sociales y políticas estratégicas, en manos de tecnócratas y vaciar de poder los órganos de la representación popular. Como es sabido, aquellos responden más a las demandas de la gobernabilidad que a las decisiones populares. De hecho, los sistemas representativos de las actuales democracias padecen una crisis generalizada, marcada por la brecha entre representantes y representados. Los gobiernos actúan como democracias delegativas, en las que existe legitimidad de origen pero no de procedimiento. Las grandes decisiones sociopolíticas y económicas no se elaboran ni se resuelven en los Parlamentos. Estos, en el mejor de los casos las legitiman, cuando ya han sido tomadas en otros ámbitos.

3. ¿Estado? ¿Cuál?

ISSN 1851-3069

Si fuera cierto, entonces, que el ESD tal como existió no puede ser reconducido y que la revolución conservadora ha sumido al planeta en la mayor crisis de su historia ¿cuál es el instrumento político al que debemos acudir, para lograr la emancipación humana?

Para ser franco, el pensamiento progresista (por llamarlo de alguna manera posible) no parece haber despertado aun, al menos en el plano teórico, de la parálisis en que quedó envuelto con la caída del socialismo real, cualquiera hubiera sido la posición que sustentara respecto de esa concreta experiencia. Lo que queda de "socialismo" en el mundo, exhibe una condición problemática. José Fernández Vega[2] sostiene que China degeneró en un capitalismo perfecto que combina riquezas escandalosas, bajos salarios y represión a la actividad sindical; algo parecido al modelo manchesteriano repugnado por Marx. Corea del Norte es un estado policíaco, empobrecido, con recurrentes crisis alimentarias que supera mediante la extorsión ejercida a sus vecinos valiéndose de la amenaza que implica su precario potencial nuclear. Está regido por un déspota que heredó, a la manera dinástica de la premodernidad, el poder que ejerce.

Cuba ha conseguido el mayor grado de legitimidad al haber producido una importante transformación social en la Isla y haber sobrevivido a la pérdida de sustento externo proveniente en su tiempo de la Unión Soviética y al bloqueo económico y asedio político permanente de EEUU. Pero no ha alcanzado a democratizar el sistema, que recién con la asunción del poder por parte de Raúl Castro, parece emprender la tarea de aflojar muy paulatinamente las severas restricciones existentes vinculadas con ciertas libertades básicas. Por otro lado, es difícil saber que modulaciones adquirirá el reemplazo de un liderazgo providencialista que ha conducido con energía, habilidad y proyección internacional de primera magnitud el proceso de una revolución que lleva ya cincuenta años en marcha y que en medio de sus enormes limitaciones ha logrado algunos éxitos, por ejemplo en salud, educación y seguridad que hacen palidecer al denominado primer mundo.

Del escepticismo generalizado que campea en la izquierda teórica a nivel mundial, es preciso exonerar a uno de los grandes pensadores marxistas vivos, el discípulo de Sartre e interlocutor privilegiado de Althusser, Alain Badiou. En su breve volumen *"De un desastre oscuro. Sobre el fin de la verdad de Estado"* (Amorrortu, BsAs, 1998), se resiste a aceptar como definitivo el triunfo de la democracia de mercado y reivindica el pensamiento comunista como la única estrategia emancipatoria válida para los seres humanos, pero propone reformular el sentido de las experiencias "reales", repudiando el contenido despótico de todo estatalismo y en particular el que concretó la experiencia soviética. El Estado, destinado a extinguirse en la filosofía de Marx, culminó hipertrofiado y represivo. Badiou postula con fuerte radicalidad, la idea de que Estado y comunismo son términos incompatibles. La verdadera libertad que este último encarna, centra sus aspiraciones en los individuos y en las organizaciones sociales espontáneas, sostiene el autor, carentes de jefaturas y de burocracias. Si la subjetividad política no fuera capaz de sostenerse a sí misma, entrará en alianza con un aparato esencialmente criminal. Porque han sido los Estados del siglo XX, incluidos los comunistas, los responsables de las matanzas, las persecuciones políticas, los exterminios más crueles, de las grandes guerras y de sus secuelas de víctimas. Se trata, de ahora en más, de interrumpir el

ISSN 1851-3069

enlace entre democracia y lucro privado, tanto como de superar la asociación entre Estado y comunismo. Hay que salvar a la democracia del capitalismo y al comunismo de la burocracia política que lo adulteró.

Este pensamiento de cuño libertario e individualista, no deja de tener valor testimonial en una época de crisis y desconcierto, pero no propone salidas, carece de dimensión estratégica. Constituye, dicho sea respetuosamente, una *poética de la emancipación* frente a la cual cabe preguntarse quién cumplirá la función de atenuar la barbarie de la desigualdad mientras no pueda superársela, como no sea el Estado. Como se pregunta el ya citado Fernández Vega en su ensayo sobre Badiou que he venido parafraseando, ¿porqué fetichizar al Estado como origen de todos los males –capitalistas o comunistas- emulando así, sin advertirlo, el dogma liberal?

Badiou observa, con acierto, que el Estado capitalista de estos días ha perdido el papel cultural que mantuvo en los tres siglos pasados. No genera orientaciones morales o intelectuales y se limita a mantener las reglas de juego. El único marco común a todos los individuos, resulta así el mercado como lo pretendía el liberalismo.

Sin embargo, sólo el Estado como complejo entramado de potencias, recursos y dominios puede, hegemonizado por un bloque de poder alternativo, protagonizar los grandes cambios que produzcan una nueva construcción civilizatoria capaz de producir mayor equidad, reconocimientos recíprocos, libertades fundamentales, custodia ecológica y uso racional de los recursos del planeta. La tarea no es sencilla porque ese bloque de poder alternativo deberá construir el barco, mientras navega. Quiero decir, deberá imaginar un Estado de nuevo tipo, para construirlo mientras se construye a sí mismo como instrumento político. Proponerlo, claramente, es más fácil que realizarlo. Termino estas modestas reflexiones, intentando contribuir mediante la formulación de algunos temas para la agenda de discusión.

i) Un Estado democrático de nuevo tipo debe privilegiar, orgánicamente, la participación popular en todos los asuntos de interés público, habilitando en todo cuanto sea posible, la realización autogestionaria de la política. Debe cerrar la brecha entre representantes y representados, sometiendo a los primeros a la obligación institucional de la consulta ciudadana para todas las decisiones estratégicas, a través de los distintos mecanismos que se han desarrollado a esos fines en los últimos tiempos y los que podrán desarrollarse en el futuro, como las audiencias públicas, los presupuestos participativos, la consulta popular, el referéndum, el plesbicito, etc.

ii) Un Estado de esa naturaleza, debe implementar una lucha frontal contra la corrupción que se ha convertido en un factor estructural de la política en todo el orbe. Para ello será menester combatir las complicidades de las clases políticas con los factores de poder, de cuajo. No es una tarea imposible si existe voluntad política de llevarla adelante; con los recursos tecnológico actuales, se puede controlar la situación patrimonial y sus modificaciones de cualquier agente público, desde el Presidente de la República hasta el ordenanza del Congreso. Esos controles deben

[2] V. artículo "Apelación por el condenado rojo", Revista Ñ, 6/1/07.

ISSN 1851-3069

estar en manos de oficinas técnicas de la administración, pero también y con carácter homologatorio, en manos de ONGs y de cualquier particular que lo solicite, se identifique y exhiba un interés simple.

iii) El Estado debe ser un árbitro con fuerte intervención en la actividad económica y financiera, pero declinar –salvo en casos excepcionales de alto contenido estratégico, como puede ser el de la energía atómica- toda función empresarial. La experiencia muestra y la teoría explica el fenómeno de la "autonomización perversa" de las estructuras burocráticas que consiste en la persecución de finalidades que no son las que formalmente tienen atribuidas, sino las que coinciden con su propia reproducción e hipertrofia.

iv) El Estado sobre el que hipotetizo, no debería asumir sino aquellas responsabilidades fundamentales que permitieran el accionar pleno y autogestivo de la ciudadanía, en la producción de su propia vida.

v) Del mismo modo que la corrupción en otras épocas, constituía un epifenómeno de la política para tornarse actualmente un factor interno y estructural de esa actividad, bajo el pretexto de que es imposible desplegarla sin dinero en el marco de un espacio público que ha sustituido el ágora por el segundo televisivo (y este es muy caro[3]), también podría afirmarse que el flagelo de la droga se ha inmiscuido como planta voraz y parasitaria en el entramado del sistema de poder y que exhibe, además, un potencial cada vez más alucinante de confrontación militar e ideológica con el orden institucional.[4] Este complejo fenómeno, no puede seguir siendo ajeno a las políticas de la izquierda, como lo ha sido en gran medida hasta el presente, porque como diría Norbert Lechner, aquella no puede abandonar en manos de la derecha, la construcción del "orden deseado". No es este el lugar para tratar con la profundidad exigida esta problemática, ni yo la persona autorizada para hacerlo. Sin embargo, lo que aquí expongo no puede permanecer ajeno a la agenda de un proyecto radicalmente democrático. Es preciso, por ejemplo, discutir el tema de la desincriminación del tráfico de drogas y los efectos que produciría el desmantelamiento de un negocio mundial que mueve billones de dólares, basado, en buena medida, en la ilicitud que conlleva y la clandestinidad que reclama.

vi) Un Estado radicalmente democrático debe asegurar las libertades, producir mayor equidad, a través de la redistribución de los recursos sociales, garantizar el reconocimiento recíproco de todo los habitantes, eliminando cualquier forma de discriminación. Custodiar las garantías individuales, pero ser implacable con la

[3] Argentina y Brasil muestran en sus experiencias próximas, paradigmáticos ejemplos de cómo funciona la lógica del "robo para la corona".
[4] Véase el reportaje de *O Globo* al líder encarcelado del PCC, de mediados del 2006.

ISSN 1851-3069

> delincuencia organizada. La mayor inseguridad producida en nuestras sociedades es menos adjudicable al delito individual, generalmente hijo de la exclusión y la marginalidad, que a las bandas organizadas que suelen incluir a policías y miembros de otras fuerzas de seguridad, apadrinados la más de las veces, por núcleos que detentan poder político o económico. Debe proveer salud y educación integral y retomar el papel de activo gestor y distribuidor de bienes culturales, incentivando y propiciando el debate público acerca de los grandes temas de interés social, que conciernan tanto a la economía como a la moral, al progreso científico y a la producción artística en todas sus formas.

¿Pueden cumplirse estos objetivos y muchos otros que no han sido aludidos, en un proceso de tipo democrático? Abrigo la convicción de que la respuesta es positiva. El dilema reforma o revolución es falso, enmarcado en la sociedad compleja del siglo XXI.

Los cambios socio-económicos y políticos demandados por la construcción de un Estado radicalmente democrático, no pueden ahora imaginarse como subitáneos. Serán, sin la menor duda, el resultado eventual y relativamente aleatorio, de largos y contradictorios procesos. Todo paso adelante en este camino, es saludable y propiciatorio. Se trata, para decirlo a la manera de Habermas, de privilegiar la acción comunicativa por sobre la acción estratégica.

Sin embargo, me refiero, claro está, a las acciones orientadas a la transformación real de un estado de cosas que ha implicado un retroceso civilizatorio a escala planetaria y no al maquillaje hipócrita que anidaba en la frase del famoso personaje de Giuseppe de Lampeduza, *"...cambiemos algunas cosas para que nada cambie."*

ISSN 1851-3069

INVITACIÓN A PRESENTAR ARTÍCULOS

La Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Gioja, ISSN 1851-3069, incluida en las bases bibliográficas Dialnet y REBIUN, invita a la comunidad académica a participar de la convocatoria para presentar artículos para su número especial titulado "**A 20 años de la reforma constitucional: logros y desafíos pendientes**" a publicarse en el segundo semestre de 2014.

La propuesta de este número es la de reflexionar sobre los logros y los desafíos pendientes de la reforma Constitucional de 1994 desde la perspectiva que dan los 20 a**ños transcurridos desde la Convención Constituyente.** En ese sentido, se tendrán especialmente en consideración trabajos que propongan una visión desde la perspectiva de la Teoría Constitucional, la Historia del derecho, la Filosofía Política y los Derechos Humanos.

Pueden participar como autores de artículos de la Revista académicos del derecho y demás disciplinas o áreas afines, tanto del país como extranjeros.

Se aclara que la recepción de un artículo no implica su publicación, ni compromisos respecto de la fecha de aparición en la revista. El Comité Editorial de la revista se encarga de seleccionar los artículos que ameriten publicación de acuerdo a criterios de evaluación establecidos en su reglamento y al concepto emitido por los pares evaluadores.

Los artículos que se reciben deben ser inéditos y originales, no deben haber sido publicados parcial o totalmente. Deberán ser enviados a revistagioja@derecho.uba.ar y estar adecuados a nuestras normas de publicación, que pueden ser consultadas en:

www.derecho.uba.ar/revistagioja/normas_prestrabajos.php

Envío de artículos hasta: 30 de septiembre de 2014.