

*Revista de la Facultad
de Derecho, Ciencias
Políticas y Sociales*

(VERBA IUSTITIAE)

Año XIII - nº 24

Las opiniones en los trabajos que se publican
son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

© 2014, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas
y Sociales de la Universidad de Morón

Cabildo 134 - B1708JPD Morón - Prov. de Buenos Aires
República Argentina

Tel.: 5627-2000, int. 122/125

Fax: (0054-11) 5627-4598 - e-mail: derecho@unimoron.edu.ar

ISSN: 0328-3275

Edición e impresión: EDITORIAL ASTREA
Lavalle 1208, Ciudad de Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
I M P R E S O E N A R G E N T I N A

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD DE MORÓN

Rector

Dr. HÉCTOR NORBERTO PORTO LEMMA

Secretario General

Dr. WALTER O. FERNÁNDEZ

FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Decano

Dr. Bruno Oscar Corbo

Vicedecano

Dr. Carlos Humberto Pedrini

Secretario Académico

Dr. Rubén Alberto García

Secretario Técnico

Dr. Justino Mario Bertotto

Director de Estudios y Coordinación

Dr. Carlos Alberto Rodríguez
Bustamante

Director de Carrera

Dr. Roberto Babington

Director de Investigaciones

Dr. Román Jorge Vera

Coordinador de Extensión

Dr. Ramiro Larrañaga

Consiliario Superior Titular

Dra. María Alicia del Rosario
Rizzonelli

Consiliario Superior Suplente

Dr. Joaquín Diego Carabajal

HONORABLE CONSEJO ACADÉMICO

Consejeros Titulares por los Profesores Titulares

Dr. Eduardo Jorge Monti

Dr. Pablo Gabriel Navarro

Dr. Daniel Fernando Baraglia

Dr. Luis María Díaz

Consejeros Suplentes por los Profesores Titulares

Dr. Luis Carlos Galtieri

Dr. Mario Luis Vivas

Dr. Raúl Roberto Dussaut

Dr. Carlos Juan Acosta

Consejeros Titulares por los Profesores Asociados y Adjuntos

Dr. Jorge Omar Almanza

Dr. Fernando Gabriel Bellido

Consejeros Suplentes por los Profesores Asociados y Adjuntos

Dr. Walter Oscar Fernández

Dr. Fabián Cardozo

Índice

Editorial

BRUNO OSCAR CORBO	7
-------------------------	---

Resultados de proyectos de investigación

Violencia y seguridad en el Departamento Judicial de Morón BRUNO O. CORBO - FABIÁN CARDOSO - FERNANDO BELLIDO - FABIÁN GONZÁLEZ	13
Las incoherencias del sistema arbitral del CIADI ELOÍSA B. RAYA DE VERA	25
Ajusticiamientos populares como respuesta punitiva so- cial en la provincia de Buenos Aires RODOLFO A. ALVARITO - CLAUDIA R. SCHVARTZMAN - ALFRE- DO A. CORKISH - MARTA VELIZ	43

Artículos de doctrina

Autores extranjeros

Una ley electoral que protege la bipolaridad y favorece la gobernabilidad TOMMASO EDOARDO FROSINI	89
Tipología de las formas de gobierno y revisión de las formas de gobierno en Italia GINEVRA CERRINA FERONI	101

ÍNDICE

Autores nacionales

Los productos de la ciencia jurídica: nuevo desafío para la metodología de la investigación MARÍA ISOLINA DABOVE	115
Apuntes a 20 años de la reforma constitucional CALOGERO PIZZOLO	149
La responsabilidad civil del futbolista que lesiona a un contrincante en un lance del juego. Comentario al caso “Pizzo c/Camoranesi” GUSTAVO ALBANO ABREU	167
La política exterior, la diplomacia y el poder legislativo MARIANO BARTOLOMÉ	207
Parlasur: una mirada desde la integración latinoamericana PABLO PARENTE	233
Las globalizaciones jurídicas ERNESTO GRÜN	247

Misceláneas

Eventos destacados del año 2014

Honoris Causa Dr. Ricardo Lorenzetti	265
Disertación del Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani	266
Juegos Interuniversitarios de Simulación Estratégica y Manejo de Crisis	267

Novedades bibliográficas

MASCIOTRA, <i>Poderes-deberes del juez en el proceso civil</i>	269
CANOSA, <i>Procedimiento administrativo: recursos y reclamos</i>	270
TOMEIO, <i>Redes sociales y tecnologías 2.0</i>	271

Editorial

La provisoriedad de la ciencia y el arte jurídico nos obliga a estar atentos a la dinámica y a los condicionamientos en tiempo y espacio que tienen los eventos políticos y sociales actuales y, entre ellos, la evolución de las normas y sus corpus legales.

La adaptación de nuestra Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales a las exigencias académicas de la educación superior universitaria, sumado a los compromisos de evaluación externa, generaron fortalezas que elevaron, de por sí, el nivel de excelencia educativa deseado, que fuera imaginado por nuestros mayores y antecesores, pero también autoimpuesto como objetivo irreversible de nuestro proyecto institucional.

Así, la creación de un Centro de Estudios Jurídicos Avanzados; un Centro de Estudios Estratégico de Seguridad; el reconocimiento de cuatro carreras de posgrado por parte de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria; la actualización del Plan de Estudios de la carrera de Abogacía; la creación de la Licenciatura en Estudios Políticos e Integración Suramericana; el desarrollo de más de treinta proyectos de investigación; la profusa y sustantiva agenda de extensión universitaria y el cumplimiento irrestricto de la responsabilidad de transferencia de los conocimientos generados mediante la publicación científica, constituyen la prueba de nuestro compromiso.

Los instrumentos educativos detallados se constituyen, a su vez, en sensores de la realidad social, cuya interpretación brinda la posibilidad y oportunidad de actualizar y compren-

der cabalmente los avances del estado del arte jurídico y de las ciencias sociales.

En tal sentido, la actividad académica del Centro de Estudios Jurídicos Avanzados permitió analizar desde el Observatorio del Derecho de las Personas Mayores la situación de los derechos humanos de los ancianos y exponer los resultados de esos estudios en importantes foros nacionales e internacionales. También significó la oportunidad de investigar para transferir a los gobiernos municipales implicancias de la evolución del Derecho Público Provincial y Municipal en su camino a la autonomía jurídica local y, asimismo, fue útil para observar el tratamiento legislativo de la sanción del proyecto de ley para la reforma del Código Procesal Penal federal y así comprender e identificar la naturaleza del cambio propuesto e interpretar el “sentido de justicia” que lo inspira, en la empresa de acelerar los procesos penales.

En la unificación del Código Civil y Comercial, el gozne del análisis se centró en la pesada condición de comerciante agravada por la responsabilidad profesional (que resultaba vigente desde la época de Alberdi), para identificar e interpretar en la propuesta de reforma al código un cambio de perspectiva hacia un corpus de “obligaciones comunes” y también nos permitieron inferir la evolución del lenguaje desde la sintaxis “decimonónica” al lenguaje del vulgo, favoreciendo el acceso a la comprensión de texto jurídico y al sistema judicial en general.

Mucho habrá que seguir analizando en la búsqueda de la verdad.

Importantes juristas e investigadores de la ciencia del derecho se nos han sumado a nuestro esfuerzo en los últimos años. Les agradecemos sus aportes al Proyecto. Sin embargo, es de destacar (y constituye un motivo de orgullo), que la “cuna de Morón” generó importantísimas contribuciones intelectuales como, entre otros, los resultados del proyecto de investigación “Violencia y seguridad en el Departamento Judicial de Morón”, que fuera tomado como ejemplo en el seno del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires y como base de una investigación de dimen-

siones provinciales con el auspicio del Ministerio de Justicia de la Nación.

Notoria es la novedosa y auspiciosa conformación de la comisión organizadora del futuro Centro de Egresados de la Facultad, no sólo con la responsabilidad de estructurar las formas de su inicio formal en el año entrante, sino también aportando, desde el comienzo de sus reuniones, el asesoramiento y asistencia de los integrantes de dicha comisión, para la actualización del estado del arte de cada rama del derecho en los diseños curriculares y en el relevamiento de áreas de vacancia para la investigación jurídica.

Nuestra actitud es la de apertura institucional y los principios rectores los de “participación plena” y “máxima integración e inclusión” entre docentes, investigadores, egresados y alumnos, sin diferenciar entre los que se desempeñan en la sede central o los que engrandecen a la Facultad desde sus Anexos.

En la convicción de que este Decanato ha tomado como ejemplo las buenas prácticas externas de las funciones sustantivas de la educación superior y confía en sus propias capacidades y en las competencias de sus docentes e investigadores, las que conjugadas sinérgica y proactivamente, marcarán el éxito al destino irrevocable de la excelencia, invito a cada uno de ustedes a sumarse al esfuerzo; no sólo las puertas están abiertas, esta Casa es de todos.

Dr. BRUNO OSCAR CORBO
Decano

*Resultados de proyectos
de investigación*

VIOLENCIA Y SEGURIDAD EN EL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE MORÓN

**BRUNO O. CORBO - FABIÁN CARDOSO
FERNANDO BELLIDO - FABIÁN GONZÁLEZ**

No se puede tomar a una sociedad como una construcción estática y sin que se perfilen en su constitución y desarrollo cambios que lleven necesariamente a la existencia de nuevas miradas y propuestas académicas superadoras.

El conflicto de la seguridad no escapa a dicha lógica y, más allá de que una verdadera solución en su desarrollo involucra a todos los estamentos de una comunidad, relacionados directamente o de forma indirecta, lo cierto es que muchos actores sociales se encuentran directamente requeridos para la formulación de verdaderas respuestas sobre el fondo de la cuestión y más allá de las opiniones del momento, sin verdadero sustento en el saber científico.

Tal paradigma es compartido por tres importantes instituciones que hacen al mundo del Derecho en el Oeste bonaerense y son la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Morón, la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de Morón y el Colegio de Abogados, también de nuestro distrito, lo cual motivó la necesidad de aunar fuerzas para lograr un primer acercamiento conjunto a tal fenómeno y aportar herramientas que ayudaran a canalizar verdaderas soluciones que los habitantes de nuestra región necesitan sobre el tema.

Así, de los diversos abordajes que la materia de seguridad puede tener palmariamente, surgió la necesidad de estadísti-

cas sobre los delitos cometidos en el Departamento Judicial de Morón y un análisis de los datos que pudieran surgir de un trabajo cuantitativo en tal sentido.

Conscientes de la necesidad de abordar esta problemática desde un ámbito de excelencia investigativa, se constituyó un equipo de trabajo con profesionales de los tres estamentos, que en forma objetiva lograran recolectar la mejor información y desde allí llegar a un universo de datos de los cuales se pudieran extraer las mejores conclusiones. Partiendo de allí, construir una verdadera solución sobre tan compleja realidad y permitir la adopción de verdaderas políticas de estado.

Así el grupo de Investigación quedó constituido con el Dres. Bruno Corbo (director), Fabián Cardoso (jefe equipo de Investigación), Fernando G. Bellido, Fabián González y Dr. Justino Bertotto (jefe equipo técnico) y para el trabajo de campo se sumó a los Dres. Ignacio Racca, Emiliano Rodríguez Reggiani, Sebastián Ariel Trimailovas, Martín Córdoba, y al estudiante avanzado Sr. Carlos Nicolás Vázquez.

Se buscó acotar el universo de casos a relevar y se eligieron los delitos de homicidio, ya que son los usados usualmente para generar cifras que puedan ser comparadas con otros trabajos y sistematizaciones, tanto en el marco local como internacional. Ello teniendo en consideración que los mismos, en su gran mayoría, son puestos en conocimiento de las autoridades pertinentes, por lo cual la lista negra de los no denunciados, no llegan a distorsionar los datos que se puedan recoger.

Estableciendo una base con los datos brindados por la Fiscalía General del Departamento Judicial de Morón, perteneciente al Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, conforme a la información contenida en el SIMP (Sistema Informático del Ministerio Público). Tomándose en cuenta la calificación sustentada por la fiscalía, salvo los casos de sentencia definitiva. Luego se compulsó caso por caso, procediéndose a examinar expediente por expediente, para poder extraer de cada uno de ellos toda aquella información adecuada conforme a la grilla de investigación consensuada

con anterioridad, con relación a varios ejes, como ser víctima, victimario, lugar del hecho y otros.

No se puede dejar de señalar lo complejo y concreto del relevamiento de campo que se efectuó sobre cada uno de los casos, poniendo de relieve la importancia del trabajo efectuado por los investigadores abocados a tal trabajo, que merece todo nuestro reconocimiento.

Con tal información, conforme a los fines de la presente investigación, se llega a la posibilidad de tener un relevamiento objetivo del delito en el Departamento Judicial de Morón y, en consecuencia, poder generar herramientas adecuadas para su erradicación.

También permite a todas las agencias involucradas adecuar su estándar de actuación para la posibilidad, en el futuro, de generar instrumentos más precisos de acreditación de datos y de esta manera mejorar, consecuentemente, la administración de justicia.

Se debe entender que el presente trabajo no es un punto de llegada sino de partida, en el sentido de que se trata, en todo caso, de una primera aproximación, tanto en el análisis de los datos recabados para el año 2012, como en la necesidad de un estudio dinámico que avance en el futuro, para permitir comparar cifras en una línea temporal de investigación.

La presencia de datos objetivos y concretos, alejados de cualquier construcción subjetiva, permite llegar a conclusiones precisas, verdaderas guías para la articulación de políticas de seguridad, basadas en cuestiones centrales y fuera de toda decisión voluntarista o interesada.

A poco que se analizan los números que arrojan la investigación, se visualiza que, en muchos casos, las formulaciones sostenidas desde el imaginario colectivo quedan huérfanas de veracidad y aparecen situaciones que merecen un trabajo más profundo para mejorar el sistema de seguridad existente.

Efectuadas las primeras aproximaciones con relación a los hechos ilícitos que iban a ser materia de investigación, se pudo determinar que los delitos dolosos eran los únicos que

podían ser abordados con una mejor aproximación, dado que no presentaban datos en negro. Teniendo en consideración que, tratándose de una conducta ilegal grave en su gran mayoría, es puesta en conocimiento de las autoridades, lo que no resulta con otras conductas prohibidas además, tales hechos son evaluados a nivel nacional e internacional para medir los grados de seguridad o inseguridad de una comunidad dada, lo cual permite extraer conclusiones certeras sobre los niveles existentes de los mismos en el Departamento Judicial de Morón.

Como base de esta labor, se efectuó un trabajo de relevamiento sobre todos los expedientes judiciales del departamento judicial donde se investigaron homicidios dolosos durante el año 2012, llegando a un total de 58 casos, con igual número de víctimas y 72 victimarios; documentos de los cuales se extrajo toda la información que alimenta las siguientes conclusiones.

El trabajo de campo permitió verificar que no existe un sistema confiable en todo el sistema judicial de este departamento judicial que releve datos esenciales sobre víctimas, victimarios y lugar del hecho; o clasificados y de fácil acceso que permita llegar a conclusiones objetivas para dar base a verdaderas políticas de Estado en materia de seguridad.

El sistema de datos utilizado por el Ministerio Público Fiscal recoge información esencial sobre el seguimiento de los procesos penales abiertos en el distrito, pero no está diseñado ni dirigido a efectuar un relevamiento de las condiciones subjetivas ni objetivas de los diferentes casos en los cuales se investigan conductas ilícitas.

Existen diferentes momentos procesales en los cuales se podría realizar un relevamiento de datos esenciales; en cuanto a los victimarios, en la oportunidad de efectuarse los informes sociales que se confeccionan en base a los arts. 40 y 41 del Cód. Penal, a través de un protocolo único con instrucciones claras y concretas para su implementación; otra oportunidad puede ser que, al notificar lo del art. 60 del Cód. de Proc. Penal, al imputado le sea requerido una serie de da-

tos conforme a un protocolo de actuación, donde se verifiquen todas sus referencias socioculturales, y por último al momento de confeccionarse el formulario establecido por la acord. 2840 de la Suprema Corte de Justicia de esta Provincia.

Y con relación a la víctima y lugar del hecho, cuando las autoridades policiales confeccionan el acta de inspección ocular, circunstancia en la cual se podría agregar un protocolo específico conforme a los datos necesarios a los fines establecidos en la presente o cuando la víctima preste declaración testimonial se confeccione un cuestionario donde se constaten todos los datos adecuados para un mejor relevamiento de sus circunstancias personales.

En primer lugar, a nivel distrital, es preciso destacar que la gran mayoría de los hechos (52%) se produjeron en el partido de Merlo, producto de su mayor cantidad de habitantes, pero con una tasa de homicidios cercana al promedio para el departamento judicial.

En un segundo lugar se encuentra el partido de Morón, con un 26% de los hechos. De un análisis del mapa que aquí se adjunta se desprende que los mismos se produjeron en ciertas zonas periféricas del distrito, ciertamente de bajos recursos.

En tercer lugar, Hurlingham, con un 17% de los hechos en total, posee una zona en particular en la cual se denota mayor conflictividad; ésta es Villa Tesei, localizada en el sur de ese distrito.

En último lugar se encuentra Ituzzaingó (5%). Sin embargo, no debe recaerse en el error de atribuir ello a que sea el partido más pequeño de los que tenemos en examen, pues tiene una población aproximada a la de Hurlingham.

Cabe destacar también, en lo atinente al momento de la comisión de este tipo de delitos, que la mayoría se produjeron en la noche (18 hs. y las 0 hs.), con un total de 22 casos, y la madrugada (0 hs. a 6 hs.), ascendiendo a 14 casos, no existiendo mayor diferencia entre la mañana (10 casos) y la tarde (12 oportunidades).

Datos que, relacionados con el día de la semana, sin hesitación se puede afirmar que la mayoría ocurrieron de la noche del sábado a la madrugada del domingo.

Estrictamente, sólo el 22% de los victimarios relevados resultaron tener una condena anterior; de los restantes casos, en un 29% no se pudo verificar el carácter de los antecedentes que registraban, por lo cual no pueden ser considerados ni siquiera reiterantes, producto de la falta de datos, por lo que resulta relevante que el 39% de ellos no tuvieran antecedentes.

Es muy bajo el número de sujetos que hayan sido pasibles de la suspensión de juicio a prueba (sólo un caso), lo que alienta a continuar con la aplicación de métodos alternativos al procedimiento penal, a fin de evitar la estigmatización que este produce.

También debe tenerse presente que se ha observado una gran cantidad de casos en los cuales no pudo determinarse la existencia de antecedentes penales por parte de los encausados.

– *Edad.* En este aspecto la investigación arrojó que, sobre un total de cincuenta y ocho hechos violentos consumados en el Departamento Judicial Morón, los cometidos por menores representaron el 17%, y dentro de esta franja etaria, un 12% (7) se encontraban en edad de punibilidad y el resto, es decir, el 5% (3), entre los 14 y 16 años, por lo que resultaban inimputables. Es dable destacar que los menores fueron el segundo grupo después de los jóvenes adultos, es decir, los incluidos en el de 18 a 25 años, que resultaron el 40%.

A partir de ahí, en los grupos subsiguientes de victimarios se observa un número decreciente, ya que en la franja de 25 a 30 resultaron ser el 18%, de 30 a 40 el 12%, de 40 a 50 el 9%, de 50 a 60 el 2% y mayores de 70 años también el 2%. Por último, de 15 casos no se contaron con datos respecto a la edad.

Así, puede concluirse que la mayor cantidad de hechos fueron cometidos por menores de 25 años, los cuales representan el 57%, siempre teniendo en cuenta la falta de datos de 15 victimarios.

Con relación a las víctimas puede destacarse que de los 58 casos, un 11% (6) fueron adultos mayores, dividiéndose en un 2% los de 60 a 70 años y el 9% restante los de edad avanzada, es decir, mayores de 70.

– *Motivos del hecho.* En este sentido, la mayor cantidad de hechos se dio por cuestiones personales o venganza, ya sea dentro del seno familiar, por peleas barriales o de conflictos personales, pero siempre produciéndose el ataque violento entre conocidos y por problemas entre la víctima y el victimario. Este factor incidió en el 63% de los casos.

Considerando que en seis casos no se pudo determinar el motivo, en segundo término nos encontramos con aquellos hechos que se suscitaron en ocasión de un delito contra la propiedad, aunque la diferencia con el primer motivo fue bastante amplia, ya que sólo representó el 25%. Los restantes móviles del homicidio se repartieron entre los que fueron para defender un bien (6%), en un caso de violencia de género (4%) y en un ataque sexual (2%), situaciones que fueron diferenciadas, ya que un abuso sexual con la muerte de la víctima puede producirse tanto contra una mujer como un hombre. En el 8% de los casos no se pudo determinar el motivo.

– *Conocimiento víctima - victimario.* Teniendo en cuenta el resultado que arrojó la cuestión de los motivos del hecho, en esa misma línea se mantuvo este punto, donde el victimario en la mayoría de los hechos conocía a su víctima fatal. Así, de aquellos casos en los que se obtuvieron datos al respecto, surge que el 68% sabía quién era su víctima, y el restante 32% no lo sabía. De 16 casos no se pudo determinar esta cuestión.

– *Extranjeros.* De los datos extraídos en la presente investigación, puede inferirse que contrariamente a lo que suele creerse o señalarse, el porcentaje de personas de origen extranjero que participaron como sujeto activo en este tipo de delitos es muy bajo, tanto como victimarios (8%) o como víctimas (9%).

– *Parámetros que se relacionan.* No resulta una casualidad que una serie de datos se relacionen y sus parámetros lleven todos a un punto en común; y este vértice es la exclusión social; y de ella nos habla que la mayoría de los autores sean desempleados o changarines (61%), pertenezcan a las clases sociales medibaja o baja (86%), su grado de escolaridad vaya del primario incompleto al primario completo (75%) (sin elementos suficientes para determinar a los analfabetos), y que los hechos ocurrieran en las zonas periféricas de cada Municipio y que se conocieran entre sí (68%).

Todo indica, como conclusión, que la otra cara de la exclusión se llama falta de intervención del Estado, no solamente como factor de prevención de los delitos, sino como creador de los presupuestos necesarios para el desarrollo de toda la población, y más específicamente con aquella que no cuenta con los recursos necesarios para tal fin, para que la misma tenga todas las herramientas y se produzca el despliegue de su potencialidad como sujetos integrados en una sociedad que los cuente como parte de ella y no como un enemigo a destruir.

Queda claro, entonces, que resulta vital, como recurso de construcción de seguridad, la plena participación del Estado en todo bolsón de exclusión para atacar directamente aquellas causas que la provocan (falta de servicios públicos, de educación, sistemas de salud, acceso al trabajo digno, etc.) y poder transformar dichas realidades en sectores dinámicos de crecimiento social.

Aquello debe completarse con un Estado que produzca un adecuado desarrollo de las fuerzas de seguridad, que tengan plena efectividad en sus tareas de prevención, con un sistema judicial que en tiempo y forma intervenga para solucionar los conflictos que nacen del incumplimiento de la ley penal.

– *Servicios y comodidades del hogar.* En este segmento se intentó validar una serie de datos que pusieran en claro las condiciones socioeconómicas en las cuales se desarrollaba la vida del victimario, pero la falta de suficiente información y

su deficiente instrumentación no permitieron llegar a conclusiones objetivas, sino a reunir elementos fragmentados y sin valor estadístico.

– *Tasa de homicidios.* A los fines de lograr estadísticas homogéneas entre diversas regiones y países, más allá de las lógicas dificultades respecto de las denominaciones y características en cuanto se puede considerar una muerte violenta, como instrumento de estudio se toma la cantidad de homicidios divididos por la cantidad de habitantes por cada cien mil habitantes, lo cual da una tasa uniforme que permite ser utilizada como elemento para evaluar los niveles delictivos en una sociedad o grupo humano dado.

Entonces todo el Departamento presenta una tasa de 4,83 homicidios dolosos cada cien mil habitantes, si bien aquí solamente correspondería efectuar un análisis de región contra región; para darle un marco contextual adecuado destacaremos los siguientes datos:

Otras tasas

Todo el mundo:	6,9
América:	15,4
América del Sur:	20,0
Argentina:	5,5
Estados Unidos:	4,7
Europa:	3,5

En una primera aproximación se podría afirmar que esta región se encuentra por debajo del promedio mundial, próximo a los promedios de la Argentina y de los Estados Unidos. Alejado de los informados para América en su totalidad y del Sur en particular; y un poco superior al de Europa.

Si las comparaciones se efectúan con otras regiones o ciudades, los datos adquieren la siguiente magnitud; se encuentra estadísticamente alejada de la ciudad con mayor índice de la América del Sur, que resulta ser Maceió con 135,26 y con grado de proximidad con Nueva York (4,0, estadística para esta ciudad, teniendo en cuenta tan sólo los homicidios producidos con arma de fuego).

Y a su vez en un grado inferior con lo que resulta el promedio para el gran Buenos Aires, que se sitúa en un tasa de 7,66; en línea con el Departamento Judicial de San Isidro, que asciende a 4,57, ambas muy alejadas de la zona de Moreno - Gral. Rodríguez, con 9,44.

Los Partidos de Merlo (5,48), Hurlingham (5,51) y Morón (4,98) se alejan también de la tasa promedio y de los Municipios con mayor incidencia, como pueden ser José C. Paz (12,78) o Quilmes (12,00).

El distrito Ituzaingó (1,78) se pone a una distancia considerable de la media del Departamento Judicial estudiado, como de los datos del Gran Buenos Aires y así también de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (5,46), registrando un parámetro parecido a los de Vicente López (1,11) y Ezeiza (1,83).

Tales datos, conforme a los guarismos desarrollados, y con relación al delito que pone en peligro el más importante bien de toda persona –la vida–, revela un nivel de criminalidad que en términos generales está a niveles menores que la media mundial y de la región, siendo considerada baja en diversos estudios.

Sin embargo, la difusión de las conclusiones a las cuales se arriban pueden ser refutadas por diversos sectores, señalando que la nuestra no es una sociedad segura, más allá de las diversas interpretaciones técnicas que se puedan realizar sobre los datos recogidos; lo cierto es que aquella afirmación encuentra sustento, entre otros elementos, en la materialización de significativos ataques contra la propiedad y la existencia de grupos sociales excluidos protagonistas de hechos de violencia, y una marcada victimización de la sociedad, producto de factores comunicacionales, todas circunstancias que deben ser profundamente estudiadas; por ejemplo, en los Estados Unidos, un reciente estudio determina que el 56% de los encuestados sostenía que la delincuencia armada había aumentado.

Dichos parámetros escapan a los objetivos de la presente investigación; por lo cual deberán ser materia de una profunda investigación, no solamente centrado en análisis estadísticos sino en encuestas de victimización y de estudios de delin-

cuencia autorrevelada, todas herramientas con las cuales, y en un marco multidisciplinario, se podrá echar luz sobre un fenómeno sobre el cual mucho se debe investigar para llegar a herramientas de Política Criminal que permitan un abordaje positivo y adecuado a los mismos.

El alcance y magnitud de los resultados obtenidos pone en resalto la cantidad y calidad del trabajo realizado por las instituciones involucradas, generando un producto de altísima calidad y disparador de nuevos emprendimientos que, sin duda alguna, pone en primeros planos la labor académica de los mismos.

Fuentes

Observatorio Hemisférico de Seguridad de la OEA.

Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública y Justicia Penal.

Departamento de Justicia - USA - BJS.

Centros para el Control de Enfermedades y la Prevención de Enfermedades
CDC USA.

Comisión Europea - Eurostat.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

Estudio Pew Research Center.

LAS INCOHERENCIAS DEL SISTEMA ARBITRAL DEL CIADI

ELOÍSA B. RAYA DE VERA*

RESUMEN

Los Estados de Latinoamérica se lanzaron, a partir de fines de la década del 80, a firmar numerosos tratados bilaterales de inversión (TBI), compitiendo entre sí, como si se tratara de un concurso de belleza. Dichos acuerdos de inversión establecieron un sistema particular de solución de controversias que, en líneas generales, imponía el arbitraje. A comienzos del siglo XXI el índice de conflictividad en el Centro Internacional de Arreglo para las Diferencias sobre Inversiones (CIADI) aumentó exponencialmente, materializando un nuevo enfrentamiento entre países exportadores y receptores de capital. Dicha conflictividad se agudizó frente a incoherencias y parcialidades de los laudos. La crisis de credibilidad del sistema arbitral CIADI llevó a parte del mundo jurídico internacional a replantear reformas –como la que se propone en este trabajo–. En particular, a hacer obligatoria la doctrina del precedente en el arbitraje de inversiones.

I. Introducción

La regulación de las inversiones adquirió un nuevo ámbito de desarrollo a fines de la década del 80, cuando comenzaron a suscribirse en gran escala tratados bilaterales de inver-

* Abogada (Diploma de honor), Magíster en Relaciones y Negociaciones Internacionales (FLACSO-UDESA), Magíster en Relaciones Económicas Internacionales (Univ. de Barcelona), Prof. Titular de Derecho Internacional Privado y de la Integración (UM), Directora del Instituto de Derecho Internacional (CASM), Miembro Titular de la AADI.

sión (TBI) y tratados regionales que también incluían un capítulo sobre inversiones¹.

Al auge de los TBI se incorporaron primero los países africanos (a instancias de Europa), luego los países de Europa del Centro y del Este y el Sudeste Asiático². Recién en la década del 90 la mayoría de los países latinoamericanos hicieron suya la ola de los TBI.

En principio, existieron dos modelos de TBI: el europeo –un tanto más moderado– y el patrocinado por los Estados Unidos de América –menos moderado en sus disposiciones–³. Sin embargo, gran parte de los TBI contenían la cláusula de nación más favorecida (CNMF), que permitió extender el régimen del TBI estadounidense a inversores europeos, por lo que de facto se produjo una cierta multilateralización del sistema⁴.

Si analizamos el fenómeno en Latinoamérica, podemos observar que la Argentina, Chile, Colombia, Ecuador y Venezuela fueron, durante la década del 90, quienes mayor cantidad de tales acuerdos celebraron⁵.

La tendencia a suscribir TBI fue aumentando a inicios del siglo XXI. Así lo afirma la UNCTAD⁶, al expresar que “durante los últimos años, por término medio, cada semana se concluyeron más de tres tratados de inversión”. Mientras que duran-

¹ Es el caso del TLCAN (capítulo 11) y del ASEAN (acuerdo marco sobre el área de inversiones). Posteriormente el Mercosur (Protocolo de Colonia y de Buenos Aires, que no han llegado a entrar en vigor).

² Raya de Vera, Eloísa, *La interacción de ciertos principios generales del derecho internacional con el régimen jurídico latinoamericano de las inversiones extranjeras*, “Anuario Argentino de Derecho Internacional”, XVII, p. 19 a 40.

³ Citara, Rubén M., *El marco normativo de los tratados bilaterales de inversión (TBI) frente a la existencia de la jurisdicción contractual pactada*, LL, 2004-A-1401.

⁴ Raya de Vera, *La interacción de ciertos principios generales del derecho internacional con el régimen jurídico latinoamericano de las inversiones extranjeras*, “Anuario Argentino de Derecho Internacional”, XVII, p. 3.

⁵ Burdman, Julio, *La protección a las inversiones extranjeras en Argentina (1989-2005): una mirada político-económica*, en Lazzari, Diego (comp.), “Políticas Liberales exitosas: soluciones pensando en la gente”, Fundación Atlas, Bs. As., 2005.

⁶ UNCTAD, *Regulación internacional de la inversión: balance, retos y camino a seguir*, colección de publicaciones de la UNCTAD, Nueva York-Ginebra, 2008.

te la década del 90 el universo de acuerdos sobre inversión alcanzaba los 3.400, a finales del 2007 llegaron a los 5.500⁷.

Estos acuerdos han generado un sistema jurídico “especial”, caracterizado por su atomización, complejidad y diversidad, aunque no cerrado.

Se ha caracterizado como “especial”, ya que introduce institutos particulares como el trato justo y equitativo, la no discriminación, la protección y seguridad plenas, la indemnización justa, pronta y efectiva, la expropiación indirecta, la cláusula paraguas, la posibilidad de que un particular pueda demandar a un Estado ante un tribunal arbitral internacional, entre otras disposiciones.

Se lo define como un sistema “complejo y diverso”, ya que está formado por miles de acuerdos individuales que carecen de coordinación y que poseen múltiples capas (nivel bilateral, subregional, regional, interregional, sectorial, plurilateral y multilateral) que pueden superponerse⁸.

En efecto, la firma indiscriminada de acuerdos sobre inversión, durante la década del 90, generó el fenómeno que el profesor Jagdish Bhagwati llamó *spaghetti bowl*, evocando una maraña de reglas preferenciales entrecruzadas⁹.

II. *Solución de controversias en el marco de los TBI*

El sistema de solución de controversias que adoptaron los TBI suele tener un patrón común: recurrir al arbitraje internacional¹⁰. Sin embargo, hay distintas aristas.

⁷ En estas cifras se incluyen no sólo los acuerdos bilaterales, sino también la regulación de la inversión extranjera directa en el ámbito regional, en acuerdos de libre comercio u otros tratados de cooperación económica.

⁸ UNCTAD, *Regulación internacional de la inversión: balance, retos y camino a seguir*, colección de publicaciones de la UNCTAD, Nueva York-Ginebra, 2008.

⁹ Peña, Félix, *¿Cuál es el verdadero problema del “spaghetti bowl”? Proliferación de acuerdos preferenciales en un sistema global debilitado*, www.felixpena.com.ar.

¹⁰ Rosatti, Horacio, *Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino*, LL, 2003-F-1283.

En efecto, el esquema de solución de controversias puede dividirse en varios pasos; en primer lugar, la apertura de un período de consulta y negociación¹¹.

La utilización de la consulta es un mecanismo habitual en el ámbito del comercio internacional. Así, por ejemplo, el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio se inicia con consultas bilaterales entre los Estados involucrados, guiadas por la buena fe y la mutua comprensión¹². Este régimen ya estaba previsto en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), al regularse las consultas bilaterales y generales¹³.

Por su parte, la negociación, como medio de solución de disputas, es el más antiguo y más utilizado en el ámbito internacional¹⁴.

Sin embargo, ambos mecanismos, hasta su regulación en los TBI, sólo eran utilizados en controversias entre Estados.

En efecto, en el derecho internacional consuetudinario clásico, la tutela de la inversión extranjera se canalizaba a través de la protección diplomática¹⁵, que descansaba en la facultad discrecional del Estado. El particular tenía vedado el acceso al sistema jurisdiccional internacional.

¹¹ El TBI entre la Argentina y España dispone en su art. 10.1: “Las controversias que surgieren entre una de las partes y un inversor de la otra parte en relación con las inversiones en el sentido del presente acuerdo deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia”. El TBI entre los Estados Unidos de América y la Argentina dispone en su art. VII.2: “En caso de surgir una controversia, las partes en la controversia procurarán primero solucionarla mediante consultas y negociaciones”.

¹² Basaldúa, Ricardo X., *La Organización Mundial del Comercio y la regulación del comercio internacional*, LexisNexis, Bs. As., 2007.

¹³ Lavagna, Roberto, *El GATT y sus normas: una aproximación a las cuestiones fundamentales*, Organización Techint, “Boletín Informativo”, n° 236, ene.-mar., 1985, Argentina.

¹⁴ Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 2008.

¹⁵ Cabe recordar que este principio no era compartido por el derecho regional consuetudinario latinoamericano que, en virtud a la doctrina Irigoyen, le desconocía a las personas jurídicas la posibilidad de invocar la protección diplomática por carecer de nacionalidad.

Ahora bien, los TBI organizan su propio sistema de acceso a la jurisdicción, reconociendo que un particular tenga la capacidad procesal para demandar directamente al Estado receptor de la inversión ante instancias arbitrales internacionales¹⁶.

De ese modo se rompe con la regla general de que la litigiosidad internacional está sólo reservada a los Estados.

Aunque es posible afirmar hoy que la práctica internacional de órganos sin carácter propiamente judicial refleja, en forma mucho más amplia, el poder procesal de los individuos para poner en marcha la actuación de órganos específicos de ciertas organizaciones internacionales¹⁷.

A modo de conclusión parcial, puede mencionarse que la negociación ha sido bastante fructífera a la hora de solucionar controversias sobre inversiones. Esto ha llevado a ciertos autores a proponer su estimulación¹⁸.

Una vez finalizada la etapa de “consultas y negociación” sin resultado positivo, se abre un período de espera para llevar el conflicto al arbitraje internacional¹⁹.

En el modelo europeo, las partes tienen seis meses para intentar, mediante la negociación, llegar a un acuerdo. En caso contrario, la controversia será llevada ante la justicia del Estado receptor de la inversión (art. 10.2). Sin embargo, al plazo de seis meses inicial, el TBI europeo le adiciona un plazo de dieciocho meses, vencido el cual, sin sentencia sobre el fondo del asunto o persistiendo la controversia, recién se habilita el camino hacia el arbitraje internacional (art. 10.3).

El modelo estadounidense, en cambio, establece que el plazo de seis meses se aplica al período de negociación o de

¹⁶ Borzi de Lucia, Máximo, *Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de las inversiones extranjeras y sus efectos en el derecho público argentino*, “Revista El Ciudadano”, 2003.

¹⁷ Díez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público*.

¹⁸ Peña, Félix, *The role of ICSID in investor-State dispute resolution: lessons from the “argentinean cases”*, www.ustr.gov.

¹⁹ Granato, Leonardo, *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los tratados bilaterales de inversión*, Working Paper n° 3, CAEI, www.caei.com.ar.

tramitación del proceso en la jurisdicción local del Estado receptor o a cualquier otro procedimiento acordado entre las partes (art. VII.2 y 3).

La diversidad de disposiciones de los TBI ha generado uno de los debates más amplios, en cuanto al acceso al arbitraje internacional y el agotamiento de la jurisdicción local del Estado receptor.

En numerosos TBI no se requiere del agotamiento de la jurisdicción interna antes de poder recurrir al arbitraje internacional²⁰.

Lo que el TBI entre la Argentina y España requiere, previamente²¹, es recurrir a la justicia doméstica (como recuerdo de la doctrina Calvo). Es decir, sólo instar la acción en la esfera local y no tener que agotar todas las instancias internas. Esta disposición se la conoce como cláusula Calvo débil o agotamiento moderado de los recursos internos.

Sin embargo, llegó a discutirse si plantear la controversia en los tribunales locales era una obligación previa o un derecho que tenían las partes. Mayoritariamente se optó por consagrar el derecho y no la obligación: “La frase ‘será sometida’ del art. 10.2 puede interpretarse en el sentido que confiere a cada una de las partes el derecho de recurrir a los tribunales, pero no impone a ninguna de ellas la obligación de hacerlo”²². Aunque también algunos laudos arbitrales declararon lo contrario²³.

De todos modos, esa discusión se volvió algo estéril, debido a la interpretación amplia de la CNMF, seguida en

²⁰ Ésta es una característica de la protección diplomática o de algunos regímenes del derecho internacional público como el sistema europeo y el sistema interamericano de derechos humanos.

²¹ Al igual que el TBI entre la Argentina y Alemania (firmado el 9/4/91, aprobado por ley argentina 24.098, vigente desde el 8/11/93).

²² “Hochtief, A. G. vs. La República Argentina” (CIADI ARB/07/31), resolución sobre jurisdicción de octubre de 2011.

²³ En el caso “Wintershall, A. G. vs. La República Argentina” (CIADI ARB/04/14), el tribunal dispuso que “el término ‘será’ utilizado en el art. 10.2... denota, en sí mismo, una obligación y no simplemente una elección u opción. En la terminología de los tratados, la palabra ‘será’ significa que lo estipulado es jurídicamente vinculante...”.

gran parte de laudos, que multilateralizó el acceso directo al arbitraje internacional previsto en el modelo estadounidense.

Pasemos ahora a la etapa del arbitraje internacional. Esta etapa se caracteriza por consagrar, para cierta parte de la doctrina, un foro exorbitante²⁴; es decir, un ámbito que reconoce una vinculación mínima con el territorio en el cual se efectuó la inversión y las circunstancias que lo rodean –a diferencia de la justicia local–. Para otra parte, la posibilidad de recurrir al arbitraje consagra un foro natural²⁵.

Tanto el modelo europeo como el estadounidense han establecido la autonomía de la voluntad en materia jurisdiccional, al prever recurrir al procedimiento arbitral dispuesto por el Convenio de Washington de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, o ante un tribunal arbitral *ad hoc* establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o ante cualquier foro arbitral que se haya establecido de común acuerdo.

Suponiendo que el inversor opte por el CIADI, deberá cumplir con los requisitos jurisdiccionales contemplados en el art. 25 del Convenio de Washington²⁶.

En efecto, la parte que invoque la jurisdicción del CIADI deberá demostrar que: *a*) la disputa sea de naturaleza legal –se excluyen las controversias técnicas o políticas²⁷–; *b*) surja directamente de una inversión –se excluyen los reclamos ex-

²⁴ Rosatti, *Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino*, LL, 2003-F-1283.

²⁵ Cremades, B., *Arbitration in investment treaties: public offer of arbitration in investment. Protection treaties*, Liber Amicorum Karl-Heinz Bockstiegel, 1996, p. 156 a 161.

²⁶ “Art. 25. – La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante... y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro”.

²⁷ García-Bolívar, Omar, *La jurisdicción del Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI)*, “Revista Derecho del Mercosur”, 2004-1-7.

clusivamente contractuales-, y c) la parte no estatal involucrada en la disputa debe ser un nacional de otro Estado contratante a la Convención²⁸.

Al respecto, hay que mencionar que el Convenio de Washington (CW) le atribuye nacionalidad a las personas jurídicas, desafiando de ese modo la doctrina Bernardo de Irigoyen²⁹, seguida por gran parte de Latinoamérica³⁰. Asimismo recepta la teoría del control con atribución de nacionalidad, también rechazada por la doctrina latinoamericana³¹.

Sin embargo, la piedra angular del sistema CIADI reside en la prestación del consentimiento. Ciertamente, la jurisdicción del CIADI se basa en el consentimiento de las partes, el cual debe darse en forma expresa y por escrito³².

Si bien el CW detalla la forma que debe revestir ese consentimiento –por escrito–, no aclara el mecanismo que debe ser utilizado para esos efectos, ni el tiempo en que debe ser efectuado.

En cuanto al mecanismo a ser utilizado, puede afirmarse que hay tres vías que posibilitan la prestación del consentimiento: la convencional, la contractual y la legislativa³³, aunque la más usual desde los TBI es la convencional.

²⁸ Aunque desde el año 1978 existe en el CIADI un mecanismo complementario que permite que Estados receptores no contratantes o nacionales de Estados no contratantes –pero no ambos– lleven sus disputas ante ese organismo.

²⁹ El Ministro de Relaciones Exteriores del presidente argentino Nicolás Avellaneda, con motivo de la nota de reclamo que efectuara el gobierno de Inglaterra al gobierno argentino en 1876, para exigir protección diplomática para el Banco de Londres y Río de La Plata, estableció que las personas jurídicas deben exclusivamente su existencia a la ley del país que las autoriza; éstas no tienen nacionalidad y carecen de derecho de protección diplomática.

³⁰ Debemos subrayar que Estados Unidos y Europa sí le atribuyen nacionalidad a las sociedades y por lo tanto les otorga protección diplomática (confirmación casos “Barcelona Traction” y “Elettronica Sicula” de la CIJ).

³¹ Ver Biocca, Stella M., *Derecho internacional privado. Un nuevo enfoque*, t. II, Lajouane, Bs. As., 2004.

³² Vinuesa, Raúl E., *Bilateral investment treaties and the settlement of investment disputes under ICSID: the Latin American experience*, 8 L & Bus. Rev. Am. 501.

³³ Rodríguez Jiménez, Sonia, *Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI*, en Dreyzin de Klor,

Cabría preguntarse si la expresión contenida en la mayor parte de los TBI, que establece la opción jurisdiccional del CIADI, es suficiente como consentimiento previsto en el art. 25 del CW.

Debemos mencionar dos posturas. La primera sostiene que el tratado por sí mismo no puede crear jurisdicción del Centro, sin que las partes en la disputa nuevamente hayan consentido por escrito someterle la controversia³⁴; la segunda establece que, si bien algunos TBI no mencionan específicamente el consentimiento estatal previsto en el art. 25 del CW, establecen que una disputa “deberá ser sometida” al Centro, por lo que no puede dudarse del carácter obligatorio de esta disposición³⁵.

La posición mayoritaria establece que la ratificación de un TBI constituye un compromiso obligatorio de acudir al arbitraje internacional, que no necesita de una posterior concreción escrita de la parte estatal³⁶. Así por ejemplo, en el caso “Wintershall A. G. vs. La República Argentina” (CIADI ARB/04/14), el tribunal arbitral dispuso que “el consentimiento del Estado receptor al arbitraje internacional se presta, no de manera general, sino *inter alia*, en el marco de un tratado específico de inversión. El consentimiento del Estado receptor se presta en el momento de celebrarse un tratado bilateral con otro Estado”.

III. *Sobre la coherencia del sistema arbitral del CIADI*

A pesar de la oleada de TBI, el índice de conflictividad en materia de inversiones no disminuyó –como se pensaba al

Adriana - Fernández Arroyo, Diego (dirs.), “Inversiones extranjeras”, DeCITA, 03.2005, Zavalía, 2005.

³⁴ Sornarajah, M., *Power and justice in foreign investment arbitration*, JIA, vol. 14, 1997, p. 130.

³⁵ Schreuer, Ch., *Commentary on the ICSID Convention*, ICSID Rev., vol. 11, 1996, p. 443.

³⁶ Rodríguez Jiménez, *Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI*, en Dreyzin de Klor, Adriana - Fernández Arroyo, Diego (dirs.), “Inversiones extranjeras”, DeCITA, 03.2005, Zavalía, 2005.

crearse un blindaje jurídico para el inversor extranjero-. El CIADI recibió numerosas demandas al comenzar el siglo XXI³⁷. En muchos de esos casos se han emitido cuantiosos laudos sobre la jurisdicción y sobre el fondo, cuyo contenido ha generado críticas por su falta de coherencia, su falta de imparcialidad y por desconocer cuestiones “públicas” invocadas por los Estados demandados.

Por ejemplo, el profesor Diego Fernández Arroyo, del Instituto de Estudios Políticos de París y un estudioso del tema arbitraje de inversiones, ha escrito que “respecto de materias especialmente sensibles las contradicciones entre los tribunales arbitrales son a veces groseras”³⁸.

Esta supuesta falta de coherencia, que algunos consideran propia del sistema arbitral, ya que no existe la doctrina del precedente y la decisión de un tribunal ad hoc no obliga a otros –aunque la situación fáctica guarde similitud–, ha causado un importante déficit de credibilidad del sistema arbitral del CIADI, especialmente en los países en vías de desarrollo.

Veremos ahora las interpretaciones efectuadas por tribunales arbitrales ad hoc de dos cláusulas de los TBI con la finalidad de demostrar la falta de coherencia.

a) *Trato justo y equitativo*. La obligación de conceder un trato justo y equitativo ya era muy difundida entre los países exportadores de capital³⁹. Sin embargo, no existía una norma vinculante internacional que la reconociera específicamente con relación a la inversión, hasta su inclusión en los TBI⁴⁰.

³⁷ La Argentina recibió a la fecha cincuenta demandas (fuente <http://ic-sid.worldbank.org/>).

³⁸ Fernández Arroyo, Diego, *Transparencia y jurisprudencia en el arbitraje internacional*, Academia de Derecho Internacional de La Haya, programa externo, Buenos Aires, 26 de octubre al 3 de noviembre de 2012.

³⁹ Fernández de Gurmendi, Silvia, *Los convenios bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones*, en “Relaciones Internacionales”, publicación del Instituto de Relaciones Internacionales (IRI) de la Universidad Nacional de La Plata, año II, n° 3, nov. 1992.

⁴⁰ En cambio, ya había un reconocimiento en diversos laudos arbitrales y en la doctrina internacional. Por ejemplo, en el caso “Neer vs. Estados Uni-

En general, los TBI incorporaron el trato justo y equitativo en cláusulas con términos amplios y genéricos. Así por ejemplo, el TBI firmado entre la República Argentina y España, ratificado por ley 24.118: “Cada Parte garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte” (art. 4.1)⁴¹.

Otros, en cambio, fueron más específicos, como el TBI suscrito entre la República Argentina y los Estados Unidos de América en 1992, ratificado por ley 24.124, que dispuso al respecto: “Se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de entera protección y seguridad y en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional” (art. II.2.a).

El TBI estadounidense materializa el anclaje del tratamiento justo y equitativo en el derecho internacional. Asimismo, fija un piso para la interpretación del contenido de ese tratamiento, al establecer que en ningún caso se les concederá a los inversores un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional. Ello implica que no puede ser menor, aunque sí superior.

Interesa destacar que el trato justo y equitativo se diferencia de otros institutos vinculados al tratamiento del inversor extranjero (como el trato nacional o la cláusula de nación más favorecida) en que no es contingente ni relativo⁴². Ello implica que el contenido del “trato justo y equitativo” es independiente del tratamiento otorgado al inversor local o a

dos Mexicanos”, de 1926, el tribunal arbitral definió que el no cumplimiento del estándar de trato justo y equitativo se produce como consecuencia de un ultraje, acto de mala fe, negligencia voluntaria de un deber o insuficiencia de una acción gubernamental, reconocidas como tales por cualquier hombre razonable e imparcial.

⁴¹ En igual sentido, el art. 5.1 del Tratado Modelo de Canadá (2004), el art. 3 del Tratado Modelo de Francia (2006), Tratado Modelo de Alemania (2008) y la India (2003).

⁴² Fatouros, Arghyrios A., *International investment agreements: recent trends in law and policy*, en Symposium for Least Developed Countries-International Investment Agreements and their Implications for Least Developed Countries, Ginebra, UNCTAD, 1999.

inversores de terceros Estados. Su violación sólo se observa bajo la lente de la justicia y la equidad⁴³.

Esa lente tan amplia ha generado diversas interpretaciones al momento de definir el contenido mínimo del “trato justo y equitativo”.

Siguiendo a Barraguirre⁴⁴, las interpretaciones efectuadas son pasibles de distinta gradación. En primer lugar, la posición de considerar que la protección es “superior” y “autónoma” al estándar mínimo establecido en el derecho internacional o, en segundo lugar, considerar que la protección es similar al estándar mínimo establecido en el derecho internacional.

La concepción del trato justo y equitativo como protección “superior” y “autónoma” al estándar mínimo del derecho internacional se caracteriza por su total flexibilidad y amplitud. Cualquier conducta del Estado receptor –incluso las promesas efectuadas por funcionarios sin competencias para hacerlo, o la actuación de buena fe– puede violentar las expectativas inducidas.

A modo de ejemplo, fue utilizada en el caso “Técnicas Medioambientales TECMED SA vs. Estados Unidos Mexicanos” (CIADI ARB (AF)/00/2), en el que el tribunal arbitral estableció que “los alcances del estándar comprende la expectativa de que el Estado receptor actúe de manera coherente, libre de ambigüedades y en forma totalmente transparente... por lo que el inversor debe conocer de antemano todas las reglas y regulaciones que gobernarán la inversión así como las metas y objetivos de las políticas públicas, directrices y prácticas administrativas pertinentes a fin de ser capaz de planificar su inversión y cumplir con aquéllas”⁴⁵.

⁴³ Fontoura Costa, José A., *Direito internacional do investimento estrangeiro*, Juruá, Curitiba, 2010.

⁴⁴ Barraguirre, Jorge - Mansi, Ariel, *El sistema de solución de controversias en materia de inversiones: el subsistema del convenio CIADI. Tratados bilaterales de inversión*, relato del XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dr. Enrique Ferrer Vieyra”, Córdoba, oct. 2009.

⁴⁵ En igual sentido, las conclusiones del tribunal en el caso “CMS Gas Transmission Company vs. La República Argentina” (CIADI ARB/01/8) y “Mondev International Ltd. vs. Estados Unidos de América” (CIADI ARB AF/99/2).

La doctrina de los países exportadores de capital suele tener la visión de que “el trato justo y equitativo” se refiere a una conducta que va mucho más allá del estándar mínimo y otorga una protección más amplia que cualquier otro concepto expresado en el pasado⁴⁶.

Por el contrario, la doctrina de los países receptores de inversión suele atenerse de modo estricto al estándar mínimo establecido en el derecho internacional, rechazando toda especie de estándar aditivo⁴⁷.

En “MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile SA vs. la República de Chile” (CIADI ARB/01/7), también se tomó un estándar ampliado, basándose en los enunciados proactivos (tales como promover, crear y estimular) contenidos en el TBI. Por ello se concluyó que violenta el trato justo y equitativo la falta de transparencia en el funcionamiento de los órganos públicos y en la falta de un marco predecible para las inversiones.

Contrariamente, la posición de que el trato justo y equitativo incluye un estándar similar al previsto en el derecho internacional se caracteriza por estabilizar el estándar en el marco regulatorio bajo el cual la inversión fue hecha⁴⁸; por limitar la interpretación del estándar bajo el derecho del Estado receptor, y por sólo incluir conductas estatales especialmente delegadas por compromisos específicos.

Para esta visión, las expectativas legítimas dignas de protección son aquellas que descansan sobre una base objetiva de derecho⁴⁹.

⁴⁶ Redfern, Alan - Hunter, Martin - Blackaby, Nigel - Partasides, Constantine, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, La Ley, Bs. As., 2007.

⁴⁷ Barraguirre - Mansi, *El sistema de solución de controversias en materia de inversiones: el subsistema del convenio CIADI. Tratados bilaterales de inversión*, relato del XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dr. Enrique Ferrer Vieyra”, Córdoba, oct. 2009.

⁴⁸ “Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company vs. República de Ecuador” (CIADI ARB/06/11).

⁴⁹ El tribunal arbitral, en el caso “M. C. I. Power Group L. C. & New Turbine Inc. vs. la República de Ecuador” (CIADI ARB/03/6) dispuso que “las expectativas del inversor respecto a la exigencia de un trato justo y equitativo y de buena fe, de conformidad con el TBI, deben tener un correlato de legitimidad objetivo. La legitimidad de las expectativas del trato debido... no de-

En “Metalpar SA y Buen Ayre SA vs. la República Argentina” (CIADI ARB/03/5) el tribunal llegó a una conclusión semejante: “las expectativas legítimas requieren una promesa de la administración en la cual los demandantes basen sus derechos... en este caso concreto, no existió una licitación, una licencia, un permiso o un contrato de alguna clase entre Argentina y los demandantes, por lo que no hubo expectativas legítimas que fueran violadas”.

Asimismo, en el caso “Alex Genin, Eastern Credit Limited Inc. y A. A. Baltoil vs. Estonia” (CIADI ARB/99/2), el tribunal dispuso que el significado de trato justo y equitativo requiere para su violación actos por parte del Estado que demuestren una premeditada intención hacia el incumplimiento de una obligación.

Las disímiles interpretaciones del “trato justo y equitativo” en los diversos laudos arbitrales generaron un replanteo de la cláusula. Así, por ejemplo, en el modelo de TBI (2004) de los Estados Unidos de América, se modificaron los términos del originario art. II.2.a, incorporando la expresión “y no crea derechos sustantivos adicionales”⁵⁰.

b) *Reparación por expropiación.* Debemos partir por mencionar que la delimitación de la compensación tampoco ha sido pacífica. En general, los TBI incluyen la expresión “compensación pronta, adecuada y efectiva”, plasmando de ese modo la fórmula Hull⁵¹.

El estándar mínimo establecido por el derecho internacional consuetudinario clásico en la proposición “compensación

penden de la mera intencionalidad de las partes, sino de la certeza del contenido de las obligaciones exigibles”.

⁵⁰ Los TBI que hoy se están negociando, en general, se remiten al derecho internacional para establecer el contenido del “trato justo y equitativo”, pero como techo y no como piso (confirmación, Cross, Karen H., *Inversión en América Latina: los tratados bilaterales de inversión y arbitraje de conflictos con inversiones en América Latina*, en Seminario de Aspectos Legales de las Finanzas, Universidad del CEMA, Buenos Aires, mar. 2010).

⁵¹ Cordell Hull, Secretario de Estado de los Estados Unidos en 1938, mediante un comunicado a México, solicita para los ciudadanos estadounidenses que fueron expropiados una compensación adecuada, pronta y efectiva.

adecuada, pronta y efectiva” implicaba que, en caso de expropiación de la inversión, el Estado receptor debía abonar el valor total de mercado del bien expropiado, en un tiempo breve y en moneda convertible⁵².

No debe olvidarse que este estándar fue desafiado por ciertos principios del derecho regional consuetudinario y el derecho internacional del desarrollo (ver punto I).

La doctrina mayoritaria establece que, para calcular el valor justo de mercado de un bien rentable o empresa en marcha, se calculan las ganancias futuras mediante la aplicación de un análisis de flujo de caja descontado⁵³.

Interesa mencionar que los tribunales arbitrales suelen aplicar un criterio restrictivo en cuanto a la consideración de la existencia de lucro cesante vinculado a las ganancias de la empresa⁵⁴.

En el caso “CMS vs. Argentina” (CIADI ARB/01/8), el tribunal aplicó el estándar del valor real de mercado. En “Azurix vs. Argentina” (CIADI ARB/01/12) aplicó el mismo estándar, aclarando que se trata del “precio, expresado en efectivo, al que una propiedad cambiaría de manos entre un comprador hipotético dispuesto a comprar y con capacidad de hacerlo y un vendedor hipotético con capacidad de vender, actuando como partes independientes en un mercado abierto y sin restricciones, cuando ninguno tiene la obligación de comprar o vender y cuando ambos tienen un conocimiento razonable de los hechos pertinentes”.

Corresponde expresar que existieron también interpretaciones amplias sobre la expresión “compensación adecua-

⁵² Esta posición fue ratificada por las Directrices respecto del Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa del Banco Mundial de 1993: “La compensación se considerará adecuada si se basa en el valor justo de mercado del bien expropiado y, para tal fin, deberá determinarse el valor del bien al momento inmediatamente anterior a que se produjera la expropiación o a que se conociera públicamente la decisión de expropiar el bien”.

⁵³ Redfern - Hunter - Blackaby - Partasides, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*.

⁵⁴ Ver el laudo del caso “Autopista Concesionada de Venezuela C.A. vs. República Bolivariana de Venezuela” (CIADI ARB/00/5).

da, pronta y efectiva”. En el caso “MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile SA vs. Chile (CIADI ARB/01/7), el tribunal consideró aplicar el estándar de indemnización establecido en el caso “Chorzów”, es decir, una compensación integral.

En esta materia, las diversas posiciones sobre el alcance de la indemnización también generaron reformas en los TBI que debían renegociarse. Por ejemplo, en el TBI firmado entre China y Tailandia se incluyó la fórmula de “indemnización apropiada” utilizada por la Carta sobre Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

IV. Conclusiones

El sistema arbitral del CIADI tuvo importantísimas críticas por su falta de coherencia desde comienzos del siglo XXI.

En general se consideró que uno de los factores que contribuyó a la ausencia del precedente fue el carácter confidencial que reviste el arbitraje⁵⁵.

A partir de las críticas comenzaron a hacerse cambios en el sistema; las reglas del CIADI, después de la reforma de 2006, permiten que las audiencias sean públicas y se presenten *amicus curiae*⁵⁶. La Ley Modelo y el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL también fijan su norte en la transparencia y uniformidad.

Consideramos que, para evitar la incoherencia y la inestabilidad de las relaciones internacionales entre países exportadores y receptores de capital, debería imponerse en el arbitraje sobre inversiones –especialmente porque es un tema muy sensible para los Estados y que posee derrame sobre la eficacia de derechos humanos fundamentales– la doctrina del precedente obligatorio.

⁵⁵ Fernández Arroyo, *Transparencia y jurisprudencia en el arbitraje internacional*, Academia de Derecho Internacional de La Haya, programa externo, Buenos Aires, 26 de octubre al 3 de noviembre de 2012.

⁵⁶ Confirmación arts. 32.2 y 37.2.

La línea jurisprudencial obligatoria en arbitraje de inversiones, si bien no se encuentra normativamente consagrada, posee una manifestación fáctica cada vez más importante⁵⁷.

⁵⁷ Los árbitros han tomado como práctica citar otros precedentes o casos del CIADI como fundamento de sus decisiones (conf. casos “Iberdrola ARB/9/5” y “Abaclat c/Argentina ARB/7/5”, por ejemplo).

AJUSTICIAMIENTOS POPULARES COMO RESPUESTA PUNITIVA SOCIAL EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

RODOLFO A. ALVARITO - CLAUDIA R. SCHVARTZMAN
ALFREDO A. CORKISH - MARTA VELIZ

RESUMEN

Éste es un resumen del informe final sobre el trabajo de investigación que se ha propuesto, en primer lugar, describir la realidad de los ajusticiamientos populares en la provincia de Buenos Aires, a partir de algunos casos registrados por la prensa en el período 2004-2014, conocidos como “linchamientos” o “justicia por mano propia”. La evolución histórica muestra una tendencia marcadamente creciente de estas acciones en dicho territorio. En segundo lugar, en base al marco teórico y antecedentes considerados, definimos al fenómeno en estudio y sobre esa definición teórica-línea histórica de observación, ensayamos una caracterización conceptual, delineando un modelo de los posibles estados o fases de evolución del problema en la sociedad, en la medida en que el Estado –como titular exclusivo de la fuerza pública– se ve superado en su evitación y contención. La constatación de la mayor organización en las acciones y la frecuencia de estos hechos, más el incipiente uso de “amenazas preventivas de linchamiento”, en el marco de la protesta social desplegada en los últimos tiempos a través de distintas formas de lucha (saqueos); es indicativa de un “repertorio de acciones” que se va consolidando en la memoria colectiva, que en el caso de los linchamientos se construye como medio útil para hacer frente a uno de los males actuales, la inseguridad. El método principal de trabajo de nuestra investigación se concentró en explorar una muestra de casos a partir de publicaciones periodísticas, completada con datos obtenidos a partir de su judicialización, a fin de ofrecer una descripción del fenómeno en cuanto a sus concreciones definitivas, des-

tacando sus variables y magnitudes porcentuales, todo ello en función del abordaje desde los enfoques sociológico, psicológico y jurídico que ha seguido al resultado empírico de nuestra investigación.

1. *Objetivos*

Han sido los objetivos de esta investigación netamente empírica conocer el verdadero alcance y magnitud del fenómeno en estudio en el territorio considerado, conociendo de antemano la realidad que han mostrado investigaciones similares en otros países latinoamericanos. También poder describir exhaustivamente sus notas características (motivos invocados, personas que intervienen), poniendo atención a sus hechos preparatorios (advertencias-escraches), sus estados intermedios; discriminando hechos tentados de los concretados (suerte de *iter criminis*) y realizando el entrecruzamiento con otras formas de reacción popular violenta que puedan venir acompañadas (incendios, robos, saqueos). Ello en orden a establecer una definición, para una posterior categorización o tipología de los ajusticiamientos populares como especie del género violencia colectiva. Conocido el fenómeno en lo empírico y en sus concreciones teóricas básicas, el objetivo final fue indagar acerca de sus implicancias –entre otras– en el campo de lo jurídico, en cuanto a su tratamiento como hecho delictivo o conjunto de delitos, y el aspecto de la participación en el delito de muchedumbres.

2. *Principales aspectos metodológicos*

La investigación se inició con la búsqueda exhaustiva de casos periodísticos, completada con datos de registros oficiales (casos judicializados y estadísticas). A ese principal cúmulo de información de casos se sumó nuestra exploración del fenómeno a partir de entrevistas con operadores del sistema (fiscales, jueces, funcionarios policiales) y encuestas estructuradas sobre percepción del problema y de confianza en el sistema (desempeño funcional, eficacia de programas, eficiencia normativa). La base de datos se estructuró y sistematizó en

función de las variables consideradas relevantes. Todo el trabajo de campo se complementó con la búsqueda y exploración de los antecedentes bibliográficos que se han dedicado al tema específico de los linchamientos en el ámbito nacional o regional, como en general al tema de la violencia colectiva. Como hecho complejo que suele ser catalogado nuestro fenómeno en estudio, consideramos menester precisar antes de toda búsqueda una mínima descripción provisoria –noción de trabajo– de sus notas características (motivos invocados, personas que intervienen, formas de ejecución), poniendo atención a sus hechos acompañados, no necesariamente preparatorios ni previos (advertencias-escraches), sus estados intermedios; discriminando hechos tentados de los concretados y realizando el entrecruzamiento simultáneo con otras formas de violencia o protesta que pudieran venir agregadas (incendios de patrulleros, saqueos).

Esta tarea inicial fue fundamental para delimitar cuáles eran los casos relevantes y cuáles no para una temprana y exitosa clasificación y búsqueda. La complejidad del fenómeno ha disparado, como era de esperar, nuestra curiosidad acerca de lo que en el inicio llamamos “zona gris”, logrando afinar la búsqueda respecto de otras formas de manifestar (distintas del linchamiento) el descontento popular, evidenciado ello en las crónicas policiales que relatan acciones colectivas de protesta-acción exteriorizadas en distintas formas: marchas, cortes, escraches, puebladas, apedreamientos e incendios de edificios públicos, amenazas preventivas de linchamientos, saqueos. Toda esa información resultante fue agregada a una planilla general de casos¹ y constituye, por la forma de su confección, nuestra categorización y sistematización de la cantidad de casos relevados, constituyendo la base digital de datos relevantes de nuestra muestra en el universo de casos, que con criterio de agrupación cronológico-sistemático contiene las distintas características y propiedades (columnas) por cada caso relevado (filas). Con respecto a la “cifra negra” o el subre-

¹ Disponible en <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxkcHBjYW18Z3g6NTlkNDUwMDk2MzBiMDc3NA>.

gistro de esta forma de criminalidad, a ciencia cierta, sin registros oficiales específicamente dedicados a la problemática, ni formas ágiles de acceder (en los registros del delito común), por la dispersa información indiciaria de potenciales situaciones de linchamientos, sólo ha sido posible hacer una estimación aproximada de la magnitud real del fenómeno. “Uno de los primeros obstáculos a la hora de construir un diagnóstico de mediano y largo plazo sobre la violencia y los delitos en la provincia de Buenos Aires se vincula a la inexistencia de datos comparables y confiables que permitan realizar afirmaciones tajantes sobre el aumento o disminución de ciertos fenómenos” (Observatorio de Políticas de Seguridad / UNLP, 2014:10).

3. *Desarrollo del trabajo*

En cuanto al marco teórico y el estado del arte, el fenómeno de los ajusticiamientos populares no ha sido prácticamente estudiado en nuestro país. Sí existen varios autores argentinos que se han dedicado a la realidad de los linchamientos en países centro y sudamericanos. Citando los trabajos más conocidos, encontramos un gran aporte en las distintas obras del doctor Carlos Mario Vilas. Otra obra de importancia ha sido el trabajo de investigación (tesis) del doctor Leandro Gammallo (2012), titulado *Crimen, castigo y violencia colectiva: Los linchamientos en México en el Siglo XXI*. Aunque decididamente el de mayor influencia en nuestra investigación ha sido, sin dudas, el trabajo de los marplatenses Leandro González, Iván Ladeuix y Gabriela Ferreyra (2011), titulado *Acciones colectivas de violencia punitiva en la Argentina reciente*, por ellos mismos denominándolas con la sigla ACVP. El único trabajo conocido dedicado a la realidad de nuestro país es el de los historiadores marplatenses. Los mencionados autores han ensayado una posible causa del desinterés académico sobre los linchamientos respecto de la realidad nacional, frente a la profusa literatura dedicada al problema en otros países latinoamericanos (Guatemala, México), basado en un posible prejuicio acerca de que el fenómeno posee en nuestro medio

especiales características como el escaso saldo organizativo, carácter “espontáneo”, que lo tornarían poco atractivo (González y otros, 2011:168). Luego traen a colación el trabajo de Laura Kalmanowiecki sobre el levantamiento popular de Tres Arroyos el 31 de diciembre de 1989, tras la violación y asesinato de Nair Mostafá.

Entendemos que el caso de Nair Mostafá, conforme a las noticias que aún se pueden consultar de la época (1989), por paradigmático que haya resultado en varios aspectos, en el sentido de ser la primera pueblada conocida desde el retorno de la democracia, y por las especiales circunstancias que motivaron la indignación de la gente (el atroz hecho de la violación y estrangulación de la niña de nueve años, la respuesta indignante de la comisaría que no recibió la denuncia, la posterior reacción popular quemando dieciséis vehículos, motivando la presencia en plenas fiestas de año nuevo del entonces gobernador Antonio Cafiero; la remoción de la policía local y la bochornosa investigación del caso, finalmente terminada en sobreseimiento y archivo), nunca pudo ser materia objeto de un trabajo relativo a ajusticiamientos populares, por cuanto la reacción popular desatada en dicha ocasión *no fue un caso de linchamiento ni de “justicia de propia mano”*; fue la típica reacción popular violenta de protesta e indignación por mal desempeño, por impotencia, por la impunidad del delito, dirigida no contra el posible autor sino hacia las autoridades que no actuaron como debían, evento cuyos casos similares no hemos tenido en cuenta en nuestra investigación, a los que desde el vamos, y conforme a nuestro marco teórico de base, hemos caracterizado en distinto grupo o categoría de protesta social.

No nos queda finalmente en claro si los historiadores marplatenses han incluido dentro de su conceptualización de las ACVP (Acciones Colectivas de Violencia Punitiva) a otros tantos casos de “puebladas”, cuando éstas, en tanto violencia popular, se han limitado exclusivamente al ataque a bienes públicos, es decir, sin el ingrediente de los típicos ataques a personas y bienes privados que caracterizan a los ajusticiamientos o linchamientos. Ensayan una definición conceptual de

lo que ellos entienden como acciones colectivas de violencia punitiva: “en primer lugar, las definimos como un acto colectivo que, por lo general, implica la participación de familiares, amigos y vecinos de la víctima de un delito determinado, ya sea el mismo definido formal o virtualmente.

Asume la forma de una muchedumbre que bajo la identidad de ‘vecinos y amigos’ pretende espontánea u organizada, intervenir públicamente en el castigo directo de la/s persona/s señalada/s como victimaria/s” (2011: 171 y 172). Uno de los autores en un reportaje explica el porqué de la conceptualización que forma parte del mismo título del trabajo: “son acciones que se hacen en nombre de un colectivo. Es decir, la muchedumbre asume la identidad de vecinos y amigos de la víctima, a la cual se pretende vindicar. Se pretende hacer justicia no sólo para la persona directamente afectada sino para ese tercero que es un colectivo barrial familiar. Por eso hablamos de una acción colectiva”. También aclaran en el mismo lugar por qué no incluyen a los escraches dentro de las ACVP: “Los escraches en la Argentina empezaron como una práctica de denuncia ante la ausencia del Estado en la administración de justicia de los aberrantes crímenes de la última dictadura militar... el escrache tradicional tiene cierta influencia sobre estos hechos, por la idea del señalamiento.

La cuestión difiere, principalmente, en los mecanismos de organización, el tipo de colectivo que se presenta, y el tipo de delito que se vindica. Delito común, por un lado, y delito de lesa humanidad, por otro” (González, 2013). Aunque luego de un estudio analítico de las conclusiones y resultados del trabajo (2011), en especial el cuadro 3: titulado “Las ACVP según la práctica desarrollada por los manifestantes”, no entendemos por qué motivo han incluido a los mentados “señalamientos” como forma de violencia punitiva en seis casos, siendo que no advertimos –ni en los escraches ni en los “señalamientos” de casas– acción punitiva alguna, más que como “sanción moral” o simbólica. El incipiente trabajo –así adjetivado por sus autores– ofrece las primeras observaciones del fenómeno en la Argentina en el período 1997-2008, tomando ese año como inicio de la muestra debido a que la mayoría

de los archivos digitales –fuente exclusiva de casos relevados– no disponen de información previa a 1997. Hemos dedicado especial atención al resultado de dicha investigación en lo que respecta a los 58 casos encontrados para la provincia de Buenos Aires, representando el 60 % del total de la muestra de 98 casos para toda la república (2011:176). De la línea cronológica en función de la cantidad de casos por año, los marplatenses confirman, como primer dato de importancia, una marcada tendencia creciente de estas acciones. También, a partir del dato numérico, adelantan la primera conclusión en cuanto a la índole “urbana” del fenómeno, en contraposición a las teorías que destacan el componente comunitario-rural.

Otro dato empírico de relevancia radica en que la gran mayoría de las ACVP se verifican en el denominado conurbano bonaerense y en las otras dos grandes aglomeraciones urbanas que tiene la provincia, La Plata y Mar del Plata (2011:177). Confirman, en general, la recurrencia del fenómeno en barrios de la periferia urbana, con un marcado perfil socioeconómico bajo y reducida presencia estatal. La diferencia entre víctimas y justicieros no es a partir del nivel socioeconómico (clases), sino de la ruptura del código de convivencia barrial (2011:178).

Según sus observaciones estadísticas, los delitos contra las personas son la mayor causa detonante de las ACVP. Entre éstos, no cualquier delito desata y justifica la ira; sólo aquellos que se consideran “aberrantes”. Éstos concentran el 89,7% de los casos relevados. Entre los ataques a bienes, la quema de la vivienda se revela como el más común, presentándose en el 50% de los casos (2011:181). Entre los 24 casos en los cuales se dan situaciones de linchamiento, en sólo dos se produce la muerte de los linchados (2011:182). En función de esto, de las cantidades de casos impedidos y los auto-limitados por los propios justicieros, los autores observan que el fenómeno local claramente responde más a “linchamientos escenificados” que reales o efectivos, lo que determina la característica saliente de las ACVP: su carácter público y su fin de interpelación (2011:183), más que de eliminación del victimario. Esta finalidad de interpelación al Estado, defendida en

varios lugares del trabajo, debe entenderse como una suerte de reclamo (por lo que falta) o queja (por lo que se hace mal). Respecto de las formas y los móviles que asumen las ACVP, en un reportaje los mismos autores han opinado: “nosotros consideramos que este tipo de acciones [ACVP] son la contracara del efecto Blumberg, que convocó a una movilización por demanda de mano dura, muy propia de las clases medias. En los barrios [pobres], ese reclamo tiene un correlato totalmente distinto.

Tiene que ver con esa idea de que si el Estado no cumple con la necesidad de justicia, lo va a hacer el propio barrio. No está la idea de demandar mayor poder por parte del Estado a la hora de castigar” (González - Ladeuix, 2013). Compartimos en parte la reflexión, pues bien se entiende la diferencia entre pedir “mano dura” y aplicarla directamente. Marchar no es castigar, al igual que quemar una comisaría no tiene el mismo significado que quemar una casa. Hay lugar para una clara división conceptual entre marchas pacíficas y las violentas, y también respecto de los linchamientos para con las puebladas; los marplatenses han explicado la diferencia entre los escraches y los señalamientos.

De todas formas, tanta precisión técnica con sentido taxonómico no nos puede hacer perder de vista que en el fondo debemos reconocer ciertos puntos en común: creemos que no es tan diferente ni tajante la queja de las clases medias (la levedad de los castigos o la edad de imputabilidad) respecto del reclamo de las clases más vulnerables (menos impunidad y más justicia). Ambas “interpelaciones” al Estado, si bien emanan de realidades distintas, parten de quienes sufren el mismo flagelo y comparten puntos en común de una misma problemática muy relacionados en el entrecruzamiento de sus variables implicadas: impunidad-injusticia, inseguridad, impunidad, inimputabilidad-inseguridad, desconfianza-ineficiencia, etcétera. En observaciones preparativas de la conceptualización teórica, los autores marplatenses desechan la limitada noción de “linchamiento”, incapaz de comprender a toda conducta violenta de carácter punitiva dirigida a individuos responsabilizados de actos injustos (delitos, muertes accidenta-

les) como a sus propiedades. Así, entonces, las ACVP conforman la definición central en torno a la cual discurrirán las posteriores observaciones. Siendo que su fuente principal y única de datos es el relevamiento periodístico, los historiadores señalan la lectura superficial que los medios hacen en las crónicas policiales, recurriendo al título “justicia por propia mano” equívocamente en muchos casos (legítima defensa, “ajustes de cuentas”), títulos siempre cargados de un sentido peyorativo y moralizante (2011:174).

Destacan tempranamente, al revisar a otros autores, que en los hechos observados en la Argentina siempre están presentes los medios de comunicación y el reclamo al Estado, concluyendo que los casos locales no responden a una tradición cultural (en coincidencia con Fuentes Díaz), sino a una problemática “moderna”. Descartan asimismo la posibilidad de homologar las ACVP a formas de vigilantismo (2011:171). Encuentran un doble objetivo práctico en la violencia: el destierro de los ofensores y la difusión pública del reclamo a los actores estatales. Señalan el carácter público de la violencia, por su pretensión de ocupar ese espacio y su escenificación, destacando que el carácter, “ritual” como “guión no escrito”, los diferencia de la venganza privada (2011:172).

Sin perjuicio de ver a las ACVP como forma de reapropiación de la violencia (Vilas, 2002) los autores locales señalan una “zona gris” con respecto al “vínculo con lo estatal”, a partir de la [protesta] interpelación al Estado (2011:173). En la obra de Auyero (2007), el especial enfoque de la protesta social (saqueos de 2001) se construye sobre el contenido “relacional” de los nexos interpersonales preexistentes a las manifestaciones de violencia colectiva, relaciones que incluyen a referentes barriales, gremiales o políticos. En la obra de los historiadores, no obstante no efectuar cita expresa a Auyero, la referencia bibliográfica a Tilly confirma una clara alusión a la “zona gris” de la obra de aquél. Sin embargo, no encontramos la explicación en el trabajo marplatense de cómo se da tal “vínculo con lo estatal” en las ACVP. No se explica cómo es que, a partir de las formas de interpelar al Estado por medio de la “protesta” [expresa-implícita] de las ACVP, se generan estos vínculos “pre-existentes” entre los ac-

tores estatales (policía, Poder Judicial y autoridades políticas) o líderes locales (punteros, referentes políticos) y los vecinos del barrio, en esa suerte de “relaciones clandestinas” bien explicadas por Auyero en su trabajo (2007:74). Con todo, la obra de los historiadores marplatenses tiene como mérito ser el primer abordaje académico de los resultados de una investigación propia, si bien exclusivamente limitada a publicaciones digitales de noticias. Y “como todo boceto, las imperfecciones de las primeras marcas dejan abierta la posibilidad de nuevas líneas que modifiquen finalmente el resultado pictórico” (2011: 184), sumado ello a que los propios autores consideran pendientes de tratar dos temas, uno referente a los mecanismos de organización de la protesta (2011:193) y el otro relativo a la incidencia de los medios de comunicación.

Con respecto al tratamiento mediático, destacan los autores en un reportaje (2013) una dualidad discursiva, un tanto moralista, otro tanto estigmatizante: “por lo general, el [discurso] de la crónica es un discurso más comprensivo con el hecho, un discurso que tiende más a la justificación de este tipo de acciones. Y el discurso de las editoriales es un discurso más condenatorio”. En resumen, ellos ven en las ACVP un fenómeno típicamente urbano de respuesta de la gente al problema inseguridad, que se desdobra en la aplicación del castigo al infractor al código “barrial”, por un lado, y la queja o “interpelación” al Estado, por el otro, por su deficiente provisión de seguridad frente al delito.

En cuanto a las diversas hipótesis de explicación, aunque parezca un debate incipiente en el ámbito nacional, en otras latitudes de este continente mucho se ha escrito e investigado en torno al problema de los linchamientos en determinada ciudad, región o país, al tiempo que importantes trabajos ahora y antes han indagado en profundidad sobre el tema de la violencia colectiva en general. Muchas de las explicaciones ensayadas giran en torno a develar el porqué de la violencia colectiva aparentemente caótica y desenfrenada, característica de los ajusticiamientos populares como manifestación de un tipo de conducta social objetiva y subjetivamente compleja. En general, éstas dan cuenta del fenómeno linchamiento,

mayoritariamente, como una respuesta social a situaciones de inseguridad (Vilas, 2006; R. Guillén, 2002; Santillán, 2008; Souza Martins, 1996). Si bien aplicadas a las distintas realidades de cada ciudad, región o país estudiado, a su vez pueden subagruparse en consideración a contextos y factores comunes: los linchamientos se explican como herencia posconflictos (Gamallo, 2012; Gutiérrez - Kobrak, 2001); también como una expresión de la crisis de autoridad (Rodríguez Guillén, 2012; Matos Mar, 1984); como manifestación de un pluralismo jurídico en escenarios multiculturales (Vilas, 2006); una consecuencia de procesos de deterioro social (Vilas, 2006); un producto de transición inconclusa hacia la modernidad (Fuentes Díaz, 2002; Souza Martins, 1991; Godínez Pérez, 2009); un mecanismo de imitación (Guerrero, 2000); una forma de confrontación política explícita con el Estado (Vilas, 2006; R. Guillén, 2002) o interpelación a sus autoridades (González y otros, 2011); como una reafirmación de identidad (Godínez Pérez, 2009; R. Guillén, 2012); como una manifestación de la cultura del honor (Mendoza, 2003) e incluso explican el linchamiento como una noción internalizada de auténtica justicia (Lossio Chávez, 2008).

Como se puede advertir de esta breve reseña, ninguna hipótesis explica ni puede abarcar todas las realidades. En determinado país resalta la historia reciente y conflictos de gran costo humano en la población (México, Guatemala); en otros casos, destaca como factor causal el componente multicultural y la colisión de diferentes órdenes normativos (Bolivia). Sea cual fuere el camino elegido en la búsqueda de una respuesta, frente a este problema de múltiples aristas, el trabajo será siempre arduo, por la dificultad de separar adecuadamente causas de contextos, es decir, las causas profundas de los factores circunstanciales. Algunos han preferido empezar por observar y analizar el cómo en las manifestaciones ostensibles del fenómeno, en la convicción de que en las mismas formas que exhibe el castigo descarnado está el por qué o respuesta última del problema. Entendemos que éste es uno de los caminos más elogiados, que exige una mayor concentración en la observación de cada caso, poniendo bajo la lupa

a la violencia colectiva e individualizando los especiales ingredientes y factores condicionantes, para separar aquellos que sólo aparentan tener alguna incidencia. Asociar factores que sólo han sido explicados para distinto tipo de fenómenos de violencia colectiva, como si todas las especies del género funcionaran de la misma manera, puede arrojar conclusiones erradas, poco definitorias y demasiado generales, válidas para cualquier tipo de violencia donde participan muchedumbres: violencia en el deporte, saqueos, usurpaciones masivas, puebladas.

Las hipótesis que giran en torno al linchamiento no sólo deben evitar alimentarse exclusivamente de explicaciones válidas para otras especies de violencia (p.ej., saqueos), sino que deben tomar distancia de aquellas ensayadas para otros linchamientos que respondan a realidades distintas, particularmente caracterizadas y localizadas en su historia y contexto específico. En el cómo está el porqué. Es decir, en la observación y análisis de las mismas concreciones la violencia (cada vez más cruel, menos motivada, más elaborada y justificada) y cómo ésta se detona desde los primeros pasos, cómo se lleva a cabo y se replica en otros lugares, seguramente tendremos la comprensión del porqué del fenómeno.

Pero analizar el cómo nos lleva inevitablemente a caer en la casuística, y para superarla resulta relevante una correcta categorización, señalando las propiedades comunes que abarquen la máxima cantidad de casos, teniendo en cuenta la diversidad de notas características según los diversos contextos considerados. En nuestro caso, con nuestro ámbito elegido de la provincia de Buenos Aires, si bien es un distrito que comparte la misma historia nacional reciente, las crisis económicas y similares problemas de inseguridad que otras, no obstante resulta geográficamente extensa, con zonas bien distintas (conglomerados urbanos, el interior, la zona rural), con distintas densidades poblacionales y distintos índices de delitos; distintas historias de desarrollo local, distintos problemas de inseguridad particulares más allá de los índices generales, con lo cual la forzada equiparación de distintas realidades no podría sustentar una única explicación totaliza-

dora del fenómeno. Además de la mirada a la violencia y sus manifestaciones, también ha resultado satisfactorio focalizar el análisis en el fuero interno de quien se decide por la violencia, sin que por ello debiéramos abstraernos completamente del contexto. El factor psicológico entra a jugar un papel más importante en el modo de exposición, captación, aprendizaje y producción de la violencia, entendida ésta como respuesta anímica más impulsiva que racional, por quien en un instante se transforma de testigo a verdugo. Lo contextual influye en el orden psicológico (fuero interno), pero también lo hace en el campo de las interrelaciones humanas.

Sin embargo, lo contextual no puede implicar un determinismo ineludible, de manera tal que de las mismas circunstancias necesariamente deriven las mismas conductas para todos los involucrados en todos los casos. Por otra parte, pretender dar una explicación de por qué se producen los linchamientos en todos los casos sería una generalización impropia. Queda claro que las hipótesis que se pretendan dar de un fenómeno tan complejo deben limitarse a una realidad muy concreta y acotada. Lo relevante para el estudio de los linchamientos es tener presente que no existe un solo rol característico, ni una forma única de participación.

En el despliegue de esta forma de violencia colectiva existen distintos grados o escalas de agresión, según el mayor o menor grado de involucramiento: la gran mayoría de la muchedumbre reunida será sólo un espectador pasivo que nada hace por impedir la violencia y/o solicitar auxilio –pudiendo hacerlo, por ejemplo, con un llamado al 911–, con lo cual habría así una virtual aceptación, una forma “pasiva” de participar, aunque en la escala más leve; otro número importante de individuos sólo se involucrarán con insultos al linchado o aprobación a los linchadores, con lo que podría hablarse al menos de una forma de instigación; una cantidad más limitada tendrá alguna participación activa en el castigo dando algún golpe, con un margen aún mayor de responsabilidad, y un número mínimo de involucrados seguramente serán quienes convocaron al conjunto, organizaron las formas de castigo elegidas y quienes efectuaron de propia mano las agresiones

letales. En este abanico de posibilidades no puede afirmarse que los menos involucrados fuesen capaces de realizar el nivel superior de agresión, por lo que tal escalada de agresiones exige demostración empírica. El problema de la prueba individualizada de cada rol desplegado sufre incontables inconvenientes (entre ellos, el mentado “pacto de silencio”), con lo que, desde el examen jurisdiccional, la determinación de responsabilidad nunca ha sido tarea fácil y se han adoptado por ello presunciones legales de extensión de responsabilidad para casos dudosos (principio de corresponsabilidad) pasibles de cuestionamiento constitucional.

Esta tarea de identificar los distintos niveles de agresión demanda la observación de la dimensión dinámica del fenómeno, examinando la secuencia de los disturbios independientemente del análisis de sus causas estructurales. Esto debe complementarse con un posterior análisis del contexto, cuyos indicadores –en parte– también se obtienen de la observación de cada caso. El fenómeno, como cualquier otro de orden social, no es inmune a circunstancias contextuales que lo condicionan: precariedad, pobreza, desocupación, asistencialismo, marginalidad, analfabetismo, morbilidad, etcétera. Junto con la observación de las escalas de agresión e indicadores de condicionantes contextuales, también se procura indagar acerca de los procesos internos de la adquisición de violencia (exposición, imitación, aprendizaje) y el universo moral de los violentos (sus justificativos), como también los procesos externos de adquisición de violencia: formas históricas asociadas a contextos de crisis o conflictos (los saqueos); prácticas instauradas o “importadas” (tradicción, usos) y la posible influencia de actores del poder o “especialistas” en violencia. Independientemente de esta línea de trabajo propuesta, que pone el acento en despejar la paja del trigo, por el contrario nos ha llamado la atención cómo ciertos trabajos incurren en error, más por defecto que por exceso.

Hipótesis esbozadas para explicar las posibles causas, en un afán de enfatizar el componente local (tradicional-cultural), cierto ideal de reivindicación o cohesión del grupo, o inclu-

so cierto carácter de protesta o reclamo al Estado (González y otros, 2011), prescinden de algunos caracteres elementales de este fenómeno de violencia colectiva, como ser su nota de ilegalidad, característica que –entendida en un sentido amplio– presupone la plena vigencia de un Estado de derecho. En su definición, Lossio Chávez ignora por completo la nota de ilegalidad y su contexto consecuente, del Estado de derecho que se vulnera, como si se tratara de linchamientos de la época de la civilización mesopotámica.

El problema de prescindir de esta propiedad no menor, en una noción que intente explicar los ajusticiamientos populares actuales, lleva adosado el inconveniente de no poder diferenciar un linchamiento moderno –con sus caracteres actuales– de aquellos que sucedían en tiempos bíblicos, cuando no existía, técnicamente hablando, un Estado de derecho, sumando imprecisiones al ya confuso panorama de esta problemática por todos calificada como “compleja”.

En efecto, un concepto definitorio del fenómeno, tal como se da en la actualidad, no puede prescindir de la nota de ilegalidad, ni del contexto del Estado de derecho. En otros tiempos pudiera explicarse el linchamiento como única medida posible de control social, épocas en las que no existía el Estado-nación, ni el concepto de autoridad, ni la coerción como potestad cedida contractualmente al Estado o como venganza unilateral monopolizada por éste; ni siquiera un juez natural e imparcial que garantizara mínimamente un proceso justo como hoy lo damos por sentado, al menos en la letra y espíritu de la ley; incluso con el modelo del código Hammurabi y sus primeras reglas inspiradas en la Ley del Talión, las horrendas muertes y sufrimientos que desde hace unos años se vienen aplicando en nombre de la “justicia popular” (por hechos tan nimios como una deuda impaga) serían vistas como un verdadero atropello a la razón, sólo por su notoria desproporción. En tanto fenómeno “popular”, los ajusticiamientos no son manifestaciones de venganza privada, ni podrían serlo en carácter de “venganza pública”, pese a su aspiración a ocupar espacios públicos para mostrar y reclamar por las falencias de la autoridad, aunque al mismo tiempo se verifique cierta complacencia de ésta.

Es una falacia reduccionista entender al Estado como autor de linchamientos, en las hipótesis enaltecidas de la justicia popular que responsabilizan de todos los males al Estado. La impronta popular dada por la composición cuantitativa-cualitativa del colectivo justiciero y la pretensión de ocupar espacios públicos, ubica a los ajusticiamientos (como forma de violencia frente al delito) en un estado intermedio entre la venganza privada y la coerción pública desatendida por el Estado.

Por distintas razones entendemos que no es posible acordar racionalidad a los linchamientos. Ni en cuanto a los modos de gestarse (los no tan pasionales o impulsivos), ni en cuanto al desarrollo de sus mecanismos de acción (organización, ritualidad) ni en cuanto a sus fines propuestos (defensa, preservación) o logrados (eficacia antidelinuencia). Tampoco son más racionales por el contexto en que se desatan (precariedad, opresión) ni por la nobleza de sus aspiraciones (compensar la desigualdad, protesta contra el Estado ausente). Sólo en cierta medida puede entenderse que tienen algo de racionales, en el sentido de proporción entre el delito (que crea un estado de necesidad de actuar ante defeción del Estado) y la gravedad de la acción desplegada por la muchedumbre (procedimiento-apercibimiento). El fenómeno de la violencia, a la par que otras disciplinas, también ha sido largamente estudiado y analizado desde la óptica del Derecho, y es justamente en este especial enfoque de la dogmática penal (con la noción de proporción en las dualidades: agresión-repulsión de agresión/delito-pena) desde donde mejor se puede entender cómo, en casos de excepción (puesto que las causas justificantes son la excepción en la teoría del delito), puede acordarse cierta “racionalidad” a los ajusticiamientos populares. Éste fue, en ese sentido, el modesto aporte desde el Derecho, superador del debate y las posiciones enfrentadas en torno a la supuesta racionalidad del fenómeno.

Conforme a nuestro marco teórico sobre la violencia colectiva, sus distintos aspectos involucrados (legitimación, racionalidad, moralidad, anomia), y establecidas las diferenciaciones y conexiones con los distintos fenómenos relacionados (vigilantismo, seguridad ciudadana, conflicto social), pudimos aven-

turarnos a construir nuestra tipología de los ajusticiamientos populares, ensayando una definición: “Ajusticiamiento popular es la reacción colectiva impulsiva ejercida con violencia punitiva o instrumental sobre bienes o personas [sospechosas] autoras de un hecho detonante valorado por la muchedumbre como injusto, reivindicando el uso popular de la fuerza pública por defecto de la autoridad estatal, con vulneración de las garantías básicas de un Estado de derecho”.

Entre otras cosas, se desprende de dicha definición nuestro criterio amplio de clasificación de los fenómenos empíricamente observados, y así han surgido los tipos de ajusticiamientos según su funcionalidad: hemos considerado relevante una clasificación divisoria de los casos –inexistente desde la óptica de otros trabajos– según la finalidad perseguida por la violencia: *a*) aplicar un procedimiento (ajusticiamientos procedimentales), o *b*) ejecutar una pena mediante castigo corporal (ajusticiamientos punitivos).

4. *Resultados*

A partir del análisis y entrecruzamiento de variables se obtuvieron gráficos y cuadros ilustrativos del fenómeno, sus elementos, evolución, distribución y contexto. El universo de la muestra de casos arrojó un total de 195 casos de ajusticiamientos populares, conformando los punitivos el 81% del total de ataques justicieros. Se relevaron 275 publicaciones periodísticas con noticias de casos concretos. Asimismo, se han considerado 181 artículos de opinión publicados con relación a dichos eventos, por fuera de la crónica policial de los hechos. Así pudimos establecer que el fenómeno se encuentra extendido al ámbito de toda la provincia de Buenos Aires, concentrado principalmente en los tres grandes conglomerados urbanos: el Gran Buenos Aires (97 casos), Mar del Plata y periferia (39 casos) y el Gran La Plata (31 casos). Es un fenómeno netamente urbano; sólo un caso ha sucedido en una zona rural. También es netamente un fenómeno marginal (de los 31 casos del Gran La Plata, sólo uno es del centro de la ciudad). La tendencia ha crecido lentamente en los últimos diez años del período considerado, pero desde 2012 se opera un

salto significativo. El promedio anual de casos de linchamientos propiamente dichos se ha duplicado respecto de la investigación antecedente tomada por referencia (González - Ladeuix - Ferreira, 2011). Incluso así, estamos aún muy lejos de la realidad de otros países de la región, con un promedio anual de 4,4 casos, cuando Bolivia registra 19 casos, México 33,5 casos y Guatemala 150 casos, según ilustra el siguiente cuadro.

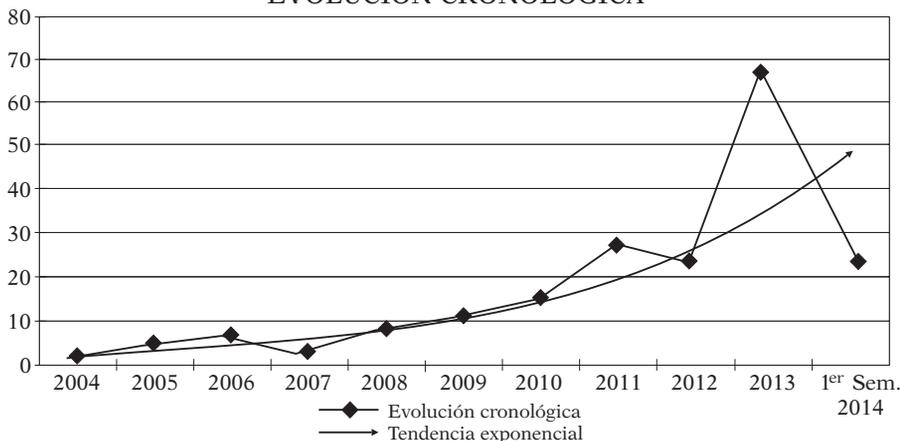
PROMEDIO COMPARADO			
Trabajo	Período	Linchamientos	Promedio anual
1	1997-2008	24	2
2	2004-2014	49	4.4
3	2005-2008	76	19
4	2000-2011	403	33.5
5	2009-2012	600	150

1 - González-Ladeuix-Ferreyra, 2011 - Pcia. Buenos Aires - Argentina
 2 - Nuestra investigación, 2014 - Pcia. Buenos Aires - Argentina
 3 - Mellericona, 2007, sólo dpto. Cochabamba, Bolivia
 4 - Camallo, 2012 - todo el territorio de México
 5 - Procuración DD.HH., 2013 - Guatemala

En efecto, considerando que nuestro registro de casos periódicos –pretendidamente exhaustivo– ha logrado reunir la cantidad de 195 para el período 2004-2014, de los cuales 49 han resultado ser propiamente situaciones de linchamiento, y teniendo en cuenta los diferentes indicadores de confianza y aceptación, como el subregistro del fenómeno, verificado en la tasa de victimización (64% para el delito común), y en la baja tasa de denuncias, a su vez motivadas por percepciones de desconfianza en policía y la justicia; la propia reticencia a colaborar en el castigo al linchamiento, con altos indicadores de justificación de acciones y aceptación del fenómeno, como la aprobación de los justicieros que realizan, según ellos, la única forma de justicia posible; podemos estimar que el fenómeno pudiera ser, al menos, entre un 50 y un 70% superior al conocido en nuestro relevamiento. Con respecto a la tendencia exponencial en crecimiento, en el período 2004-2014 de nues-

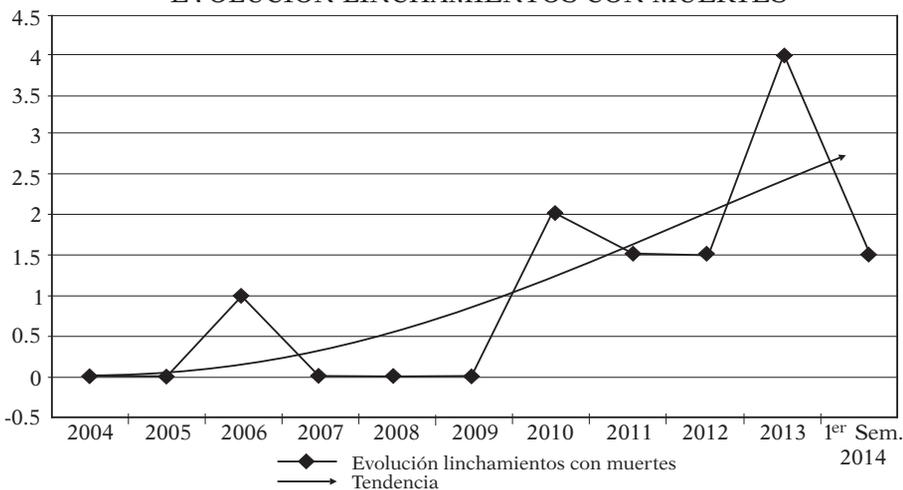
tra investigación, que reúne casi once años, puede observarse una clara tendencia creciente coincidentemente con lo verificado por el trabajo marplatense y acorde al resto de la realidad latinoamericana, conforme al siguiente gráfico.

EVOLUCIÓN CRONOLÓGICA



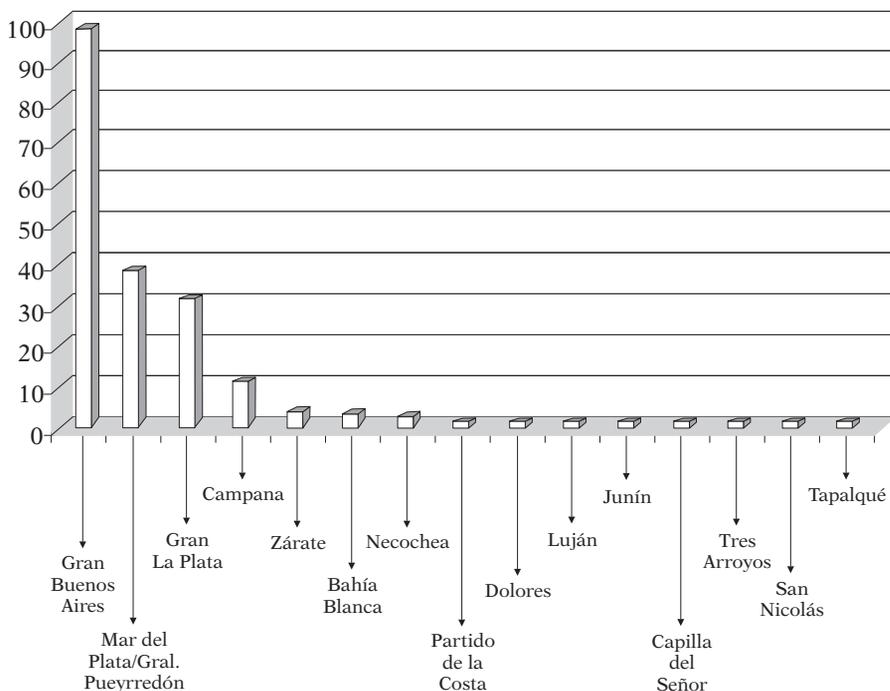
En la línea cronológica también se observa un incremento de casos de linchamientos con resultado fatal para la víctima, alcanzando un pico máximo en el año 2013 (Gráfico 2 del informe final):

EVOLUCIÓN LINCHAMIENTOS CON MUERTES



Entre otros debates, el problema ha dejado planteado si se trata de un fenómeno urbano o rural, en un contexto de precariedad: el siguiente gráfico (Gráfico 9 de nuestro informe final) acerca de la distribución geográfica del fenómeno, nos ilustra sobre la característica netamente “urbana” de los ajusticiamientos populares en la provincia, por oposición al concepto de lo “rural”. También se aprecia que el fenómeno queda concentrado en mayor medida en las periferias de las grandes ciudades, conforme al criterio demográfico en que hemos agrupado territorialmente los casos (partidos y grandes conglomerados).

DISTRIBUCIÓN GEOGRÁFICA



Conforme a la característica apuntada de fenómeno marginal, se puede decir que un importante número de casos ocurre en los barrios periféricos de las grandes ciudades, valiendo para ello, como mejor ejemplo, el caso del Gran La Plata, ya mencionado como ejemplo, con sólo un caso para el

centro (jardín de infantes 914), en donde se concentra un más alto nivel de ingresos y mejores condiciones de vida de la población, encontrándose los restantes treinta casos distribuidos en la periferia de algunos de los barrios que componen el partido. Los ajusticiamientos en general se dan mayormente en contextos de precariedad socioeconómica, y según encuestas contratadas tienen apoyo en los estratos más bajos, y el mayor porcentaje de aceptación –es decir, que lo ven “muy bien”– se dio entre los sectores más carenciados, con un 26%.

Con respecto a los hechos desencadenantes de los ajusticiamientos, con los resultados y los análisis estadísticos elaborados, pudimos comprobar la tendencia creciente en términos cronológicos e incluso el virtual recrudecimiento cualitativo del fenómeno, no ya motivado por hechos aberrantes, sino a partir de delitos cada vez más leves, por cuanto se verifica con los años un aumento de casos de ataques por delitos contra la propiedad (19% de casos, contra un 9% para las ACVP) comparado con los ataques contra las personas (ataques sexuales-homicidios), cuando creíamos consolidada la idea de que en nuestro medio local se producían estos brotes de violencia tumultuaria mayormente a causa de delitos “aberrantes”. En cuanto a las características de la violencia de los justicieros, en líneas generales podemos afirmar que la violencia en los ajusticiamientos locales no se ha concretado con la crueldad verificada en otras latitudes.

Ello es tanto por la función mayormente correctiva de las sanciones aplicadas, mayormente hacia bienes (47,2%), y por cierta proporcionalidad “racional” que aún mantienen los castigos o procedimientos compulsivos, que en mínima proporción (5%) han resultado en desenlaces fatales (10 casos de linchamientos sobre el total de 195 relevados). La especial observación indica que los resultados fatales de la violencia colectiva se han dado mayormente cuando han intervenido vecinos (38%), lo cual puede indicar que los vínculos de cercanía, es decir, aquellos determinados por la inmediatez y proximidad en el escenario de los hechos, refuerzan el compromiso de participación en la faena popular de perseguir y

escarmentar a un infractor al código “barrial”, en solidaridad con un acontecimiento del que cualquiera se siente potencial víctima. Además, los vecinos son quienes de primera mano conocen los datos e información más frescos sobre el hecho, incluso más que los propios familiares y allegados de las víctimas que viven en distinto lugar y llegan más tarde a interiorizarse sobre el evento. Vale la misma observación respecto de la importante participación de ocasionales (31%), es decir, transeúntes, pasajeros, manifestantes, que en general no tienen ningún lazo con la víctima directa del delito, con lo cual el solo haber presenciado de alguna forma los hechos en constatación casi flagrante es factor suficiente para decidirse por actuar, en lugar de ser un mero espectador. Demuestra asimismo que la máxima sanción aplicable al transgresor no tiene como causa última la afectación a interés personal, sino la reprobación a la impunidad del delito en general.

Con respecto a los hechos detonantes, el mayor porcentaje (64%) para delitos contra las personas (homicidios y ataques sexuales) revela que los ajusticiamientos en general funcionan como reacción punitiva a hechos graves, hechos inaceptables por la población. De este modo, la violencia colectiva en la Argentina (confirmando los datos de la investigación marplatense) en principio pareciera estar más estrechamente ligada al factor desencadenante, respecto de otros contextos latinoamericanos donde los detonantes son hechos más triviales. Si bien la intolerancia local frente a los delitos aberrantes es notoria (64%) no puede pasarse por alto el hecho de que la mitad (50%) de los casos de linchamientos culminados en la muerte han sido por delitos contra la propiedad. Teniendo como referencia los resultados del trabajo de los historiadores marplatenses, pudimos observar un aumento en el porcentaje de delitos contra la propiedad como causal de ACVP - ajusticiamientos. Ello es muestra de que desde esa investigación (2011) hasta ahora hay una clara tendencia hacia la intolerancia popular hacia una preocupante elección del mayor castigo por menores ofensas, aunque por otro lado, ha quedado demostrado que uno de cada cuatro casos de intento de linchamientos son evitados por la propia mu-

chedumbre (por propia iniciativa). Sin embargo, del total de casos de ajusticiamientos meramente “procedimentales” (19%), una importante mayoría (82%) son por hechos flagrantes. Una mínima proporción (18%) se sucede a partir de simples sospechas o rumores. Ello se condice con el fin principal de este tipo de reacción: la búsqueda de la verdad, el esclarecimiento del hecho, donde el menor valor es indicador de que aún en los ajusticiamientos “procedimentales” la muchedumbre no descarta totalmente el valor indiciario de versiones anónimas o los rumores.

En su aspecto psicológico, los linchamientos como fenómeno de violencia colectiva de muchedumbres tienen, en la dinámica de cada acción individual, que se va agregando a la faena común una alta carga psicológica de respuesta a un estímulo dado. Hemos dicho que las acciones de la muchedumbre no se explican por la sumatoria de los individuos que la componen. Los factores anímicos que identifican –entre otros tantos– a los individuos neutralizan de algún modo los frenos inhibitorios personales a la hora de sumarse o no a la golpiza descontrolada. Esta memoria de hechos pasados (vividos o aprendidos por la repetición de los noticieros) sumada al estímulo presencial del hecho protagonizado, el que ofrece ocasión para la “imitación” de conductas, explican en parte la transmisión de modos de actuar y su propia justificación moral. Esto se ve corroborado por el alto porcentaje de involucramiento de vecinos (lazos de cercanía), lo que indica la gravedad que representa la ofensa detonante, encarnada en el dolor de la víctima pero agraviando a la “comunidad” toda, como si todos fueran las víctimas directas del hecho, involucrando a individuos que nada han sufrido en su persona o bienes, aunque implicados y afectados por los lazos de cercanía barrial cruzados por un sentir solidario, posibilitando el uso de esos vínculos de cercanía para la “defensa comunitaria”. El aumento de casos con mayor involucramiento de vecinos, según la línea cronológica abarcada por ambas investigaciones, puede ser indicadora de tendencia a una mayor intolerancia en los barrios –sobre todo en los más densamente poblados–, la impunidad y de una mayor resolución de la

gente a intervenir directamente sin esperar la presencia policial, sobre todo en los casos donde se verifica mayor proximidad e inmediatez de la gente involucrada con mayor exposición al hecho agravante y donde la tardanza de la autoridad no es bien catalogada.

En cuanto a las percepciones de confianza y eficiencia del Estado y aceptación del fenómeno por la sociedad, en el actual estadio de evolución del problema, conforme el paradigma de las fases teóricas propuestas, aún es prematuro concluir si la gente percibe o no la utilidad o eficiencia de los repertorios de violencia, al efecto de lograr reducción de delitos, lo que amerita en ese sentido una ampliación del trabajo. Las encuestas realizadas con motivo de la oleada mediática de linchamientos de abril de 2014, en cierta forma adelantaron tal clima de opinión, no obstante lo cual debe hacerse un seguimiento más intensivo y continuo del problema, para poder contarse con opiniones no tan influenciadas por la emergencia coyuntural. No obstante, se puede decir que existe cierta correspondencia entre bajo nivel de confianza en la policía (aunque resulte ser sólo una estimación general, o confianza “difusa”) y la decisión de “ajusticiar” al sospechoso de un ilícito, sin que ello habilite a afirmar un nexo causal directo. Para nuestra realidad local, los sondeos dan cuenta de que la gente posee poca confianza general (difusa) en la policía, ya que en el 70% de los casos no hizo denuncia ni llamado de emergencia al 911; obtuvo mala atención en comisaría; cree que la policía está involucrada con la delincuencia y posee poca o ninguna confianza (65%) en la institución. También puede verificarse poca o nada de confianza en la justicia criminal, resultando poca o nada confiable (80%) la imparcialidad de los jueces; confiando la gente poco y nada (66%) en la justicia en general. También los sondeos para la realidad local dan cuenta del mal desempeño de las fiscalías en la tramitación de IPP, siendo el desempeño de la Justicia argentina poco y nada confiable (77%) y poco o nada (79%) confiable honestidad de los funcionarios (ICJ: índice de confianza en la justicia; fuente: Fores - Fund. Libertad-Universidad Torcuato Di Tella) por lo cual –entre otros motivos– en

general la gente realiza pocas denuncias (14%) ante la deficiente respuesta en comisarías con escasas soluciones o ninguna solución y derivación. Finalmente, tal vez el dato más preocupante sea la percepción sobre la impunidad de los linchamientos: apenas el 26% piensa que los vecinos linchadores deben ser penados, frente al 67% que se mostró en contra, lo cual mueve a reflexionar –además del reproche moral de la justificación– sobre la ignorancia o inconciencia social del problema, al cual no se lo termina de ver como un crimen.

También se han generado interrogantes sobre qué papel cumple el Estado, en qué medida y con qué grado de eficiencia, a través de su política criminal preventiva, la administración de Justicia y la resocialización del delincuente. Qué decisiones habrán de tomarse más allá de las soluciones habituales (cambio de leyes o compra de más patrulleros) en la coyuntura de emergencia, sino respecto del diseño de programas más ambiciosos de mediano y largo plazo, para la prevención del delito en tanto principal causa de linchamientos, la participación ciudadana en su prevención y desarticulación y la construcción de lazos de cohesión social a nivel comunal, para favorecer la confianza interpersonal y la confianza para con la autoridad. En cuanto al protagonismo estatal en el fenómeno, el bajo porcentaje de casos (17%) donde se evitó cualquier tipo de ataque indica que el problema está lejos de ser una situación absolutamente controlada por el Estado, que por otra parte no posee estadísticas ni estudios específicos sobre el tema. No obstante ello, el alto porcentaje de presencia policial temprana en el lugar del hecho (78%) se corresponde y en última instancia explica la baja tasa de linchamientos (5%) con resultado fatal. Objetivamente, con el 55% de los casos de presencia policial eficaz se puede concluir que en la provincia más de la mitad de los casos intentados de linchamientos se evitan gracias a la acción policial. Por otra parte, sólo en un 19% del total de casos relevados hubo enfrentamiento de la turba con las fuerzas del orden. Esta baja cifra, en proporción al total de casos, puede ser indicativa de que en nuestra realidad local la turba no necesariamente persigue siempre la eliminación del sospechoso acu-

sado –motivo que determinaría una decidida represión–, con lo cual a la presencia policial, más que entorpecer la aprehensión del delincuente, a veces se la percibe como una “ayuda complementaria”. Por otra parte, el bajo porcentaje de enfrentamientos puede estar revelando también que en la mayoría de los casos las fuerzas del orden se ven considerable y potencialmente superadas. Si tenemos en cuenta que en el 69% de los linchamientos con resultado muerte se da con la participación de vecinos y ocasionales, es decir, personas cercanas a la vivienda de la víctima o presentes en el hecho vindicado, es lógico pensar que el factor inmediatez vecinal o cercanía al lugar del evento explica la conformación típica del grupo colectivo agresor, dato que resulta dirimente para la evitación de muertes mediante la concurrencia policial temprana.

En cuanto al aspecto jurídico, hemos abordado el problema de la consideración del linchamiento desde la dogmática penal. Desde el mismo plano del Derecho Penal, el estudio del fenómeno –ya como un delito o conjunto de delitos– ha demandado abordar en este trabajo su naturaleza conforme a la doctrina clásica (delitos de muchedumbre); su adecuado encuadre dentro de las figuras típicas (riña) según la ley penal vigente y la jurisprudencia establecida al respecto; la conveniencia de su posible tipificación autónoma; la verdadera entidad de la participación en el delito de masas (como posible causal de inimputabilidad); su correcta calificación jurídica teniendo en cuenta la diferenciación con otras figuras en las que está actualmente prevista la participación de varias personas (v.gr., asociación ilícita) o la repulsión de delitos (causales de justificación), categorías penales que –más allá de la similitud por el concurso de sujetos o los motivos de la acción– nada tienen que ver con el fenómeno en estudio. Según la doctrina clásica (Jiménez de Asúa), se considera que el delito de las muchedumbres es una especie perfectamente diferenciada, y que exige soluciones distintas, propias del género delito colectivo. El autor español ya adelanta que, “en verdad, el delito multitudinario, que surge sin previo acuerdo, no es forma de la codelinquencia. Acaso hubiera estado el tema más exactamente expuesto al estudiar las causas de inimputabili-

dad o de atenuación de culpa” (1958:510). El problema se presenta en determinar qué grado de capacidad tiene quien actúa como dominante y dominado dentro de una muchedumbre, considerando –respecto de los segundos– que generalmente se trata de individuos honrados que se dejan arrastrar por la furia colectiva, por lo que resulta indispensable distinguir entre conductores y masa (actores activos y pasivos).

También es determinante distinguir los motivos. Éstos pueden ser de diversa índole, sea que estén centrados en una idea (p.ej., terminar con el delito en el barrio) o en un sentir colectivo (la furia que despierta un delito). No tanto el componente intelectual es lo que motiva a la masa (que puede ser elocuentemente planteado por el conductor) sino el psicológico (debilidad, sugestión, emoción). Otro problema que se plantea, según el jurista español, es la dificultad probatoria en los delitos de muchedumbre, en función de su nota más típica: su poder de sugestión, que hace creer que se han visto u oído cosas que no existieron.

Entendido como causal de inimputabilidad, Jiménez de Asúa se define finalmente por la inimputabilidad de quienes –en tanto dirigidos– cometen un delito en muchedumbre. En el derecho comparado, la cuestión de los linchamientos no se reduce a la discusión dogmática, ya que se agrega el ingrediente del derecho constitucional de la justicia “comunitaria”.

En efecto, el problema de la categorización jurídico-penal no es la única cuestión jurídica a resolver en países de la región, ya que además algunos de ellos (Bolivia, Perú, Ecuador), en sus respectivas constituciones políticas, presentan la particularidad de reconocer sistemas plurales de administración de justicia, y reconocen una serie de derechos a los pueblos aborígenes en función de sus costumbres y normas ancestrales, que se ha conocido vulgarmente como la “justicia comunitaria”. En otros casos, el reconocimiento de un trato diferencial está consagrado en las mismas leyes, entre ellas el Código Penal. Esta última característica de la ley penal es en la cual hemos puesto especial atención, ya que en nuestro país no existe una justicia paralela a la ordinaria, ni reconocimiento de un ordenamiento normativo aplicable a determi-

nados enclaves étnicos. Es el caso del Código Penal peruano, que estipula la atenuación de la pena para los delitos tipificados de “error culturalmente condicionado”. Este dispositivo establece un trato jurídico distinto entre ciudadanos en función de su identidad étnica (alteridad cultural), lo que ha motivado a autores a reflexionar sobre las ambigüedades que conlleva el recurso a la noción de “cultura” y la aplicación de este tipo de legislación diferenciada (Azevedo, 2009). En el Código Penal guatemalteco se circunscribe el problema del linchamiento a una forma de participación, distinguiendo si hubo propósito de cometer delitos (en cuyo caso responden como autores todos los partícipes materiales y los directores), de la reunión sin propósito criminal (espontánea), caso de la muchedumbre tumultuosa propiamente dicha, en cuyo caso responden como cómplices todos los partícipes materiales y como autores los instigadores. Establece el supuesto de exención de pena respecto de los demás: los simples participantes de la muchedumbre que no hayan tomado ninguna intervención material en la ejecución más que como espectadores, sea en forma activa (p.ej., golpeando) o pasiva (p.ej., facilitando un bidón con combustible).

Se plantean como dudosos aquellos casos de participación pasiva, por omisión (quien no impidió el acceso a un predio para realizar la ejecución, quien no prestó auxilio a la víctima en agonía, etc.), teniendo en cuenta las especiales circunstancias del momento, en las que una actitud semejante puede ser tomada por la turba como desaprobación del linchamiento. El recrudescimiento del problema en Bolivia ha dado lugar a que, para disminuir el índice de ejecuciones en el país, se proponga incluir en el Código Penal el linchamiento como un delito de muchedumbre, para simplificar y clarificar en una figura autónoma un tipo específico, con el fin de evitar, por otra parte, la distorsionante interpretación de la justicia comunitaria.

En nuestro país se resuelve la cuestión con la figura del homicidio en riña (art. 95, Cód. Penal). En efecto, aunque en más de un caso opiniones de juristas prestigiosos, apremiadas por la emergencia pública del momento, vean a los lin-

chamientos como homicidios doblemente calificados por alevosía y por ensañamiento (art. 80, inc. 2, Cód. Penal), lo cierto es que esta figura –por diferentes razones de fondo y forma– nunca termina siendo aplicada, debiéndose sin más alternativa acudir a la receta residual del homicidio en riña, la que por sus leves penas, comparadas con el homicidio agravado, termina siendo a los ojos de la población como una muestra más del mal funcionamiento del sistema, una Justicia que no da respuestas adecuadas, acostumbrada a la tendencia de interpretar la ley de una manera laxa, favorable al que comete el delito. Con relación a las dificultades procesales, se destaca que en la riña o agresión tumultuaria no consta la autoría del homicidio porque no puede constar, dado que es prácticamente imposible establecerla.

Cuando esa autoría conste, rigen en cambio las reglas de la autoría y de la participación, no las reglas de la participación correspectiva o corresponsiva, ajenas al derecho argentino (presunción de autoría). No se trata de una insuficiencia procesal, sino de una imposibilidad material. El carácter tumultuario se da cuando no existe la posibilidad de determinar las participaciones (despliegue caótico de acciones) y no cuando, existiendo éstas con roles visibles (organización, reparto de tareas), no logran acreditarse en el proceso. En comparación, el linchamiento es agresión tumultuaria (no riña), pero con ciertos niveles mínimos de organización espontánea (roles, acciones) no acordados ni planificados, con lo cual estaría en la posición intermedia entre la riña tumultuaria y la agresión plural. Si mediase un concierto previo y un reparto de tareas para agredir, la tipicidad (de la riña o del linchamiento) quedaría excluida aunque no pudiesen probarse los grados de participación, porque la agresión plural premeditada (donde no pueden probarse autor y partícipes) no es una agresión tumultuaria. Queda claro que –no por presunción legal, sino por imposición de la experiencia común– en el tumulto no se puede establecer participación conforme a las reglas generales, y el o los involucrados no responden por un mero peligro (el mero hecho de haber estado en la riña), sino en función de su propia conducta violenta sobre quien resul-

ta muerto o herido. El linchamiento como figura autónoma no existe en ningún ordenamiento vigente. No hay referencia alguna al linchamiento en nuestro régimen penal nacional, como tampoco en el Anteproyecto de 2014, como figura autónoma. Tampoco existe referencia alguna a la forma de participación agravada, más que los calificantes ya legislados (“en banda”) para cada delito en especial (homicidio, lesiones). Actualmente ni siquiera se lo puede encuadrar como “delito de muchedumbre”, figura que atiende a una forma de participación que contienen los códigos penales de algunos países latinoamericanos.

La doctrina nacional no considera en esta materia que exista un vacío legal o inconveniente, tradicionalmente considerada como una manifestación del delito de homicidio o lesiones en riña antes comentado, y tal corriente se ve confirmada en el texto del reciente Anteproyecto de reforma de 2014, donde con algunas leves modificaciones, se sigue regulando la “participación en riña”. Conforme a la jurisprudencia local, la reflexión sobre el vacío normativo, o grado de desarrollo y adaptabilidad alcanzados por la fórmula legal vigente respecto del fenómeno social en cuestión, en tanto delito o conjunto de delitos, nunca ha constituido el epicentro de la discusión ni ésta se ha planteado en esos términos, como sí ocurre en otros países más afectados por el problema en un nivel o fase crítica. Evidentemente, las distintas manifestaciones de la violencia de los ajusticiamientos populares implican realizar un verdadero esfuerzo de encaje jurídico de los hechos tan variados, mayormente dados sin solución de continuidad.

Por otro lado, el problema no se agota en el concurso de hechos o de figuras, sino que se extiende a la determinación de las participaciones de cada involucrado según su actuación e intenciones. A punto tal esto es un problema, tanto de orden dogmático como en la praxis procesal probatoria –dada la alta tasa de impunidad de este crimen colectivo, donde se licuan las responsabilidades individuales–, que en otros países latinoamericanos se lo considera un vacío legal, que se intenta llenar con la redefinición de la teoría de la participa-

ción (delito de muchedumbres) o a través de proyectos de creación de un tipo específico. El Anteproyecto de reforma de 2014 no va en esa dirección, a pesar del sugerente título “participación en riña” del art. 97 (Capítulo VI), que pareciera encaminar la cuestión en la noción del “linchamiento” como forma de participación tumultuaria. Sin perjuicio de que la solución legal en materia penal respecto de los linchamientos no es la única medida gubernamental necesaria para conjurar las consecuencias múltiples de este mal social, en nuestro ámbito nacional no se ha avanzado nada respecto de esta particular manifestación de la criminalidad en la región, considerando la vetustez del modelo vigente. Además de consideraciones de dogmática penal y derecho constitucional, nos hemos planteado en el trabajo: ¿es posible extraer de este fenómeno social otra implicancia desde lo jurídico?

El sedimento de prácticas internalizadas ante la defeción o debilidad institucional, manifestado en la propia desconfianza a la autoridad policial y al sistema de justicia en su conjunto, ¿puede implicar el reconocimiento de un derecho elemental a impartir justicia “ciudadana” o “comunitaria” en algún contexto especial de falencia del Estado, que finalmente opere como un repertorio legítimo de respuestas al delito?

Estos interrogantes han excedido el tiempo material disponible para el presente informe, pero quedan sin duda expuestos para iluminar la continuación de un proyecto ampliatorio. Nuestra propuesta modestamente ha realizado un pequeño avance con el especial enfoque jurídico, procurando en primer lugar conocer el fenómeno del linchamiento popular en el ámbito provincial (relativamente reciente y en crecimiento), y explicar luego, entre sus posibles causas, la incidencia de aquella dicotomía que se presenta entre la escuela garantista frente al cada vez más creciente flagelo de la inseguridad y su consecuente percepción de impunidad, de visión y proyección no tan claras desde el ámbito académico, pero sí evidentes para el clamor social, en especial cuando desde el llano no se comprende la levedad de las penas o su corta

duración, por una parte, frente al crecimiento y recrudecimiento del problema, por la otra.

Desde nuestro liminar enfoque sociológico, el primer debate que se ha planteado en torno al fenómeno es lograr un acuerdo entre las múltiples hipótesis explicativas de sus causas principales: por qué se producen los linchamientos, más allá de la coincidencia entre ellas sobre los factores contextuales que inciden en su génesis y agravamiento. En tal sentido, en nuestra realidad local los ajusticiamientos populares son causados, en última instancia, por la impunidad y la indignación moral consecuente, lo que en el fuero interno (plano subjetivo) mueve a cada individuo a sumarse a la faena colectiva del linchamiento. Del dato de hechos acusados por simples sospechas se lee la profunda indignación social que generan los ataques sexuales (48%) y los homicidios (40%), que a pesar de no haber sido constatados “in fraganti” despiertan el convencimiento general de la necesidad del castigo ejemplar y evitación de la impunidad. Desde un plano objetivo, el fenómeno de la muchedumbre violenta y justiciera se explica sociológicamente por una crisis de autoridad, cuya última y más perniciosa consecuencia –en materia de seguridad– es la percepción social de impunidad del delito. La crisis de autoridad puede generar otras tantas crisis: en lo económico, en lo político, en el campo educativo, y en el campo social, por supuesto, con el flagelo de la delincuencia. Cada sociedad dado un particular contexto (territorio y momento), tendrá por sus especiales características de idiosincrasia, cultura e historia, distinta capacidad de resignarse y un propio límite de tolerancia a esa resignación. La impunidad del delito según nuestra explicación, es la causa que detona el linchamiento y, a su vez, la impunidad del linchamiento es la causa directa de réplicas de nuevos linchamientos.

Con relación al estadio o fase actual del problema, podemos decir que, habiéndose comparado los fenómenos de los linchamientos en las distintas realidades estudiadas, con los resultados de la investigación de nuestros casos relevados, pudimos trazar una línea especulativa acerca de los posibles estadios o fases evolutivas. En ese sentido, nuestra realidad

local bonaerense se ubica conforme a este modelo, en una etapa intermedia, con hechos detonantes cada vez menos graves, percibiéndose en los eventos una gradual intolerancia hacia delitos comunes; se dan ataques tanto a bienes como a personas, con fin punitivo o procedimental. Las penas a personas se ven ya como castigos, aunque reconocen límites en función del fin mayormente correctivo; en cambio, los ataques a bienes comienzan a verse como verdaderas venganzas retributivas (incendios de viviendas) y ejemplarizantes. Empieza a notarse mayor ritualismo en las acciones; éstas incurren fácilmente en excesos en casos de detención ciudadana. La sociedad reclama pero actúa, aunque comienza a gestarse una desconfianza incipiente hacia el Estado, lo que se verifica en las primeras iniciativas vecinales para conformar rondas civiles armadas. El Estado empieza a ser observado y criticado en sus políticas, y en los barrios marginales y densamente poblados –donde más se lo necesita– es percibido como indiferente, con apariciones intermitentes o errado en sus políticas, lugares donde se verifica mayor aceptación de la violencia.

En el ámbito local, donde el problema aún entendemos no ha llegado a niveles críticos, la discusión incipiente traspasa por establecer si la tendencia seguirá o no en aumento. Se plantea si un fenómeno típicamente urbano (99% de los casos), con bajo índice de mortalidad (5%), con ataques mayormente dirigidos a los bienes (51%), en algún momento podrá agravarse y elevarse a una fase crítica del problema. Dada la tendencia creciente verificada en los últimos años, el problema, que representa una de las aristas de la conflictiva social en general, puede agravarse y potenciarse a niveles críticos, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de un fenómeno particularmente vulnerable al efecto imitación o contagio, repotenciado por la acción de los medios. Como fenómeno producto de la precariedad barrial de zonas marginales y la propia precariedad estructural del Estado en esos barrios, la pobreza es un factor importante pero no la causa. La precariedad y marginalidad generan violencia interpersonal, que se comunica a sucesivas violencias interpersonales, hasta que el Estado resulta desbordado en esos márgenes

donde se forman “cuellos de botella” por la excesiva demanda, y termina por desatender o atender mal la cuestión inseguridad, perdiendo paulatinamente su monopolio de la coerción legítima y controlada, para pasar a un control informal de los conflictos, administrado por iniciativas más o menos organizadas (cuando hay capacidad económica para hacerlo), o a través de la reacción más descontrolada e irracional de la venganza. Los barrios marginales desposeídos en todo aspecto (educación, salud, institucionalidad) y también del discurso de “inseguridad” expropiado por las clases más altas y con mayor poder de presión en la opinión pública, se reapropian (Vilas) de la facultad de defenderse y protegerse, armándose y enviando señales inequívocas al Estado y a los delincuentes de que están dispuestos a actuar. El interrogante no es si vamos a una fase crítica, sino cuándo llegaremos. Ocurrirá el mismo proceso que nos ha infiltrado de a poco de otros azotes sociales (narcotráfico), flagelos que en las décadas pasadas resultaban fenómenos remotos, extraños a la realidad de estas latitudes, cuando los creíamos inconcebibles para nuestra conformación familiar, social e idiosincrasia. El derrotero que parece conducirnos a tal estado de crisis nos convertirá paulatinamente en espectadores de horrendas carnicerías televisadas, donde el colectivo anónimo y violento ya no acuda, reclame ni espere nada del Estado.

En materia de propuestas de acción estatal, el problema elegido para esta investigación se enmarca en otro aún mayor, la inseguridad producto de la delincuencia. La política criminal local y nacional no ha tomado aún conciencia del fenómeno en crecimiento, lo que se evidencia en falta de estudios especializados y registros dedicados. Por consiguiente, la respuesta jurisdiccional no es suficiente, generando el efecto retroalimentador de la impunidad, principal motor movilizador –como ya vimos– de la furia colectiva justiciera. Desde la realidad y experiencia valiosa de otros países se propone la generación y construcción de lazos de cohesión social a nivel local (municipal) desde el paradigma de la seguridad ciudadana, superando los viejos modelos de gestión centralizados (Dammert, 2012). Lo cierto es que, lejos de enfocarse en la

complejidad del problema de la delincuencia, absorbida por su manifestación común, extendida a las formas organizadas y a la delincuencia colectiva social (saqueos, usurpaciones, linchamientos), la política criminal del Estado provincial insiste en recetas de saturación policial en las calles (OPS/UNLP, 2014). Se proponen como desafíos superar el paradigma del autogobierno policial, traducido en la delegación, por parte de la dirigencia política, del control y la regulación integral de la problemática de la seguridad en las instituciones policiales, evitando la “policialización” de la seguridad pública. Merece una investigación aparte el conocer sobre el estado actual de las políticas implementadas en materia de prevención, protocolos de procedimiento y marco reglamentario de actuación para prevenir y enfrentar este tipo de situaciones de desborde social.

Al estar el fenómeno violencia popular (por hipótesis) íntimamente ligado a nociones de justicia y deberes del Estado (por defecto de éstos), en una continuación del presente trabajo deberá especialmente tenerse en cuenta el diseño adecuado de mecanismos legales o reglamentarios de contención formal del fenómeno, en función de su lineamiento, a las escuelas dominantes en la dogmáticas penal en materia de finalidad y función de la pena. Por ello es más que relevante para el logro de las metas generales propuestas en el Anteproyecto, poder dilucidar, en una futura continuación del presente si la concepción dominante del fin básico-esencial de la pena como mecanismo rehabilitador, frente a la recurrencia del fenómeno, y teniendo en cuenta como posible causa tal sensación de impunidad, resulta ser en términos prácticos la que mejor se adecue a la realidad actual de nuestro medio, teniendo en cuenta el posible recrudecimiento del fenómeno íntimamente ligado a esa percepción y al fuerte rechazo, evidenciado como un punto límite de tolerancia a la resignación de aceptación de tal estado de cosas.

La finalidad del rol punitivo del Estado asumida desde los mismos orígenes históricos, y sus implicancias dentro de un proceso penal de diseño garantista, parece encontrarse en aparente oposición-contradicción al sentido retributivo de

la pena (entendida como penitencia ejemplificadora) que parece estar reclamando la demanda social frente a la inseguridad-impunidad, ello evidenciado en los mismos hechos del amarillismo y la crónica policial, cuando el colectivo decide aplicar la violencia directa sin esperar juicio alguno. Dada la importancia de trabajos similares hechos en otros países, descontamos que nuestro trabajo despertará especial interés en aquellos lugares donde recrudece desde hace varios años el fenómeno de los linchamientos.

Bibliografía del informe final

- Alba Vega, Carlos - Kruijt, Dirk (2007), *Viejos y nuevos actores violentos en América latina: temas y problemas*, "Foro Internacional", vol. XLVII, n° 3, jul.-sep., 2007, p. 485 a 516, www.redalyc.org/articulo.oa?id=59911150001.
- Ardilla, Rubén (1970), *Psicología del aprendizaje*, Bs. As., Siglo XXI.
- Auyero, Javier (2007), *La zona gris. Violencia colectiva y política partidaria en la Argentina contemporánea*, Bs. As., Siglo XXI.
- Auyero, Javier (2007b) *La moralidad de la violencia colectiva: el caso de los saqueos de diciembre de 2001*, en "En los márgenes de la ley. Inseguridad y violencia en el Cono Sur", Bs. As., Paidós.
- Auyero, Javier - Berti, María F. (2013), *La violencia en los márgenes. Una maestra y un sociólogo en el conurbano bonaerense*, Bs. As., Katz Editores.
- Ávila Hernández, Flor M. - Martínez De Correa, Luz M. (2009), *Reconocimiento e identidad. Diálogo intercultural. Utopía y praxis*, "Latinoamericana", vol. 14, n° 45, abr. -jun., 2009, p. 45 a 64, Venezuela, Universidad del Zulia, www.redalyc.org/articulo.oa?id=27911653005.
- Bacigalupo, Enrique (1996), *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis.
- Bacigalupo, Enrique (1999), *Principios constitucionales de derecho penal*, Bs. As., Hammurabi.
- Bacigalupo, Enrique (2005), *Derecho penal y estado de derecho*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile.
- Barata, Francesc (2003), *Los Mass Media y el pensamiento criminológico*, en Bergalli, Roberto, "Sistema penal y problemas sociales", Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Calzado, Mercedes (2014), *El linchamiento es una forma de barbarie enmarcada en un contexto de reclamo*, "Noticias Argentinas", 31/3/14, www.

noticiasargentinas.com/nuevosite/25692--el-linchamiento-es-una-forma-barbarie-enmarcada-en-un-contexto-reclamo.html.

- Castillo Claudett, Eduardo (2000), *La justicia en tiempos de la ira: linchamientos populares urbanos en América Latina*, ponencia en el Simposio I, XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal, Universidad de Chile y Universidad de Tarapacá, “Debate”, n° 51, dic. 2000, Quito, Ecuador, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso).
- Castellanos, Fernando (1977), *Lineamientos elementales de derecho penal (parte general)*, México, Porrúa.
- Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (2014) (Decreto PEN 678/12) Presidente: Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, Bs. As., mar. 2014, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Cordero Heredia, David (2013), *El derecho a la resistencia y la criminalización de la defensa de los derechos humanos y la naturaleza*, Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador, Maestría Internacional en Derecho, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3706/1/T1264-MDE-Cordero-El%20derecho.pdf>.
- Cruz, José M. (1999), *La victimización por violencia urbana: niveles y factores asociados en ciudades de América Latina y España*, “Revista Panamericana de Salud Pública/Pan Am J Public Health”, vol. 5, p. 4 y 5.
- Dammert, Lucía (2000), *Violencia criminal y seguridad pública en América Latina: la situación en Argentina*, Naciones Unidas, Cepal-Eclac, División Desarrollo Social, Santiago de Chile, 2000. ISBN: 92-1-92-1-321666-1.
- Dammert, Lucía - Salazar, Felipe (2009), *¿Duros con el delito? Populismo e inseguridad en América Latina*, Chile, Flacso.
- Dammert, Lucía (2012), *Seguridad ciudadana y cohesión social en América Latina*, “Colección de Estudios sobre Políticas Públicas Locales y Regionales de Cohesión Social”, n° 3, Diputación de Barcelona (Oficina de Coordinación y Orientación del Programa URB-AL III).
- D’Alessio Irol (International Research Online/Latam) (2014), *Las golpizas a delincuentes generan preocupación y rechazo*, www.dalessio.com.ar.
- De León Beltrán, Isaac - Velázquez, Elkin (2012), *Cohesión, confianza y seguridad: un estudio exploratorio*, en Díaz - Meller (eds.), “Violencia y cohesión social en América Latina”, Santiago de Chile, www.cieplan.org.
- Díaz, Francisco J. - Meller, Patricio (2012), *Violencia y cohesión social en América Latina: perspectiva introductoria*, Santiago de Chile, www.cieplan.org.
- Dirección Provincial de Política de Prevención del Delito-MJS PBA (2012), *Estadística criminal de la provincia de Buenos Aires. Año 2012*.
- Engle Merry, Sally (2004), *Una clasificación de la justicia popular*, “El Otro Derecho”, n° 30, jun. 2004, Bogotá, Colombia.

- Entelman, Remo F. (2002), *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Barcelona, Gedisa.
- Fuentes Díaz, Antonio - Binford, Leigh (2001), *Linchamientos en México: una respuesta a Carlos Vilas*, "Bajo el Volcán", vol. 2, n° 3, segundo semestre, 2001, p. 143 a 154, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México.
- Fuentes Díaz, Antonio (2005), *El Estado y la furia*, "El Cotidiano", n° 131, may.-jun., p. 7 a 19, www.redalyc.org/articulo.oa?id=32513102.
- Fuentes Díaz, Antonio (2006), *Subalternidad y violencia colectiva en México y Guatemala*, "Fermentum", Mérida, año 16, n° 46, p. 415 a 428.
- Fuentes Díaz Antonio (2006b), *Linchamientos. Fragmentación y respuesta en el México neoliberal*, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Dirección de Fomento Editorial, Puebla.
- Freud, Sigmund (1921), *Psicología de las masas y análisis del yo*, Alianza.
- Gamallo, Leandro A. (2012), *Crimen, castigo y violencia colectiva: Los linchamientos en México en el siglo XXI*, México, Flacso, www.academia.edu/3350307/Crimen_castigo_y_violencia_colectiva_Los_linchamientos_en_Mexico_en_el_siglo_XXI#.
- García Serrano, Fernando (2012), *No se aloquen, no vayan a carrera de caballo, vayan a carrera de burro: comunidades Chimborazo y Chibuleo*, en Santos - Grijalva Jiménez (eds.), "Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador", Parte III, El caleidoscopio de las justicias indígenas, Quito, Fundación Rosa Luxemburg - Abya Yala.
- Godínez Pérez, Elisa (2009), *Linchamientos: recomendación e hipótesis*, "Manovuelta", año 3, n° 10, jun. 2009, México, DF, <http://es.scribd.com/doc/80744808/Linchamiento-recomendacion-e-hipotesis-Elisa-Godinez>.
- González, Leandro I. - Ladeuix, Juan I. - Ferreyra, Gabriela (2011), *Acciones colectivas de violencia punitiva en la Argentina reciente*, "Bajo el Volcán", vol. 10, n° 16, 2011, p. 165 a 193, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, www.redalyc.org/articulo.oa?id=2862069_7008.
- González Manrique, Luis E. (2011), *¿Justicia indígena o barbarie?*, Real Instituto Elcano, Área América Latina ARI 13/2011.
- Guerrero, Andrés (2000), *Los linchamientos en las comunidades indígenas (Ecuador) ¿la política perversa de una modernidad marginal?*, "Bulletin de l'Institut Français de Études Andines", vol. 29(3), p. 463 a 489, www.redalyc.org/articulo.oa?id=12629309.
- Gutiérrez, Marta E. (2003), *Los mecanismos del poder en la violencia colectiva: los linchamientos en Huehuetenango*, en Mendoza Alvarado - Torres - Rivas (eds.), "Linchamientos: ¿barbarie o 'justicia popular'?", Guatemala, Unesco/Flacso.
- Gutiérrez, Marta E. - Kobrak, Paul Hans (2001), en Salvatierra, Héctor (ed.), *Los linchamientos pos conflicto y violencia colectiva en Huehuetenango, Guatemala*, CEDFOG (Centro de Estudios y Documentación de la Frontera Occidental de Guatemala).

- Haas, Nicole E. - de Keijser Jan W. - Bruinsma, Gerben J. N. (2012), *Percepciones de justicia por mano propia y confianza en la policía*, en VII Jornadas de Sociología de la Universidad Nacional de La Plata, "Argentina en el escenario latinoamericano actual: debates desde las ciencias sociales", La Plata, dic. 2012, <http://jornadassociologia.fahce.unlp.edu.ar>.
- Huggins, Martha K. (1991), *Vigilantism and the State in modern Latin America: essays on extralegal violence*, New York, Praeger.
- Inzaurrealde, Gabriel (2007), *La ciudad violenta y su memoria. Novelas de violencia en el fin de siglo*, tesis doctoral, Universidad de Leiden.
- Jiménez de Asúa, Luis (1958), *Principios de derecho penal. La ley y el delito*, Bs. As., Abeledo-Perrot.
- López, Julián (2002), presentación a la ponencia *Éticas y estéticas de la violencia: De machetes a linchamientos en Guatemala*, Universidad de Extremadura.
- Lossio Chávez, Félix (2008), "*Ahí sí hubo justicia*": linchamientos en el Perú actual, "Debates en Sociología", n° 33, p. 117 a 139.
- Matos Mar, José (1984), *Desborde popular y crisis del Estado*, IEP ediciones, <http://lanic.utexas.edu/project/laoap/iep/ddtlibro25.pdf>.
- Mendoza Alvarado, Carlos A. - Torres-Rivas, Edelberto (2003), *Linchamientos: ¿barbarie o "justicia popular"?*, Guatemala, Unesco/Flacso.
- Mendoza Alvarado, Carlos A. (2003), *Violencia colectiva en Guatemala: una aproximación teórica al problema de los linchamientos*, en Mendoza Alvarado - Torres Rivas (eds.), "Linchamientos: '¿barbarie o justicia popular'?", p. 89 a 124.
- Mendoza Alvarado, Carlos A. (2007), *Ausencia del Estado y violencia colectiva en tierras mayas: una aproximación cuantitativa al fenómeno de los linchamientos en Guatemala (1996-2002)*, Guatemala, Flacso, <http://linchamientos.blogspot.com.ar/2008/05/ausencia-del-estado-y-violencia.html>.
- Ministerio Público Fiscal. Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (2014), *Caracterización de los homicidios dolosos y robos con armas -Primer semestre de 2013, Estudio descriptivo de IPP*, mar. 2014, www.mpba.gov.ar.
- Minugua, Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala (2000), *Los linchamientos: un flagelo contra la dignidad humana*, http://es.wikisource.org/wiki/Los_linchamientos:_un_flagelo_contra_la_dignidad_humana.
- Mollericona, Juan Y. - Paredes, Adriana - Tinini, Ninoska (2007), *La seguridad ciudadana en El Alto. Fronteras entre el miedo y la acción vecinal*, La Paz, PIEB.
- Mollericona, Juan Y. (2008), *Radiografía de los linchamientos en la ciudad de El Alto*, http://www.onsc.gob.bo/investigaciones_especializadas_es.html.

- Moreno Martin, Florentino (2009), *Violencia colectiva, violencia política, violencia social. Aproximaciones conceptuales*, "Revista Violencia y Salud Mental", 2009, www.difusor.org/wp-content/uploads/2009/06/violencia-y-salud-mental.pdf#page=20.
- Nina, Daniel (2005), *De la justicia popular a la justicia comunitaria: reflexiones en torno a la [im]posibilidad de construir la paz*, "Barco de papel", II etapa, vol. III, n° 2, dic. 2005.
- Nino, Carlos S. (1973), *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., 2014, Bs. As. - Bogotá, Astrea.
- Observatorio de Políticas de Seguridad/UNLP (2014), *Violencias y delitos en la Provincia de Buenos Aires 2009-2012: un análisis a partir de la estadística oficial*, Comisión Provincial por la Memoria, la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación y la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la Universidad Nacional de La Plata, <http://observaseguridad.fahce.unlp.edu.ar/>.
- Paniagua, Cecilio - Fernández Soriano, Javier (2007), *Psicología de las masas y violencia*, "Ars Medica", 2007, n°2, p. 235 a 264.
- Pasciaroni, Carolina - Olea, Mariana - Schroeder, Romina (2010), *Pequeñas localidades, entre el éxodo rural y la urbanización. Evolución de las localidades rurales de la región pampeana argentina: 1960-2001*, ponencia en el VIII Congreso Latinoamericano de Sociología Rural, Porto de Galinhas, 2010, http://www.oppad.uns.edu.ar/docs/trabajos/congresos/exodo_rural.pdf.
- Peralva, Angelina (2003), *La democratización incompleta entre violencia urbana y consolidación institucional*, Universidad de Toulouse II/[LISST-CERS] - Centro de Análisis y de Intervención Sociológica (CADIS) - Escuela de Altos Estudios en Ciencias Sociales, Paris, en "Lo público como arena de la transformación social, cultural y política. Despliegue y fragmentación de los espacios públicos en las sociedades de América Latina", Universidad Libre de Berlín.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD (2013), *Informe regional de desarrollo humano 2013-2014. Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina*, nov. 2013, www.latinamerica.undp.org.
- Procurador de los Derechos Humanos Guatemala (2013), *Informe anual circunstanciado al Congreso de la República de las actividades y de la situación de los derechos humanos en Guatemala durante el 2012*, PDH, 2013, www.pdh.org.gt.
- Proyecto Cultura de Paz en Guatemala (PCPG) - Unesco (2003), *El discurso ético como barrera contra los linchamientos*, en Mendoza Alvarado -

- Torres - Rivas (eds.) *“Linchamientos: ¿barbarie o ‘justicia popular’?”*, Guatemala, Unesco/Flasco.
- Raz, Joseph (1985), *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Retamozo, Martín (2009), *Orden social, subjetividad y acción colectiva. Notas para el estudio de los movimientos sociales*, “Athenea Digital”, n° 16, p. 95 a 123, <http://psicologiasocial.uab.es/athenea/index.php/athenea-Digital/article/view/560>.
- Robin Azevedo, Valérie (2009), *Linchamientos y legislación penal sobre la diferencia cultural. Reflexiones a partir de un juicio por homicidio contra unos comuneros del Cuzco*, “Actes & Mémoires”, n° 26, 2009, Lima, p. 71 a 101.
- Rodríguez Guillén, Raúl (2002), *Los linchamientos en México: crisis de autoridad y violencia social*, “El Cotidiano”, vol. 18, n° 111, ene.-feb., 2002, p. 18 a 27, Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco, México, www.redalyc.org/pdf/325/32511103.pdf.
- Rodríguez Guillén, Raúl (2012), *Crisis de autoridad y violencia social: los linchamientos en México*, “Polis”, 2012, vol. 8, n° 2, p. 43 a 74.
- Rodríguez Guillén, Raúl - Mora Heredia, Juan, *Los linchamientos: derechos humanos y Estado de derecho*, “Topodrilo”, Sociedad, Ciencia y Arte, www.izt.uam.mx/topodrilo/pdfs6/gillen_heredia.pdf.
- Rodríguez Guillén, Raúl - Mora Heredia, Juan (2005), *Los linchamientos en México: entre el Estado de derecho y los usos y costumbres*, “El Cotidiano”, n° 129, 2005, p. 56 a 66, México, <http://www.redalyc.org/pdf/325/32512908.pdf>.
- Rodríguez Guillén, Raúl - Mora Heredia, Juan (2006), *Los linchamientos en México*, México, UAM-A/Eón Ediciones.
- Romero Salazar, Alexis - Raima Rujano, Roque (2007), *Impunidad, anomia y cultura de la muerte. Los linchamientos en Venezuela*, “Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad”, vol. XXIII (39), p. 139 a 161.
- Rosatti, Horacio (2006), *La inacción de la justicia institucionalizada como exigente para la justicia por mano propia*, “Revista de Derecho de Daños”, 2006-2-25.
- Rossi, Pascual (1906), *El alma de la muchedumbre*, trad. por Carreras, Barcelona, Henrich y Compañía.
- Santillán C., Alfredo (2008), *Ajusticiamiento popular en tiempos de la seguridad ciudadana*, “Revista Ciudad Segura”, 2008, n° 22, p. 4 a 9.
- Santillán C., Alfredo (2009), *El aporte de los métodos cualitativos para comprender la violencia*, Quito, Risper Graf, p. 73 a 88.
- Santos, Boaventura de Sousa (2012), *Cuando los excluidos tienen Derecho*, Santos - Grijalva Jiménez (eds.), en “Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador”, Quito, Fundación Rosa Luxemburg - AbyaYala.

- Santos, Boaventura de Sousa - Grijalva Jiménez, Agustín (eds.), (2002), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Quito, Fundación Rosa Luxemburg - AbyaYala.
- Schmidt, Margarita (2011), *Marginalidad geográfica: revisión y aplicabilidad de un esquema conceptual mediante la evaluación de estudios de caso desarrollados*, Departamento de Geografía - Facultad de Filosofía y Letras - Universidad Nacional de Cuyo, ponencia, https://www.google.com.ar/url?Sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&sqi=2&ved=0CBoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fcreditacion.fisa.cl%2Fugi%2Fcontenidos%2Fponencia%2F27%2FSchmidtMargarita_20111394TFWEMH_f.doc&ei=_NjbU4THE_HmsASb44KgBQ&usg=AFQjCNHHNYk8q-V0zg4G6UdfO2xtNpCxiw&sig2=m69ZqYPFXCIYXibwXP910A&bvm=bv.72197243.d.cGU.
- Silar Mario, Felipe - Schwember, Augier (2009), *Racionalidad práctica. Intencionalidad, normatividad y reflexividad*, comunicaciones a las XLV Reuniones Filosóficas, "Cuadernos de Anuario Filosófico", Pamplona, Universidad de Navarra, <http://www.unav.es/filosofia/publicaciones/cuadernos/serieuniversitaria/>.
- Snodgrass Godoy, Angelina (2003), *Los linchamientos y la democratización del terror en la Guatemala de la posguerra: implicaciones en el campo de los derechos humanos*, en Mendoza Alvarado - Torres Rivas, Edelberto (eds.), "Linchamientos: ¿barbarie o 'justicia popular'?", Guatemala, Unesco/Flasco, p. 125 a 173.
- Tilly, Charles (1978), *From mobilization to revolution*, New York, McGraw-Hill.
- Tilly, Charles (2003), *The politics of collective violence*, Cambridge University Press.
- Vilas, Carlos M. (2001), *Tristezas de Zapotitlán. Violencia e impunidad en el mundo de la subalternidad*, "Bajo el Volcán", Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, vol. 2(3), p. 123 a 142.
- Vilas, Carlos M. (2002), *Los linchamientos en México: reflexiones a partir de un comentario*, "Bajo el Volcán", Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, vol. 2(4), p. 209 a 217.
- Vilas Carlos M. (2005), *Linchamiento: venganza, castigo e injusticia en escenarios de inseguridad*, "El Cotidiano", vol. 20, n° 131, p. 20 a 26. Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco, Distrito Federal, México.
- Vilas, Carlos M. (2006), *Linchamientos en América Latina: hipótesis de explicación*, en Rodríguez Guillén - Mora Heredia, Juan (comps.), "Los linchamientos en México", México, UAM-A/Eón Ediciones, <http://cmvilas.com.ar/index.php/articulos/13-linchamientos-y-violencia-popular/29-linchamientos-en-america-latina-hipotesis-de-explicacion>.
- Vilas, Carlos M. (2012), *Linchamientos en América Latina: causas, escenarios, efectos*, documento presentado en el panel "Lynchings in the Americas: Historical, Social, and Political Causes", LASA XXX International Congress, San Francisco, may. 2012.

- Virno, Paolo (2002), *Gramática de la multitud. Para un análisis de las formas de vida contemporáneas*.
- Watson, John B. (1925/1930), *El conductismo*, Bs. As., Paidós.
- Whitman, James Q. (2008), *Entre la legítima defensa y la venganza. Entre el contrato social y el monopolio de la violencia*, tr. G. Beade, "Nueva Doctrina Penal", 2008-A-175 a 207.

Artículos de doctrina

Autores extranjeros

UNA LEY ELECTORAL QUE PROTEGE LA BIPOLARIDAD Y FAVORECE LA GOBERNABILIDAD

TOMMASO EDOARDO FROSINI*

RESUMEN

Hay muchos sistemas electorales existentes en el mundo; en realidad, cada país tiene el suyo. Sin duda, Italia tiene también derecho a tener su propio sistema electoral, y no han faltado soluciones, comenzando con la restauración del sistema mayoritario, por ejemplo. Lo importante es que sea un sistema electoral destinado a favorecer la formación de mayorías y un Gobierno elegido y legitimado mediante el voto de los electores. Representación y gobernabilidad: éstos son los objetivos.

ABSTRACT

There are many electoral systems around the world; actually, each country has its own. Without a doubt, Italy also is entitled to have its own electoral system, and it doesn't lack solutions, starting with the restoration of the majoritarian system, for example. The important thing is that there should be an electoral system destined to promote the formation of a majority and government chosen and legitimated by voters. Representation and governability, these are the goals.

* Catedrático de Derecho Público Comparado y Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nápoles *Suor Orsola Benincasa*. El autor quiere agradecer al profesor Calogero Pizzolo por la invitación a publicar las consideraciones precedentes en esta Revista.

Para iniciar un debate sobre el sistema electoral es necesario, en mi opinión, partir de la siguiente pregunta: ¿para qué sirve el sistema electoral? Dos son las respuestas: para formar una mayoría y un gobierno; y para representar los sentimientos de una colectividad. En ambas respuestas hay, implícitamente, dos grandes fórmulas electorales: la mayoritaria, que realza la gobernabilidad; y la proporcional, que valora la representatividad.

De la segunda, o sea, la sobrerrepresentación, Italia no pudo evitar adoptarla a partir de 1948, es decir, desde el nacimiento de la democracia republicana, que necesitaba avanzar y reforzarse incluso mediante la representación múltiple de diversas fuerzas políticas. Sin embargo, este proceso de representatividad se agotó a principios de los noventa, debido a una continua, desconcertante y perjudicial consecuencia negativa sobre la duración de los gobiernos; esto es, la inestabilidad de los mismos y, por tanto, la incapacidad de crear un *indirizzo politico* estable, capaz de programar una actividad de gobierno para todo el mandato de la legislatura.

Es posible señalar el día en que los italianos decidieron concluyentemente que la gobernabilidad debía prevalecer frente a la representatividad y, sobre todo, que su voto debía “contar más” porque, además de permitir elegir representantes parlamentarios, debería servir para conceder la investidura al gobierno. Como sucede desde hace tiempo en las grandes democracias occidentales. Ese día fue el 18 de abril de 1993, cuando 11 millones y 662 electores (sobre 14 millones y 573, esto es, el 83,30%) votaron a favor del referéndum para abrogar partes importantes de la ley electoral del Senado, y así permitir que ésta pudiera transformarse, gracias a la normativa resultante, de una ley de sistema proporcional a una que introducía un sistema electoral prevalentemente mayoritario. Aquel domingo de primavera de hace trece años fue, y sigue siendo, un evento extraordinario. Como acontecimiento, como resultado y como hecho jurídico. Hay quien ve en aquel referéndum el medio de surgimiento del poder constituyente al servicio de los derechos y de las libertades públicas. Y podría decirse, además, poder constituyente de la

constitución material, teniendo en cuenta la clara incidencia que el sistema electoral tiene en la forma de gobierno y, más en general, en la organización del poder.

Una cosa está clara: aquel voto referendario no pretendía, ni podía, elegir un sistema electoral específico, sino que más bien mostró claramente una filosofía del voto; es decir, el establecimiento de cualquier método que pudiera dar a los votantes la libertad de elegir una mayoría y un gobierno. Y así fue.

Permítaseme un pequeño paréntesis. El nuevo sistema electoral fue definido enseguida con una fórmula periodísticamente feliz, pero deliberadamente despectiva: *Mattarellum*. Creo que el abuso de esta expresión, sin duda, no ha contribuido a una valoración correcta e imparcial del sistema electoral, porque al calificarlo como *Mattarellum* se ha terminado, aunque sea inconscientemente, valorando negativamente “en cualquier caso”. Y lo mismo ocurre con el *Tatarellum*, otra invención léxica, producto de la misma pluma y referido al sistema electoral regional; con mayor razón, el discurso sirve para la actual ley electoral, que es definida además de *Porcellum*, solo porque en una entrevista el senador Calderoli, artífice de la ley, la definió como una *porcata*. Cierro paréntesis.

Por tanto, los ciudadanos italianos en 1993 quisieron reivindicar la necesidad de una ley electoral capaz de lograr una mayoría y un gobierno y, por tanto, un desarrollo del sistema político en sentido bipolar. Así se confirmó cuando se celebraron las elecciones: en 1994, 1996, 2001, con una ley electoral prevalentemente mayoritaria (75% de los escaños con el sistema uninominal mayoritario, el 25% restante con el sistema proporcional), y en 2006 y 2008 con una ley electoral con efecto mayoritario (un sistema electoral proporcional con *premio* a la mayoría, a favor de la lista más votada). Por el contrario, en 2013 surgieron problemas en cuanto a la mayoría; en concreto, en el Senado, con motivo del *premio* a la mayoría, que se asignó a nivel regional en lugar de nacional, pero se trató de una excepción y no una regla. Algunos afirman que se trata de una “bipolaridad conflictiva” (es difícil,

sin embargo, imaginar una bipolaridad “amistosa”...), pero es una bipolaridad gracias a la cual se ha podido –definitivamente, hay que decirlo– permitir al elector italiano hacer aquello que los electores de las democracias occidentales hacen desde hace tiempo, esto es, elegir sus propios gobernantes, y por ello designa al Gobierno votando a través de su mayoría parlamentaria, basado en un programa electoral que después está destinado a convertirse en la actividad de *indirizzo politico* durante la legislatura. Así se logró llevar Italia a Europa, con respecto al método de gobernar. Efectivamente, el panorama europeo de las formas de gobierno, al margen del modelo (*modellino*) parlamentario o semipresidencial predominante, se basa en la legitimación directa de los gobiernos, cuyo cuerpo electoral puede elegir quién debe gobernar. De esta manera, es como si se estuviera formando un patrimonio constitucional europeo también en materia de forma de gobierno y, como se ha señalado, en materia de derechos de libertad; y que ese patrimonio constitucional europeo es el del buen gobierno, elegido por el cuerpo electoral y responsable frente a éste. Un gobierno sujeto al juicio de los electores, que pueden actuar a través del voto, que puede ser de *premio* o de sanción; o sea, de renovación o denegación de la confianza.

Una vez más se ha podido, aunque con diferencias, completar el diseño y el desarrollo institucional de los Ejecutivos a nivel municipal, provincial y regional que prevé la elección directa por parte de los electores del Presidente y de la mayoría que lo sostiene a través de un vínculo fiduciario (también siguiendo la regla del *simul stabunt simul cadent*). Si el gobierno a nivel local es elegido directamente por los electores, por qué no debería hacerse igualmente a nivel nacional, aunque con el método de investidura en lugar de la elección directa.

Por consiguiente, con la introducción del principio mayoritario se produce un nuevo modo de gobernar y hacer oposición. Por supuesto, principio mayoritario dispuesto en su doble faceta: como “regla para elegir”, que pertenece a la modalidad de funcionamiento de la fórmula electoral mayoritaria o

con efecto mayoritario, y como “regla para gobernar”, que favorece el principio de responsabilidad política y, con él, el rol que el cuerpo electoral sume para elegir Gobierno. Con el objeto de asegurar la formación de un Gobierno estable, eficaz, que permanezca durante toda la legislatura y que responda de su actuación ante el cuerpo electoral. En efecto, un Gobierno es estable no sólo por la duración de su mandato, sino también cuando su duración es periódicamente verificada y confirmada por elecciones libres. Por otro lado, un Gobierno es eficaz cuando sus decisiones responden a las exigencias de los electores, que pueden confirmar o sustituir al Gobierno, creando así un régimen de alternancia. En la base de este sistema hay un proceso de preservación de la soberanía popular que, en cuanto cuerpo electoral, está llamada a elegir los representantes y siendo consciente de que elige también a los gobernantes. De este modo, el pueblo-cuerpo electoral, antes de votar, conoce el programa de Gobierno y las personas que lo formarán; está en condiciones de conocer, con carácter previo al resultado electoral, qué *indirizzo politico* se seguirá en caso de que ganase (o en caso de alcanzar la mayoría) una opción política u otra; puede respaldar con el voto a un Gobierno, o bien hacer que resulte vencedor el Gobierno alternativo, que se formará ejerciendo una oposición constructiva. Es también una nueva forma de libertad, reconducible al principio de la soberanía popular; esto es, la libertad de asociarse en la adopción de decisiones; la libertad de participar directa y activamente en la formación de la política nacional mediante la elección “inmediata” del titular del *indirizzo politico* y, al mismo tiempo, la libertad de cambiar a los gobernantes en caso de pérdida de la confianza.

Lo expuesto hasta aquí es mi opinión, si bien es cierto que soy consciente de que pueden plantearse críticas significativas al método mayoritario, y que ello ha desplegado sus efectos en el sistema político e institucional italiano. Críticas no formuladas desde el punto de vista jurídico –el argumento de la presunta constitucionalización del sistema proporcional está ya ampliamente superado–, sino más bien sociopolíticas, que pueden resumirse en la falta de homogeneidad del cuer-

po electoral y de la clase política, que resiste mal la solución bipolar que obliga a elegir, *bon gré mal gré*, una coalición y un candidato designado por la misma en el ámbito de una circunscripción uninominal. Prueba de esta alergia al sistema mayoritario sería la proliferación de partidos en el Parlamento, o la necesidad de reactivar una especie de *proporzionalismo parlamentare* en lugar del sistema mayoritario electoral. Críticas, sin embargo, que pueden manifestarse con referencia a los continuos conflictos entre las fuerzas políticas surgidos en el seno de la misma coalición. Críticas, al fin y al cabo, que pueden extenderse posteriormente allí donde se observa el cada vez más inminente proceso de personalización de la política, que iría en detrimento de los partidos políticos y de su determinante rol constitucional *ex art. 49*. Y, con referencia a este último aspecto, se añadiría la crítica relativa al hecho de que el sistema mayoritario habría favorecido un cierto deterioro del Parlamento.

Pues bien, frente a estas y otras críticas que pueden plantearse al método mayoritario –suponiendo que éste sea el verdadero culpable–, y dado que no es posible aquí responder de manera extensa, queda sin embargo el hecho de que, silenciando otros aspectos al margen de los mencionados antes, con el sistema mayoritario se han producido dos circunstancias relevantes en el ámbito de la concreta aplicación constitucional, nunca vistos hasta ahora: la caída de un Gobierno mediante una moción de censura en el Parlamento (me refiero al Gobierno Prodi, en 1998) y la duración quinquenal para todo el mandato de la legislatura, de un Gobierno y de su mayoría parlamentaria (como sucedió con el Gobierno Berlusconi y la mayoría elegida por los electores en 2001, que duró hasta 2006). Tal vez ha sido una casualidad, pero estas dos circunstancias, de importancia considerable en el ámbito del correcto funcionamiento de las instituciones y de la forma de gobierno parlamentaria, previstas y reguladas por la Constitución, se han podido constatar sólo en el sistema mayoritario. No me estoy refiriendo a la alternancia entre fuerzas políticas en el Gobierno que tuvo lugar en 1996 y 2001, aunque se cree que es el resultado del sistema mayoritario.

Sin embargo, hay que añadir que las dos circunstancias constitucionalmente relevantes anteriormente mencionadas, se han producido en dos legislaturas diferentes del sistema mayoritario, como si quisiera demostrarse que el ajuste de éste estaba concluyendo para mejorar su funcionamiento efectivo, siguiendo la estela del modelo Westminster.

En 2005, el legislador decide modificar y aprueba la ley 270 con la que reformula el sistema electoral, introduciendo una fórmula proporcional con *premio di maggioranza*, que garantiza la mayoría absoluta de los escaños (en la Cámara de Diputados) a la lista más votada en la campaña electoral. ¿Por qué se decidió cambiar? La única respuesta posible es de naturaleza política: ante el temor de perder las elecciones, la mayoría en aquel momento quiso alterar las normas electorales, con la esperanza de no perder, o de perder por una diferencia mínima, como finalmente sucedió.

Quisiera realizar una precisión respecto al *cuándo* aprobar una ley para reformar el sistema electoral, ya que se trata de una cuestión que ha suscitado cierta polémica en el debate italiano. Se ha afirmado que no se puede cambiar la ley electoral ante la proximidad del fin de la legislatura porque ello alteraría demasiado las normas justo antes de su aplicación. Asimismo, se ha afirmado que no se puede cambiar la ley electoral al comienzo de la legislatura porque si no se debería votar de nuevo en la medida en que las Cámaras estarían deslegitimadas. ¿Es posible que la ley electoral deba aprobarse sólo en un período determinado; en concreto, a mitad de la legislatura? Insistir en el *cuándo* cambiar la ley electoral, hasta el punto de convertirlo en un problema no solo de oportunidad política, sino también en cierta medida jurídico, conlleva, sin embargo, caracterizar a la legislación electoral de un significado particular. Ello implica concebir una teoría inédita y bastante original de la ley electoral en el sistema de fuentes, que puede resumirse del siguiente modo: la elaboración de la ley electoral no estaría sujeta a *quórum* especial en la votación parlamentaria (aunque fuera lo deseable), sino más bien en momentos concretos de su aprobación. Por tanto, o se aprueba en un momento concreto de la legislatura, a mi-

tad de ella, o no se puede proceder en este sentido. Franca- mente, parece absurdo. Otra cuestión es la relativa a la oportu- nidad política. Sobre ello, debe recordarse lo que estable- ció el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*BVerfGE*, 3, 389): “las modificaciones de la ley electoral justo antes del fin de la legislatura... suscita la sospecha de falta de objetividad [*Unsachlichkeit*]”.

Realizadas estas afirmaciones, queda otra cuestión: ¿la ley electoral 270 de 2005 ha permitido el correcto ejercicio del sistema mayoritario, el reforzamiento de la bipolaridad y la investidura del Gobierno por parte de los electores? Sin duda alguna, la respuesta es afirmativa. Sin embargo, se tra- taba, como sostuvo el Tribunal Constitucional, en la sen- tencia 1 de 2014 y a la cual nos referiremos, de una ley con varios vicios de inconstitucionalidad.

En realidad, más allá de la complejidad y, sobre todo, de la eficacia de este sistema electoral que, sin embargo, preten- dería mantener la bipolaridad, bien con la lógica de las coali- ciones y del *premio di maggioranza* que pertenece a ésta entre las coaliciones más votadas, bien con la medida legislativa para declarar “el nombre y apellido de la persona señalada como cabeza único de la coalición”; fuera de estos aspectos, hay una cuestión jurídica que conviene aclarar. Me refiero al hecho de que la ley electoral presentaba algunas dudas razo- nables de constitucionalidad, que han sido señaladas por el Tribunal Constitucional en la sentencia n.1 de 2014, y que pueden resumirse del siguiente modo: *a*) las normas relativas al *premio di maggioranza* en la Cámara no supera el test de proporcionalidad y razonabilidad aplicado al equilibrio legis- lativo de intereses constitucionalmente relevantes, que –como sostiene el Tribunal– “es necesario valorar si la norma objeto de control, con la medida y las modalidades de aplicación establecidas, es necesaria e idónea para lograr los objetivos legítimamente perseguidos, en la medida en que, entre las medidas más apropiadas, ordene la menos restrictiva de los derechos afectados y establezca cargas no desproporcio- nadas respecto al logro de tales objetivos”; *b*) la ley electoral 270 de 2005, aun persiguiendo un fin legítimo, como la esta-

bilidad del Gobierno y la eficiencia de los procesos decisionales, “no se adecua al objetivo perseguido, puesto que implica una deterioro de la función representativa de la Asamblea y del igual derecho de sufragio, excesiva y capaz de producir una profunda alteración de la composición de la representación democrática en la que se basa toda la arquitectura del ordenamiento constitucional vigente”, violando así los arts. 1.2, 3, 48 y 67 de la Constitución; c) además, lesiona el principio fundamental de igualdad del voto que “exige, no obstante, que cada uno contribuya potencialmente y con la misma eficacia a la formación de los órganos electivos, y reciba un tratamiento diferenciado en relación con el sistema electoral elegido”, como en el caso del sistema proporcional, que crea en el elector la legítima expectativa de que no se produzca un desequilibrio sobre los efectos del voto, es decir, una valoración desigual del “peso” del voto resultante, a efectos de la asignación de escaños; d) el *premio* regional para la distribución de los escaños en el Senado es ilegítimo por “la inadecuación (de la legislación) para el logro del objetivo perseguido”. Efectivamente, la asignación regional permite la formación de la mayoría “al resultado casual de una suma de *premi* regionales, favoreciendo la formación de mayorías parlamentarias no coincidentes en las dos ramas del Parlamento”, comprometiendo tanto el funcionamiento de la forma parlamentaria de gobierno, como el ejercicio de la función legislativa; e) el voto a la lista de partido sin expresar preferencia alguna es ilegítimo porque de esta manera el derecho al voto se convierte básicamente en indirecto, deja de ser libre y personal; “el hecho de que la totalidad de los parlamentarios electos, sin excepción alguna, carezcan de respaldo de los ciudadanos, vulnera la lógica de la representación reconocida por la Constitución”; f) finalmente, de conformidad con el principio de continuidad del Estado, las decisiones no producen consecuencias invalidantes sobre las elecciones ya celebradas, ni sobre los actos adoptados por las Cámaras hasta las nuevas elecciones.

Hasta aquí las decisiones jurídicas del Tribunal Constitucional. Sin embargo, hay otras cuestiones de naturaleza polí-

tica en relación con las listas bloqueadas y el denominado “*megapremio* a la mayoría”, sobre las que quisiera hacer una precisión. Por lo que respecta a las listas bloqueadas, éstas podrían –si se utilizaran bien– ofrecer una gran oportunidad, la de postular, para elegir lo mejor de la sociedad. Me explico: si los partidos, en lugar de sucumbir a opciones personales y amistosas, hubieran sabido y querido utilizar las listas bloqueadas, tendrían que haber postulado personalidades ampliamente representativas de la sociedad italiana. Los mejores representantes de la sociedad civil, personas capaces y preparadas. Así habríamos logrado una clase política de primer nivel. Como es sabido, se prefirieron otras opciones. En esta situación se podrían retomar las preferencias, en la ilusión de que así elige el elector. Sin embargo, sabemos perfectamente que las preferencias pueden adquirirse con el intercambio (*voto di scambio*) que ha marcado buena parte de las opciones electorales en los años de la denominada “Primer República”, o con una costosísima campaña electoral, organizada a golpe de fiestas, cenas, invitaciones, anuncios, *spots* televisivos... cuyo gasto electoral aumenta drásticamente, también porque el objetivo no es solo convencer al elector para votar a ese partido, sino sobre todo para votar ese candidato en lugar de otro del mismo partido. Una palabra sobre el denominado “*megapremio* a la mayoría”. En primer lugar, hay que precisar que éste también se aplica en las elecciones locales (municipales y regionales); de hecho, en algunos casos, en los que contribuye la jurisprudencia del Consejo de Estado, resulta de aplicación forzosa en nombre del “valor fundamental de la gobernabilidad (sentencia constitucional n.3022 de 2010), y por tanto prevalece incluso sobre la representación, y ello pese a que ésta tiene un indudable y auténtico valor constitucional. El *premio* a la mayoría es útil para permitir disponer de una mayoría parlamentaria sólida y estable (aunque su capacidad depende de las dinámicas políticas), que es la finalidad misma de los sistemas parlamentarios que se basan en la confianza entre mayoría y gobierno. Por otra parte, también el sistema mayoritario-uninominal se basa, por así decirlo, en diversos *premi* de mayoría, como son las cir-

cunscripciones electorales. Así, en cada circunscripción gana quien obtiene más votos y los demás no tienen derecho de representación. De este modo, el *premio* a la mayoría puede ser visto como el revés de la medalla de la barrera electoral (como la prevista en Alemania y fijada en el 5%). Con esta última se favorece una desincentivación de la representación múltiple, por el contrario, con el *premio* aventaja a la lista, o coalición de listas, más votada por los electores. Efectivamente, el actual *premio* de mayoría es “*per*” la mayoría, permite atribuir los escaños en mayoría, aunque éstos hayan sido atribuidos con el voto de los electores. Otra cosa sería el *premio* “*alla*” mayoría, como preveía la ley electoral de 1956, calificada mezquinamente como “ley estafa”, pero que no resultó tan estafa, teniendo en cuenta que preveía la asignación del *premio* a la lista (o coalición de listas) que hubiera obtenido por sí la mayoría de los votos de los electores. Como diciendo, has conseguido la aprobación mayoritaria del cuerpo electoral, y por eso, te ayudo a hacer más sólida la mayoría parlamentaria, atribuyéndote algunos escaños más.

Son muchos los sistemas electorales existentes en el mundo; en realidad, cada país tiene el suyo. Es como si en materia electoral hubiera una soberanía absoluta ejercida mediante la identificación de un sistema electoral propio que no copia ni reproduce otros modelos. Piénsese en Francia, con la doble vuelta; en Gran Bretaña, con el sistema uninominal; en Alemania, con la barrera electoral; en España, con circunscripciones provinciales limitadas. Sin duda, también Italia tiene derecho a tener su sistema electoral, y no faltan soluciones. A partir de la restauración del sistema mayoritario para el 75% de los escaños y el proporcional para el 25% restante, sin sustracciones u otras invenciones normativas. Lo importante es que sea un sistema electoral destinado a favorecer la formación de mayorías y un Gobierno elegido y legitimado mediante el voto de los electores. Sin embargo, una ley electoral que proteja la bipolaridad puede considerarse como un logro significativo del sistema político italiano (al nivel del resto de democracias europeas). Dar marcha atrás significaría crear las condiciones para regresar al sistema partidocrá-

tico. Añado y concluyo: bienvenidas sean las primarias para la elección de candidatos (en circunscripciones uninominales), si la finalidad es incrementar la participación política del cuerpo electoral. Una democracia se vuelve opaca hasta el riesgo de extinguirse si aumenta la desafección política, si el partido de los abstencionistas tiene posibilidad de ganar las elecciones.

TIPOLOGÍA DE LAS FORMAS DE GOBIERNO Y REVISIÓN DE LAS FORMAS DE GOBIERNO EN ITALIA

GINEVRA CERRINA FERONI*

1. *Primer punto*

Es muy delicado abordar el tema de las “formas de gobierno” como un objeto de tipificación teórico. Delicado, porque la teoría de las formas de gobierno, o bien la teoría que pretende desarrollar diagramas sintéticos y explicativos de las estructuras de gobierno de los diversos países, crea un problema de método al jurista comparatista que pretende enfrentar dichos temas. ¿Cuál? La respuesta es simple. Los “modelitos” (“*figurini*”) de las formas de gobierno (como los llamaba Giannini en su prefacio a la edición italiana de *Le régime parlementaire* de G. Burdeau), nacen bajo el pretexto de “describir”, si bien de manera contracta, los mecanismos de funcionamiento del sistema de gobierno determinado. Bajo este aspecto asumen importancia las modalidades de formación de los órganos electivos y no electivos, la disciplina de sus relaciones jurídicas-constitucionales, los poderes de dirección que se les atribuyen en el ámbito del ordenamiento. Esto es, sin duda, útil para proporcionar modelos homogéneos de referencia y también por exigencias de simplificación didáctica.

* Catedrática de Derecho Constitucional Italiano y Comparado, Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de Florencia. La autora desea agradecer la invitación cursada por el doctor Calogero Pizzolo para la publicación de este artículo.

Sin embargo, los sistemas de gobierno son demasiado complejos para reducirlos únicamente a las reglas constitucionales sobre la formación de los órganos y de sus relaciones recíprocas: por lo que entonces, al lado del criterio formal de clasificación de las formas de gobierno, fueron elaborados por la doctrina criterios sustanciales que tienen en cuenta las verdaderas relaciones existentes entre los órganos constitucionales, su capacidad de incidir sobre la determinación y aplicación de la dirección política, las restricciones que sobre sus actividades ejercen las fuerzas políticas y sociales portadoras de intereses (partidos políticos, sindicatos, *lobbies*). Así como se tiene en cuenta el sistema electoral que, aunque no incide directamente sobre la clasificación de las formas de gobierno, es necesario para comprender la dinámica de su funcionamiento.

De esta manera, el análisis de la forma de gobierno se enriquece de algunos elementos que identifican la realidad institucional tomada como referencia, pero por otro aspecto se “contamina” y se convierte en una construcción artificial (Bin). Pierde la naturaleza jurídica pura del concepto de forma de gobierno (Luciani), con la consecuencia de hacer perder parte de su utilidad para la misma clasificación (Dogliani). En resumen, el análisis politológico, conyuntural o descriptivo no debería nunca sobrepasar el análisis jurídico y el comparatista debería ser hábil en clasificar las formas de gobierno sólo sobre la base de criterios jurídicos, teniendo en cuenta los hechos, pero sin confundir los ámbitos (Volpi).

Es más fácil decirlo que hacerlo. Es por eso que considero que se puede superar esta contradicción sólo a través de una clasificación entre las varias tipologías de formas de gobierno que realmente se encuentre reducida a lo esencial, a saber, los tipos ideales clásicos, con el entendimiento de que en cualquier caso se trata de clasificaciones que son y siguen siendo relativas, en el sentido de que modelos de organización atribuibles a un mismo esquema, por sus características formales, pueden diferir sustancialmente en su funcionamiento efectivo, mientras que, por el contrario, ordenamientos diversos bajo el aspecto normativo pueden presentar similitudes en su desenvolvimiento concreto (Regasto).

Por otra parte, la forma de gobierno nunca es un concepto abstracto e inmutable en el tiempo; de hecho, se pueden identificar diferentes fases en la evolución de una forma de gobierno: el tipo sigue siendo el mismo, pero cualquier subtipo, debidamente elaborado por el comparatista, cambia en el tiempo (p.ej., debido a los cambios de las condiciones políticas y sociales del país, o porque cambia la ley electoral).

Todos éstos son elementos que deben ser cuidadosamente considerados, cuando, a partir de la discusión teórica sobre el concepto de las formas de gobierno y su clasificación, se pasa al razonamiento en la interpretación de las disposiciones constitucionales pertinentes y los proyectos para su revisión.

2. *Segundo punto*

Para abordar el tema que me fue asignado, no examinaré las diversas formas de gobierno, pero pretendo iniciar desde una premisa: cualquier forma de gobierno, cualquier sistema político, debe reunir dos requisitos funcionales esenciales; es decir, por un lado, representar adecuadamente a la sociedad, en el sentido de representar adecuadamente los cambios de opinión y de dirección que maduran en el cuerpo social, y por otra parte permitir a las instituciones políticas (fundadas en la representación) proporcionar las prestaciones de gobierno solicitadas, llevando legitimidad desde el circuito de representación, pero sin estar condicionadas hasta el punto de estar incapacitadas para decidir (Fusaro). En una palabra, representar y gobernar.

Temas, sin embargo, que serán objeto de las conferencias sucesivas y, por ende, seré muy breve sobre este punto.

A este respecto podría ser útil la clasificación tradicional de las formas de gobierno que se refiere al grado de separación existente entre los poderes y que lleva a distinguir entre las formas de gobierno con separación rígida (monarquía constitucional o república presidencial) y con separación flexible (parlamento). Ahora bien, es claro que la cuestión de cómo conciliar representación con gobernar es especialmente

delicada en las formas de gobierno parlamentarias, que se caracterizan por la relación de confianza entre el Gobierno y el Parlamento. En las formas de gobierno presidenciales es muy diferente el tema, en donde el Poder Ejecutivo también resulta ser, en cierta medida, “representativo”, porque es elegido directamente por el cuerpo electoral. Desde otra perspectiva, la composición de la Asamblea sede de representación (que se renueva continuamente en el modelo americano por una parte dominante con frecuencia dos veces mayor, respecto de la duración del mandato del titular de la función de gobierno), si bien no resulta ciertamente indiferente con relación a la actuación de este último, condiciona su actividad en medida limitada.

En las formas de gobierno parlamentarias, por el contrario, la relación de confianza entre Gobierno y Asambleas Representativas constituye un elemento indefectible. Por lo que se impone la necesidad de verificar si las modalidades de formación de las sedes de representación (cuya colaboración, por definición, es indispensable para el ejercicio de las funciones de gobierno, en virtud de la relación de confianza) son o no funcionales para este propósito.

Y aquí entra en juego el sistema electoral. Especialmente, qué ley electoral está en grado de asegurar, en el momento de la elección, un equilibrio entre las exigencias de representatividad y las de gobernabilidad. Y es justo aquí que la necesidad de la representación fiel de las directrices políticas de la sociedad en el Parlamento entra en conflicto con el objetivo de perseguir la máxima gobernabilidad del sistema.

Sin embargo, perseguir el objetivo de la representatividad máxima de la asamblea puede tener que ser sacrificado en aras de una mayor gobernabilidad. Es inevitable que suceda. No existen, obviamente, reglas válidas para todos los sistemas políticos, por lo que el razonamiento no se puede hacer en abstracto, sino ordenamiento por ordenamiento. Es suficiente pensar en los diferentes grados de racionalización de las relaciones Gobierno-Parlamento, que en los distintos ordenamientos, todos formalmente incluidos en el marco de las formas de gobierno parlamentarias, pueden tener lugar, sea a

nivel constitucional o subconstitucional; menor en Italia, más eminente en Alemania, España, Bélgica, Israel, Hungría, Eslovenia y Sudáfrica.

3. *Tercer punto*

Por cuanto se refiere a Italia. En primer lugar considero que sobre el tema de las reformas institucionales hay que ser muy cautelosos, porque la reforma de la forma de gobierno no es el medio de salvación para todos los males de nuestro país. En otras palabras, veo siempre al acecho el riesgo de descargar sobre la reforma de la forma de gobierno la incapacidad de autorregulación del sistema político. Treinta años en ausencia de reformas constitucionales hubieran debido indicar a todos que el estado insatisfactorio de las instituciones italianas no depende sólo de las normas constitucionales, por fortuna pocas (!), sino del sistema político. Por esta razón, nunca he creído que la forma de gobierno fuese el “fuego” de las reformas institucionales. No quiero que se me mal interprete. Intervenir sobre la forma de gobierno es ineludible, pero esto no debe convertirse en el “atajo” o “coartada”, también de impacto mediático, para eludir la red de nudos, yo diría de grumos, de intereses particulares, consolidados y estratificados, que lastran las instituciones, la economía y la sociedad de nuestro país. Por ejemplo, considero irónico que se discuta de forma de gobierno, pero que aún no hayan logrado llegar, a través de una ley ordinaria, a una racionalización seria del sistema de autonomías locales o de sociedades participadas por entes locales.

En segundo lugar, hay que despolitizar el debate sobre la forma de gobierno. Desde hace años me he convencido –y sobre esto estoy de acuerdo con Sartori– que no existen modelos de formas de gobierno de derecha o de izquierda (como de hecho lo demuestra la historia de las reformas aún no realizadas...), ni tampoco modelos perfectos. Existen la historia y las características de un país y es con ellos que tenemos que hacer cuentas. Durante treinta años en Italia, en cambio, las diferencias culturales y políticas han impedido cualquier

tipo de dialéctica constructiva con relación a las reformas, requisito previo necesario a todo proceso de desarrollo civil, social, cultural de un país, porque –como decía Gramsci– también en las posiciones del adversario, siempre hay algo que aprender.

¿Cuál es nuestra historia? Es la historia de un país ingobernable, fragmentado bajo el aspecto político-partítico y con poderes de veto y de coacción por las fuerzas minoritarias.

La elección de la forma de gobierno parlamentaria que utilizamos hoy se desarrolló después de un debate a fondo sobre las condiciones del sistema político italiano y sus varios modelos utilizables. Esta opción evolucionó con la convicción de que el gobierno parlamentario fuese el modelo más idóneo para favorecer las razones de convivencia en el ámbito de una realidad como la italiana, que surgió en la posguerra y que se caracterizó por “tantos partidos contrapuestos por fuertes divisiones” (Tosato) y por lo tanto destinada, por las características propias del sistema político, a un futuro de gobiernos de coalición. Forma de gobierno que, sin embargo, debía evitar los riesgos del asamblearismo y fomentar la creación de “Gobiernos que gobiernen”, evitando las crisis reiteradas que –según Piero Calamandrei– son la ruina de la democracia.

Sin embargo, los trabajos sucesivos de la Asamblea Constituyente llevaron a una interpretación restrictiva: la racionalización del parlamentarismo se manifestó en previsión de un Presidente de la República dotado de poderes de garantía y de intermediación política y sobre todo en la presencia de una Corte constitucional, dotada de facultades importantes como garantía de la Constitución. Pero la relación de confianza y el papel del Gobierno permanecieron asignados a una disciplina bastante esencial, compatible con estructuras bastante diversas de la forma de gobierno, es decir, sea con un parlamentarismo mayoritario, que concentra el poder de liderazgo político en el Gobierno, como con un sistema parlamentario de compromiso, que –por el contrario– pone en relieve la centralidad del Parlamento.

Y, de hecho, ya a partir de la entrada en vigor de la Constitución se abrió un amplio debate en el ámbito del cual la

forma de gobierno adoptada era objeto de críticas. La polémica ponía bajo acusación principalmente a los partidos políticos. Como lo escribía Giuseppe Maranini: “No se puede hablar de una forma de gobierno de tipo parlamentaria o pseudoparlamentaria, pero sí de un régimen partitocrático”. Esto fue el resultado de una debilidad congénita del Ejecutivo, que provenía de un sistema político fragmentado e ideológicamente polarizado.

Ha habido intentos, ya en los años 50, durante la fase del centrismo de Alcide De Gásperi, para construir un “Gobierno de legislatura” fuerte y estable, a través de mecanismos exclusivamente electorales (premio de mayoría a la coalición de los partidos ganadores).

Esto quiere decir que siempre se supo que las mayorías deberían haber sido de coalición. El problema fue el de hacer convivir las coaliciones juntas.

En sesenta y cinco años de historia republicana, nuestro Gobierno parlamentario ha funcionado –también debido a su elevada elasticidad– a fases alternas dentro y fuera, de acuerdo con las diferentes estaciones atravesadas por nuestro sistema político y por el estado de salud de los partidos.

Pero el modelo comenzó a mostrar signos de su propia crisis desde finales de los años setenta, en paralelo con el inicio de un proceso de desintegración del sistema de partidos y con la afirmación de la necesidad, en el contexto europeo, de gobiernos estables y eficientes. Los acontecimientos que, a principios de los años noventa, llevaron al colapso de la estructura originaria de los partidos constituyentes han agravado y hecho irreversible las dinámicas de este proceso (Cheli).

¿Cómo se interviene sobre la gobernabilidad? Los caminos principales son dos: o bien mediante la mejora de la función del Primer Ministro, o mediante el fortalecimiento del papel del Presidente de la República. Hay que señalar que ambos caminos son democráticos y, por tanto, viables, donde por democracia se entiende legitimación popular y equilibrio de poderes: sin la primera se llega a la oligarquía; sin la segunda se va al populismo plebiscitario.

El modelo que propone el fortalecimiento del papel y los poderes del Primer Ministro sin duda puede funcionar bien; se adapta mejor a nuestra tradición, además de ser menos traumático respecto de las formas de elección directa del Jefe de Estado. Es un sistema que, sin embargo, es coherente, a mi parecer, sólo en presencia de dos condiciones: *a*) si se confiere al Premier la titularidad efectiva del poder de disolución de la Cámara de Diputados (dejando al Jefe de Estado la titularidad formal), que es el único instrumento que tiene eficacia con el fin de evitar que se rompan los vínculos entre los miembros de un gobierno de coalición o para contener las divisiones en los partidos mayoritarios; *b*) si, al mismo tiempo, se reduce el poder del Jefe de Estado (modelo alemán). Sobre la posibilidad de aplicar este modelo, sin embargo, veo dos límites prácticos. El primero es la dificultad –dado el sistema partítico que se ha creado– para identificar una ley electoral eficaz que permita la investidura virtualmente directa del vértice del Ejecutivo. También considero que una Constituyente prevenida no deje de tener en cuenta este aspecto al momento en el cual deberá reescribir las reglas sobre la forma de gobierno. De hecho, sorprende la poca atención que hasta ahora se ha prestado a las implicaciones y efectos que los proyectos de reforma constitucional tienen no sólo sobre las instituciones objeto de reforma, sino también sobre los partidos. El segundo es la dificultad para retraer el Jefe de Estado en un papel, el de órgano “no gobernante”, que –por cuanto se refiere a Italia– es parte del “mito”, ya que nunca existió realmente, al menos no en los últimos años.

El *segundo modelo*, que mira al fortalecimiento del Presidente de la República, lo vería, por lo tanto, no tan sólo abstractamente mejor, sino probablemente más eficaz, por tres razones; a saber: *a*) porque es un sistema que garantiza mayor gobernabilidad y que, si va acompañado de garantías adecuadas, no tiene contraindicaciones serias; *b*) porque lograría estabilizar el sistema de partidos, así como lo logró el gaullismo en Francia en una situación de altísima inestabilidad política y de debilidad de los partidos: Francia hizo de

hecho más; no sólo se fundó como partido, sino que –aún más importante– se convirtió en la clase dominante, lo que siempre ha hecho falta en nuestro país; c) porque tiene lugar en una realidad irreversible; es decir que nos encontramos, desde hace mucho tiempo, en una “República del Presidente” (como se evidencia en el título de un libro reciente). Quien enseña derecho comparado sabe muy bien que los *legal transplants* necesitan un *humus* que los incorpore, porque la comparación es, sobre todo, migración de ideas, incluso antes que la migración de institutos. Considero que en nuestro país el *humus* que reconoce en el Presidente el eje político de nuestro sistema se haya bastante fértil. Vale la pena señalar –ahora es un dato general, a nivel comparado–, la tendencia a ejecutivos cada vez más presidenciales o presidencializados (Di Giovine). Leopoldo Elia mismo, en el título *Forme di Governo*, indicaba como una de las tendencias inmanentes de la vida constitucional contemporánea el dato según el cual en los grandes países la democracia política (en un régimen poliárquico) tiende a funcionar cada vez más como democracia de investidura, en la que “la elección del titular del Poder Ejecutivo más elevado valoriza al máximo la intervención popular”.

Por lo tanto, si en Italia se debiese ir hacia un modelo de fortalecimiento del Presidente de la República, se necesitaría construir un modelo de tipo francés, tanto en lo relativo a la elección directa, por parte del cuerpo electoral (mayoría con doble turno), como por lo que respecta al listado de una serie de actos presidenciales no sujetos a refrendo (incluidas la convocación de las elecciones, el nombramiento del Primer Ministro, la disolución de la Cámara de Diputados). Me agrada, sin embargo, la idea de corregir el modelo puro con balances eficaces que deberían ser dados tanto por la reducción significativa de poderes en relación con el sistema francés (no, p.ej., la gestión completamente presidencial de los poderes de emergencia), como por la eliminación de algunos poderes otorgados por la Constitución italiana (me refiero a la presidencia del Consejo Superior de la Judicatura).

4. *Cuarto punto*

En este momento el Parlamento italiano está trabajando en una reforma constitucional compleja. Creo que esta vez algunas reformas se harán realmente por múltiples factores concurrentes: *a)* la grave crisis por la que está atravesando nuestro país y que no permite más retrasos y aplazamientos, ya que el riesgo es el mismo que la capacidad de recuperación económica y social del país; *b)* el auge de movimientos populistas (Grillo), que han tenido, sin duda, el mérito de provocar un terremoto en las agendas de política (considero, *in primis*, el costo de la política: las dietas parlamentarias, la financiación pública), así como cambiar el sistema político italiano diseñando un sistema sustancialmente tripolar; *c)* la entrada en la escena política de fuerzas y nuevos sujetos (me refiero a la subida de Renzi), o de una clase política joven (y que se ha basado en gran medida en el factor generacional) y que condujo a una especie –para usar un término familiar para constitucionalistas– de derogación o ruptura de las lógicas tradicionales de los partidos políticos; una fuerza que ha surgido sin los mecanismos clásicos de la cooptación, lo que altera liturgias, enfoques y lenguajes consolidados (me refiero, p.ej., a las nuevas dinámicas de comunicación con los sindicatos), por otro lado, percibidos como usurados y añejos por la gente de la izquierda (tanto es así que muchos analistas se preguntan si Renzi es de la izquierda o de la derecha); un terremoto, en términos del cambio de ritmo y velocidad con el cual se está marchando hacia las reformas; *d)* una nueva manera de dialogar entre las fuerzas que han vivido hasta ahora en un clima de lucha perpetua y de deslegitimación recíproca y violenta, sin –en cambio– permitir al país el advenimiento de una nueva y esperada temporada de cohesión nacional; *e)* la Corte constitucional, que declarando inconstitucional la ley electoral ha acelerado el proceso.

¿Cuáles son las reformas para el país? La reforma de la forma de gobierno, entendida como un debate entre el presidencialismo o el parlamentarismo racionalizado (en el senti-

do que he mencionado anteriormente), se encuentra actualmente archivada. El debate abarca sólo tres sectores bien sean la ley electoral, la reforma del bicameralismo, la reforma del Título V, o bien la estructura de las regiones, las provincias y los municipios. Sin embargo, como lo explicaré a continuación, la combinación de la propuesta de reforma de la ley electoral con la propuesta de reforma del bicameralismo aún produce fuertes efectos en la forma de gobierno.

a) Con respecto a la ley electoral se hipotiza un sistema proporcional con una barrera electoral alta para los partidos que estén tanto fuera como dentro de las coaliciones (el 5% para los partidos que están en coalición, el 8% para los partidos que no están en coalición, el 12% para las coaliciones), con premio para el partido mayoritario (del 18%) sólo si se supera el umbral del 40% (solos o en coalición). La propuesta prevé una segunda vuelta (entre las coaliciones) más votadas, en donde no se supere el umbral del 40%. Un sistema de cerca 120 circunscripciones electorales a nivel nacional. No prevé un sistema de preferencia para el candidato elegido, sino el bloqueo de listas electorales cortas (de tres a seis candidatos).

b) Con respecto a la reforma del bicameralismo –entendida como la superación del modelo del bicameralismo paritario a la italiana, es decir, dos Cámaras con idénticos e iguales poderes, no existe un modelo semejante en ninguna parte del mundo, y que era hijo de su tiempo, o bien, la necesidad de un *surplus* de democracia tras el fascismo–, el proyecto de reforma prevé que sólo la Cámara de Diputados vote la confianza al Gobierno. El Senado se convertiría en una expresión de las autonomías locales y estaría integrado ya no más por 315 senadores elegidos directamente por el pueblo, sino por cien miembros, de los cuales noventa y cinco serían elegidos indirectamente por los consejos regionales entre concejales regionales y alcaldes, y cinco serían designados por el Jefe de Estado entre ilustres personalidades. Los senadores no recibirían más alguna indemnización parlamentaria. El papel del Senado se reduce en gran medida: poderes de voto (y de veto) verdadero, el Senado los conservaría

sólo para reformas constitucionales, leyes constitucionales, leyes electorales de los entes locales y ratificación de tratados internacionales. Podría solicitar a la Cámara la modificación de leyes ordinarias, pero ésta podría no tener en cuenta dicha solicitud. Sólo para las leyes relativas a las competencias de las regiones y de los entes locales el Senado conservaría mayores poderes. En caso de conflicto entre las Cámaras, para rechazar las enmiendas del Senado la Cámara debería expresarse con la mayoría absoluta de sus miembros. En el proyecto, el Senado podría votar también la ley de presupuesto; sin embargo, la última palabra correspondería siempre a la Cámara.

El proyecto de reforma es, en mi opinión, global y coherente. ¿Dónde está el verdadero nudo, entonces? A mi parecer el nudo problemático se encuentra en el hecho de la combinación de una ley electoral que atribuye un premio de mayoría fuerte y una sola Cámara política; existe el riesgo de que al Gobierno (en concreto a la mayoría que apoya al Gobierno) todo le será permitido, en ausencia de controles, y –aún más– sin ningún tipo de responsabilidad para el Primer Ministro. En teoría, a la mayoría parlamentaria se le permitirá incluso la elección del Presidente de la República, ya que el proyecto prevé que este último sea elegido por seiscientos treinta diputados y por cien senadores. En las primeras cuatro votaciones se necesitan las dos terceras partes de los votos; en las cuatro sucesivas, tres quintos; pero a partir de la novena será suficiente la mayoría absoluta.

Se vuelve entonces realmente esencial un equilibrio entre los poderes. Paradójicamente, este reequilibrio se debería dar por lo menos por una ampliación del colegio electoral, mejor con la verdadera elección directa del Jefe de Estado. Una investidura popular del Presidente, no tanto con el fin de garantizar la gobernabilidad, según las lógicas clásicas de los sistemas presidenciales, sino una investidura popular que garantiza –y ésta sería la novedad– la democraticidad del sistema. Probablemente estaríamos en presencia de una inédita tipología de forma de gobierno, el nuevo territorio de estudio para los constitucional-comparatistas.

Bibliografía

- Amato, G., *Forme di Stato e forme di governo*, Seconda edizione, Bologna, Il Mulino, 2012.
- Bin, R., *Assemblee rappresentative, forma di governo e investitura diretta dell' esecutivo*, in www.forumcostituzionale.it.
- Biscaretti di Ruffia, P., *Introduzione al diritto costituzionale italiano e comparato. Le forme di Stato e le forme di governo*, Milano, Giuffrè, 1988.
- Calamandrei, P., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, vol. VII, in Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione, sedute dal 26 luglio 1946 al 30 gennaio 1947, Roma, Camera dei deputati, 1971.
- Cheli, E., *Per una democrazia migliore*, in Commissione per le riforme costituzionali, relazione finale e documentazione, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'Editoria, Approfondimenti, 234 y siguientes.
- Di Giovine, A., *Introduzione*, en Di Giovine, A. - Mastrocinquino, A. (a cura di), "La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee", Torino, Giappichelli, 2007.
- Dogliani, M., *Spunti metodologici per un'indagine sulle forme di governo*, in "Giur. Cost.", 1973, 214 y siguientes.
- Elia, L., voce *Governo (forme di)*, in "Enc. dir.", vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970.
- Frosini, T. E. (a cura di), *Il Premierato nei governi parlamentari*, Torino, Giappichelli, 2004.
- Fusaro, C., *Memoria per l'Audizione*, in www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0450_fusaro.pdf.
- Galizia, M. (a cura di), *Egidio Tosato costituzionalista e costituente*, Milano, Giuffrè, 2010.
- Giannini, M. S., "Prefazione" alla edizione italiana di Burdeau, G., *Il regime parlamentare nelle costituzioni europee del dopoguerra*, Milano, Edizioni di Comunità, 1950.
- Lippolis, V. - Salerno, G., *La Repubblica del Presidente. Il settennato di Giorgio Napolitano*, Bologna, Il Mulino, 2013.
- Luciani, M., voce *Governo (forme di)*, in "Enc. dir.", Annali, III, 2010.
- Mortati, C., *Le forme di governo*, Padova, Cedam, 1973.
- Pinelli, C., *Forme di Stato e forme di governo*, Seconda edizione, Napoli, Jovene, 2009.
- Regasto, S. F., *La forma di governo parlamentare fra "tradizione" e "innovazione"*, Milano, Giuffrè, 2008.
- Rescigno, G. U., voce *Forme di Stato e forme di governo (diritto costituzionale)*, in "Enc. giur. Treccani", vol. XIV, Roma, 1989.

- Rinella, A., *La forma di governo semipresidenziale*, Torino, Giappichelli, 1997.
- Sartori, G., *Ingegneria costituzionale comparata*, Bologna, Il Mulino, 2013.
- Vergottini, G. de, *Diritto costituzionale comparato*, IX edizione, Padova, Cedam, 2014.
- Volpi, M., *Le forme di governo contemporanee tra modelli teorici ed esperienze reali*, in "Quaderni costituzionali", 1997, 2, 247 y siguientes.
- Volpi, M., *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Vedizione, Torino, Giappichelli, 2013.

Autores nacionales

LOS PRODUCTOS DE LA CIENCIA JURÍDICA: NUEVO DESAFÍO PARA LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN*

MARÍA ISOLINA DABOVE**

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto analizar las características de la ciencia jurídica, a través del estudio de sus productos y de sus mecanismos de difusión. Sabido es que, hasta el comienzo del siglo xx, las fuentes del conocimiento del Derecho adquirían el formato de monografías y ensayos más o menos extensos, a los que se calificaba de “doctrina”. Sin embargo, a partir del desarrollo tecnológico de la década del cincuenta, la capacidad productiva de la ciencia sufre un profundo cambio. Estas transformaciones cuanti y cualitativas impactan en los esquemas de producción científica del Derecho, al punto de provocar una atomización de sus fuentes de conocimiento. Este estudio tiene el propósito de describir y sistematizar este fenómeno, a la luz del marco teórico de la Teoría Trialista de la Ciencia Jurídica. A tal fin, se observan cuáles son los productos científicos más desarrollados en este tiempo por la ciencia en general y por el Derecho, en particular (perspectiva

* Este artículo se realizó sobre la base del publicado con el mismo título en *Metodologías y prácticas de investigación en el campo jurídico*, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, 2008, p. 83.

** Investigadora del CONICET/UBA. Directora del Observatorio de Derechos Humanos de las Personas Mayores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Morón. Profesora de Filosofía del Derecho, Epistemología y Metodología de la Investigación de la Facultad de Derecho de la UNR, UBA y UNICEN. E.mail: isolinadabove@gmail.com.

sociológica del fenómeno). Se estudian las reglas vigentes en materia de estándares de calidad productivos (dimensión normológica). En tanto que, por último, se indaga también acerca de las exigencias valorativas de la ciencia jurídica, manifestadas a través de los usos que los mismos científicos y la sociedad en general hacen de sus productos (enfoque axiológico).

A) LOS PRODUCTOS DE LA CIENCIA

1. *Concepto*

Uno de los rasgos que caracterizan a la ciencia de este tiempo es la gran eficiencia alcanzada por los mecanismos de publicación y difusión de los resultados de las investigaciones, en el marco de cualquier disciplina. Tanto es así que, en los últimos cincuenta años, la variedad y calidad de estos mecanismos ha crecido en proporción geométrica, al compás de las posibilidades productivas brindadas por la tecnología posmoderna. Este trabajo tiene el propósito de reflexionar, precisamente, acerca de este peculiar fenómeno y de su incidencia en el campo del Derecho. De manera que en las páginas que siguen, intentaré realizar una caracterización de este proceso, analizando los *productos de la ciencia jurídica*, sus usos, sus transformaciones y sus vías de circulación. Así pues, comenzaré por el final, observando aquello que la ciencia genera en nuestro campo, para poder pensar luego “qué cosa es ésta a la que llamamos ciencia” en Derecho. En suma, les propongo que nos preguntemos filosóficamente por los significados y funciones de nuestra disciplina, pero a partir de los múltiples rastros que deja su acción. Las huellas que aquí consideraremos no son otras que las publicaciones –formatos literarios, discursos institucionalizados–, que nuestra ciencia suele adoptar para su expresión y difusión. A ellas nos referiremos, cada vez que hablemos de productos científicos.

Como sabemos, la ciencia hace referencia a un conjunto de información que tiene por objeto alcanzar dos metas muy precisas: construir saberes que resulten conjeturalmente consistentes o verdaderos y asegurar su difusión. A tal fin, la ciencia debe recurrir al uso de mecanismos de registración que

resulten pertinentes para su comprensión, debate y circulación. Estos formatos literarios no son otra cosa que los “*productos de la ciencia*”. De manera tal que cabe definirlos como aquellos *sistemas registrales de conocimientos y discursos, que permiten el intercambio de los resultados de la investigación*. Por su intermedio, la ciencia logra engendrar un cúmulo enorme de *objetos*, que describen e integran un campo de estudio en cuestión¹. Mas conviene aclarar también que a estos objetos los calificaremos como “*culturales*”, en virtud de emanar de la propia acción humana. O bien, como le gusta decir a Hannah Arendt, por derivarse de nuestra condición ineludible de *homo faber* o sujetos de construcción².

En la actualidad, los productos de la ciencia son tan variados y complejos que urge interrogarnos por ellos y por las posibilidades de su catalogación. Dentro de este mosaico de posibilidades productivas, a mi entender es posible agrupar los trabajos científicos en atención a sus propósitos (trabajos conceptuales, operativos o didácticos); a los sujetos productores (individuales o colectivos) y sus destinatarios (académicos o de divulgación). En función de su originalidad (primarios o no); según el tratamiento de la información (ensayos, repertorios, compilaciones, monografías, investigaciones); de acuerdo con el formato de edición (publicaciones periódicas –revistas, anuarios, boletines, archivos–, o libros –manuales, compendios, tratados, sumas, tesinas, tesis–) y al soporte empleado (impresos o electrónicos). En Derecho, a estos productos se los denomina “doctrina” y constituyen las denominadas fuentes de conocimiento³. Desarrollaremos sus características.

2. *Clasificación*

Siete, entonces, son los criterios epistemológicos que pueden ser utilizados para clasificar los productos científicos. El

¹ La idea de productos de la ciencia resulta similar a la definición de productos de las normas, que desarrolla el profesor Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica del derecho*, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1987, p. 303 y siguientes.

² Ver Arendt, H., *La condición humana*, tr. R. Gil Novales, intr. M. Cruz, Barcelona, Paidós, 1993, p. 21 y siguientes.

³ Ver Goldschmidt, *op. cit.*, p. 303 y siguientes.

primero hace referencia a los *propósitos científicos* que el investigador persigue con su elaboración. Así, dentro de este contexto, los productos son, o bien conceptuales; o bien, operativos⁴. Entre los *productos conceptuales* se incluyen todos aquellos trabajos que ofrecen teorías. Ya permitan todas ellas interpretar, describir, comprender, explicar o difundir ideas pertenecientes a cualquier área científica tratada⁵. En suma, contienen verdaderos diagnósticos del problema de interés.

Pero en los *productos operativos* encontraremos, en cambio, materializaciones propias de la técnica científica. Es decir, refieren ideas virtualmente preparadas para modificar la realidad de manera inmediata y actual, al tiempo que cuentan con el respaldo explicativo del saber científico. Contienen, pues, prescripciones, indicaciones o mandatos fundados, que nos señalan cómo actuar u operar en determinada situación. Ello sucede, verbigracia, con los informes que versan sobre la preparación de un fármaco, una máquina, un cuadro, una ley positiva o una sentencia. De manera que en el Derecho estos productos forman parte de las llamadas fuentes reales o directas, inclusivas de las fuentes formales (leyes, tratados, contratos, sentencias, etc.), tanto como de las materiales (costumbres, hechos y actos jurídicos)⁶.

Ahora bien, como podrá advertirse, estrecha es, sin duda, la relación que se establece entre ambos tipos de productos. La práctica científica a cada paso enseña que los problemas operativos son los que reclaman con frecuencia el despliegue de teorías interpretativas, dando lugar a productos conceptuales. Mas las conceptualizaciones servirían de muy poco, si no fueran utilizadas, a su vez, como fundamentos legitimantes del obrar. He aquí, pues, otra forma de hablar de la ciencia y de la técnica, dialécticamente. Por ello, con gran acierto ha señalado el profesor Mario Bunge que *la ciencia*

⁴ Ver Goldschmidt, *op. cit.*, p. 303 y siguientes.

⁵ Por ejemplo, los artículos de Einstein referidos a la teoría de la relatividad; las doctrinas referidas a la naturaleza jurídica de los contratos, de las obligaciones, del proceso, entre otros.

⁶ Ver Goldschmidt, *op. cit.*, p. 304 y siguientes.

*trasciende los hechos; descarta hechos, produce nuevos hechos y los explica*⁷.

En segundo lugar, los trabajos pueden agruparse en atención a los *sujetos productores* de los textos. Desde esta perspectiva, los trabajos son o bien *individuales* (un autor), o bien, *colectivos* (autores varios). Teniendo en cuenta a sus *destinatarios*, por su parte, los trabajos se catalogan como *publicaciones académicas* –es decir, investigaciones dirigidas a la comunidad científica especializada–, o en calidad de textos de *divulgación* –escritos para la sociedad en general–. Considerando su *originalidad*, los productos pueden ser primarios o no. Son trabajos *primarios* todos aquellos que contienen resultados científicos novedosos que se editan por primera vez. Tal es el caso de los artículos o *papers*, las tesinas, tesis doctorales o textos de investigación. Los productos *no primarios* se desarrollan con fines de estudio y compilación. Tal es el caso de las monografías, los artículos de revisión, las reseñas y resúmenes de reuniones, los trabajos didácticos, entre otros. Teniendo en cuenta *el tratamiento de la información*, los productos pueden ser considerados *ensayos* –por el uso libre de la información–, *investigaciones* –uso controlado y específico de la información– y *trabajos didácticos* –uso gráfico y pedagógico de la información–.

Por último, en atención al *formato de edición* los productos pueden organizarse en calidad de *libros*, o bien constar en *publicaciones periódicas*. Los libros jurídicos, como veremos, a su vez pueden caracterizarse por ser doctrinales, anales de legislación o compendios jurisprudenciales. Las revistas, en cambio, se agrupan en anuarios, boletines, o archivos⁸. Pero,

⁷ Ver Bunge, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Bs. As., Siglo XX, 1985, p. 17 y siguientes.

⁸ Para el desarrollo de esta clasificación se ha considerado la siguiente bibliografía básica: Day, Robert, *Cómo escribir y publicar trabajos científicos*, tr. M. Sáenz, Washington, Organización Panamericana de la Salud, 1996; Kreimer, Pablo, *Publicar y castigar. El "paper" como problema y la dinámica de los campos científicos*, "REDES –Revista de Estudios Sociales de la Ciencia–", n° 12, vol. 5, Bs. As., dic. 1998, p. 51 y ss.; Ander Egg, Ezequiel, *Técnicas de investigación social*, 24ª ed., Bs. As., Lumen, 1995, p. 407 y ss.; Hernández Sampieri, Roberto -

en cuanto al *soporte empleado para la registración* los productos son *impresos* o bien *electrónicos*. Ejemplos de productos electrónicos lo constituyen tanto los *e-books* (o *libros electrónicos*), como las *e-review* (o revistas electrónicas) y su acceso nos lo facilita Internet⁹.

El crecimiento vertiginoso de la producción científica ha⁹ propiciado, además, el establecimiento de estándares uniformes de calidad y de organismos de control, para todas las disciplinas. Aunque cabe reconocer también que su constitución es promovida por el campo de las ciencias “duras” y se dirigen de modo especial a las publicaciones periódicas. En la Argentina, estas pautas son definidas por el CAICYT –organismo dependiente del CONICET¹⁰–. El *Centro Argentino de Información Científica y Tecnológica* (CAICYT) fue creado en 1964, con el nombre de “*Centro de Documentación Científica*”. Le debemos esta iniciativa al Dr. Bernardo Houssay¹¹.

Fernández Collado, Carlos - Baptista Lucio, Pilar, *Metodología de la investigación*, 3ª ed., México, McGraw-Hill Interamericana, 2003, p. 627 y ss.; Sabino, Carlos, *Cómo hacer una tesis*, 4ª ed., Bs. As., Humanitas, p. 20 y siguientes.

⁹ Respecto de la importancia creciente de este tipo de publicaciones pueden considerarse los artículos publicados en www.caicyt.gov.ar/eidec2005/, en el marco del *Primer Encuentro Iberoamericano de Editores Científicos*, realizado en la ciudad de Buenos Aires, los días 6 y 7 de octubre de 2005. Así, por ejemplo, Polanco, Xavier, *Différents manières de mesurer dans le Web la visibilité des publications scientifiques*; Worthey, Glen, *De panes y peces y vino nuevo: modelos culturales para la distribución de conocimiento*.

¹⁰ Ver www.caicyt.gov.ar. Los objetivos del CAICYT son los siguientes:

a) *Promover y realizar investigación y desarrollo en el área de la Información CyT, mediante estudios sobre métodos y técnicas aplicables al proceso de transferencia de la información.*

b) *Promover y participar en la estructuración racional y coordinada de sistemas y redes de servicios de información en el orden nacional, con el aporte de los estudios realizados por el Centro.*

c) *Consolidar e implementar los instrumentos de control documental y acciones necesarias para el aprovechamiento de los recursos de información disponibles, tanto en el país como en el exterior.*

d) *Compatibilizar y participar en las actividades que promueve y realiza en el país con las de los programas regionales e internacionales.*

¹¹ Recordemos también que fue Premio Nobel en 1947, fundador del CONICET en 1958 y su presidente hasta 1971.

Pero en 1976 fue recategorizado, tomando su actual denominación¹². Actualmente, el CAICYT cuenta con tres redes informativas: el Centro Nacional Argentino del ISSN, *Latindex*¹³ y *SciELO Argentina* (Scientific Electronic Library Online)¹⁴. Por su intermedio es posible tener acceso abierto a publicaciones científicas iberoamericanas de todo tipo, así como también una clasificación oficial de las revistas. El directorio de Latindex las agrupa en: *a*) revistas científicas; *b*) académicas; *c*) de interés de instituciones privadas; *d*) sectoriales; *e*) gubernamentales; *f*) informativas; *g*) de referencia, y *h*) publicaciones traducidas¹⁵.

Ahora bien, la preferencia científica por las publicaciones periódicas, artículos o *papers*, y por el cuidado de su calidad, no constituye, a mi entender, una circunstancia aislada carente de significación. Por el contrario, es un fenómeno emergente, un indicador del proceso de adaptación que la comunidad científica ha desarrollado, requerida por las exigen-

¹² Ver www.caicyt.gov.ar.

¹³ Latindex es un sistema de información bibliográfica para el Núcleo Básico de Publicaciones en Serie, científicas y técnicas, producidas en América Latina, el Caribe, España y Portugal. Fue establecido en 1995.

¹⁴ Ver www.caicyt.gov.ar. El 6 de julio de 2005 el CAICYT inauguró el sitio SciELO Argentina.

SciELO (Scientific Electronic Library Online), es una biblioteca electrónica. Permite acceder al texto completo de una colección seleccionada de revistas científicas por Internet. Es el producto de la cooperación entre FAP ESP (Fundación de Apoyo a la Investigación del Estado de São Paulo), BIREME (Centro Latinoamericano y del Caribe de Información en Ciencias de la Salud) de Brasil, instituciones científicas nacionales y editores científicos. Tiene por objeto colocar en formato electrónico revistas científicas de alta calidad, en todas las áreas del conocimiento, dar visibilidad a la producción científica nacional, contribuyendo de esta forma a la superación de lo que se conoce como "ciencia perdida", y facilitar a la vez su acceso universal y directo a un mayor número de usuarios. La incorporación de distintos países al proyecto SciELO, permite contar con una biblioteca regional de revistas científicas, previamente evaluadas, y con una red de información científica actualizada. Ver www.scielo.org.

¹⁵ Ver material de clase preparado por Flores, Ana M., *Estándares de calidad en las publicaciones en Ciencias Agrarias*, Zavalla, 26/9/02, ana@flores.cyt.edu.ar; aflores@conicet.gov.ar.

cias de la vida posmoderna. Así, por ejemplo, los investigadores han debido amoldar sus esquemas de trabajo a la necesidad de producción masiva, a la aceleración tecnológica, a las redes “transparentes” de comunicación, tanto como a la globalización-marginación económica y política. Mas para ello han tenido que acudir a formatos discursivos capaces de brindar información fraccionada, transportable y abierta al porvenir. Las publicaciones periódicas responden bien a estas características. Sus artículos abarcan docenas de páginas, suelen abordar temáticas variadas, permiten la participación de numerosos escritores y se transfieren electrónicamente con facilidad. Con todo, llamativo resulta advertir todavía que la ciencia jurídica muestra resistencia a la adopción de esta práctica discursiva. Sobre todo a la hora de observar que, hasta ahora, el CAICYT sólo ha logrado indizar una revista jurídica. Hace unos años, el profesor Ciuro Caldani nos advertía de este problema en un artículo titulado *La pantonomía de la verdad y los géneros literarios de la ciencia*¹⁶. Así, compartiendo esta perspectiva, en la sección siguiente nos abocaremos a reseñar con más detalle las distintas modalidades de escritura en la investigación, aplicables al Derecho.

B) LOS PRODUCTOS DE LA CIENCIA DEL DERECHO

3. *Las fuentes de conocimiento*

De acuerdo con la Teoría General del Derecho, el mundo jurídico se configura gracias a la interacción de dos grandes tipos de fuentes: las *reales* y las *de conocimiento*¹⁷. Las primeras contienen postulados o enunciados que se refieren al Derecho de manera directa. De ellas se derivan, precisamente,

¹⁶ Ver Ciuro Caldani, Miguel Á., *La pantonomía de la verdad y los géneros literarios de la ciencia*, “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, n° 20, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1995, p. 79 y siguientes.

¹⁷ Al respecto, Goldschmidt, *op. cit.*, p. 215 y ss.; Ciuro Caldani, *La conjetura*, *cit.*, p. 60 y siguientes. Sobre el carácter oscuro del término “fuente”, ver Guibourg, Ricardo A., *Pensar las normas*, Bs. As., Eudeba, 1999, p. 105.

las relaciones intersubjetivas que componen la propia realidad jurídica. Por esta razón, las fuentes reales suelen subdividirse en otras dos categorías: las formales y las materiales. Las *fuentes formales* abarcan las normas contenidas en las constituciones, tratados, leyes, códigos, decretos, sentencias, actas, etcétera. Es decir, en su haber están contenidos todos aquellos documentos –comunes o electrónicos– en los que constan vínculos jurídicos del tipo que sean, causados por sujetos habilitados a tal fin¹⁸. Desde este punto de vista, hay quienes incluso llegan a mencionarlo como “derecho legal” y “derecho judicial”¹⁹. En tanto que, por su parte, las *fuentes materiales* no son otra cosa que los hechos derivados de la experiencia jurídica misma.

Un ejemplo ilustrativo de este grupo material lo constituyen las costumbres, o el también denominado derecho consuetudinario, cuya relación con las fuentes formales quedó fijada en nuestro sistema por el art. 17 del Cód. Civil. Pero también lo es una situación fáctica cualquiera, un hecho, que tenga la virtualidad de producir consecuencias normativas. Ambas clases de fuentes, las formales y las materiales, se derivan, pues, de la técnica –o tecnología– jurídica y no se constituirán, por ello, en objeto de nuestra atención actual. Las *fuentes de conocimiento* –o cognitivas–, en cambio, sí serán estudiadas en este apartado, por ser las únicas que surgen al calor de la actividad científica²⁰. A ellas, como

¹⁸ Con relación a las fuentes formales puede consultarse, entre muchos otros textos, Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 2012, p. 63 y ss.; Vernengo, Roberto J., *Curso de teoría general del Derecho*, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1995, p. 327 y ss.; Guibourg, *Pensar las normas*, p. 105 y ss.; *Provocaciones, en torno al Derecho*, Bs. As., Eudeba, 2002, p. 57 y ss.; Guibourg, R. A., y otros, *Teoría general del Derecho*, Bs. As., La Ley, 2003, p. 119 y ss.; Russo, Eduardo A., *Teoría general del Derecho*, 2ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, p. 93 y ss.; Álvarez Gardiol, Ariel, *Manual de Filosofía del Derecho*, Rosario, Juris, 1998, p. 359 y siguientes.

¹⁹ Ver Peces Barba, G. - Fernández, E. - de Asís, R., *Curso de teoría del derecho*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, p. 203 y siguientes.

²⁰ Ver Goldschmidt, *op. cit.*, p. 215 y ss.; Ciuro Caldani, *La conjetura*, p. 60 y ss.; Peces Barba, G. - Fernández, E. - de Asís, R., *Curso de teoría del derecho*, p. 123 y siguientes.

recordamos, se las suele denominar lisa y llanamente: “doctrina”. Sin embargo, en las páginas que siguen veremos cuánta complejidad ha ido ganando esta fuente con el paso del tiempo.

Así, pues, tal como sucede en cualquier ciencia, en el Derecho también coexisten variadas formas de escrituras científicas, representativas de todos los grupos que hemos visto con anterioridad. Por ello, factible será identificar tanto productos conceptuales como operativos; textos individuales y obras colectivas; trabajos académicos y de divulgación; productos originales e informativos, ensayísticos, investigativos y didácticos; libros o revistas. Dentro de los más usuales en estos grupos se destacan los comentarios legislativos y las notas a fallos; las reseñas y reseñas bibliográficas; los resúmenes y memorias de reuniones científicas; los ensayos jurídicos; las comunicaciones y ponencias; las monografías, los artículos de investigación y los informes; las tesis de maestría y las tesis doctorales, así como también los compendios, manuales y lecciones; tratados (o sistemas) y sumas, que bien son utilizados con fines didácticos. A continuación haremos un repaso un poco más detallado de estos productos, ordenándolos de acuerdo con los niveles de complejidad que ofrecen. Para ello, comenzaré por los más sencillos.

4. *Trabajos doctrinarios más usuales*

Los *comentarios legislativos* son trabajos que se elaboran con la finalidad de brindar interpretaciones relevantes referidas a algún texto normativo, que sirven, además, para su divulgación. Con frecuencia reflejan también su tratamiento parlamentario o administrativo, así como el impacto que genera en la rama del Derecho a la que pertenezca, o bien incluso en el sistema total. Las *notas a fallos*, por su parte, generalmente respetan este mismo formato literario, aunque harán hincapié en la ejemplaridad que la sentencia podría llegar a producir para el entramado jurisprudencial. En el campo del Derecho de este tiempo, ambos estilos son muy utilizados por las

revistas jurídicas de interés general²¹, en tanto que, desde el punto de vista de los criterios clasificatorios anteriormente apuntados, puede decirse que con frecuencia adoptan una forma conceptual, informativa o de divulgación.

Se llama *recensión* a los comentarios que se escriben sobre libros, vinculados –en nuestro caso– al mundo jurídico. Mediante esta vía, el investigador trata de sintetizar las ideas principales del texto escogido, pudiendo además exponer reflexiones libres que éste le suscite. La elaboración de recensiones permite, pues, estudiar de manera completa un documento y nos entrena en el arte de desarrollar observaciones críticas pertinentes. Otro modo de registrar con orden el material que vamos leyendo consiste en la realización de *reseñas bibliográficas*. En esta ocasión, se confecciona un somero relato del contenido de un conjunto de trabajos de reciente aparición (que abarque no más de un par de párrafos por obra). Así, por ejemplo, se pasa revista a las publicaciones más relevantes de algún área de estudio, con fines de difusión y actualización. Por esta razón, las recensiones y las reseñas bibliográficas con frecuencia forman parte de revistas jurídicas académicas y son considerados trabajos informativos y de divulgación²².

Otro prototipo de trabajo muy difundido en nuestro campo son los *resúmenes y memorias de reuniones científicas*. Generalmente estas memorias recogen una síntesis de los temas y conclusiones a los que se pudo arribar en talleres, seminarios, jornadas o congresos diversos. Incluso algunas transcriben también sugerencias normativas, destinadas a impulsar cambios en nuestra legislación. Por otra parte, en este mismo marco de encuentros académicos, alumnos de grado, abogados, maestrandos, doctorandos y juristas en general aprovechan la oportunidad para mostrar brevemente los avances de sus investigaciones o los lineamientos iniciales de una pesquisa

²¹ Ver Ciuro Caldani, *La pantonomía de la verdad y los géneros literarios de la ciencia*, “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, n° 20, p. 79.

²² Sabino, *Cómo hacer una tesis*, p. 22 y ss.; Herrera, Enrique, *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, Bs. As., Astrea, 1998, p. 23.

posterior. Tal es el propósito que denotan las *ponencias* y *comunicaciones*, de cuya exposición se deriva aún otra consecuencia relevante: la actualización de la *comunidad científica*, mediante el diálogo posterior²³. En todos estos casos podremos estar ante trabajos conceptuales, operativos e informativos.

Los *ensayos*, por su parte, son utilizados como vehículos de expresión de reflexiones libres y versan sobre cualquier tema que compone nuestro escenario de trabajo. A diferencia de todos los demás, este modelo literario no está sujeto a reglas formales en cuanto a extensión, estilo lingüístico o contenido. Salvo, claro está, las propias de la claridad lógica y expositiva. Escribir ensayos es muy importante para entrenarnos en el arte de desarrollar apreciaciones personales y creativas. De manera que la elaboración de este tipo de textos puede ser muy bien solicitada, tanto en el marco de los planes de estudio de las carreras de grado, como en las especializaciones, maestrías y doctorados²⁴. Los ensayos se presentan, pues, como trabajos originales, de divulgación.

Señala Ciuro Caldani que la *monografía* “es un estudio profundo, limitado a un tema determinado”. Por ello, el objetivo central que ha de considerarse para su redacción no es otro que *agotar sistemáticamente el estado de la ciencia, en el área de que se trata*. La confección de monografías permite, entonces, entrenarnos con mucha disciplina en dos cuestiones significativas para el desarrollo de habilidades de investigación. Ejercita nuestra facultad para efectuar búsquedas bibliográficas completas y nuestras condiciones para integrar el material recopilado, en un cuerpo teórico coherente. Como las monografías constituyen eficaces compendios bibliográficos integradores sobre un tema, suele ser un género muy utilizado en nuestra posmodernidad²⁵. Un claro ejemplo de esta

²³ Day, *Cómo escribir y publicar trabajos científicos*, p. 7 y siguientes.

²⁴ Herrera, *Práctica metodológica*, p. 23 y siguientes.

²⁵ Ciuro Caldani, *La pantonomía de la verdad y los géneros literarios de la ciencia*, “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, n° 20, p. 80. También puede consultarse Mancuso, Hugo R., *Metodología de la investigación en ciencias sociales*, Bs. As., Paidós, 1999, p. 14 y ss.; Herrera, *Práctica metodológica*, p. 24 y ss.; Eco, Humberto, *Cómo se hace una tesis*.

afirmación lo encontramos en el trabajo final propio de las especializaciones de postgrado²⁶.

Un *artículo científico*, por su parte, “es un informe escrito y publicado –relativamente corto–, que describe resultados originales de investigación”²⁷. En este sentido, cabe afirmar con Day que un artículo se diferencia de cualquier otro texto, en virtud de dos razones: por el carácter creativo de sus aserciones; y por el sistema de publicación que posibilitó su divulgación. La primera característica distingue a los artículos de las monografías. En el artículo, el autor no sólo debe ser capaz de exponer un panorama sintético y acabado del estado actual de la cuestión estudiada; además, tendrá que esbozar o sustentar alguna idea que resulte efectivamente novedosa, propiedad que no resulta exigible en una investigación monográfica. En los artículos o *papers*, el grado de originalidad se manifiesta tanto en el planteo de preguntas o hipótesis de investigación, como en la exposición de los resultados obtenidos, al tiempo que su contenido se estructura teniendo en cuenta el método IMRYD (Introducción, Métodos, Resultados y Discusión), de aceptación internacional²⁸.

En Derecho, este esquema expositivo suele ser reemplazado por una Introducción; Prespuestos teóricos y metodológicos de la investigación; el Análisis de los componentes de la hipótesis principal; Ponderación de los resultados y Conclusión. Por ello, en este caso, el método de los artículos bien podría llamarse: IPAPYC. La última cuestión que cabe advertir sobre estos artículos se vincula al sistema de publicación que se emplea como regla. En efecto, los trabajos de esta naturaleza se dan a conocer en *revistas científicas* deno-

²⁶ Al respecto puede consultarse la res. 1168/97, del Ministerio de Cultura y Educación de la Nación y la ord. 4/99, de la CONEAU, ap. V.

²⁷ Day, *Cómo escribir y publicar trabajos científicos*, p. 8. Y también Kreimer, P., *Publicar y castigar*, p. 51 y ss.; Sabino, *Cómo hacer una tesis*, p. 23.

²⁸ Day, *Cómo escribir y publicar trabajos científicos*, p. 10 y ss.; Hernández Sampieri - Fernández Collado - Baptista Lucio, *Metodología de la investigación*, p. 628 y siguientes.

minadas “primarias”, editándose entonces sólo allí, por primera vez²⁹.

Otro grupo de productos conceptuales y originales, de creciente importancia en nuestro país lo constituyen, sin dudas, las *tesinas* y *tesis*³⁰. Sabemos que, con la entrada en vigencia de la Ley de Educación Superior³¹ y la creación de la CONEAU³², en Argentina se puso en marcha un interesante proceso de expansión de programas de formación de posgrado, destinados a implementar especializaciones³³, maestrías y doctorados. Es, precisamente, en estos dos últimos marcos educativos donde tiene lugar la confección de las tesinas y tesis mencionadas, como condición para acceder al título respectivo de formación. Resoluciones emitidas por el Ministerio de Cultura y Educación de la Nación, la CONEAU, las

²⁹ “Muchos han discutido la definición de ‘publicación primaria’ (publicación válida), de la que se deriva la definición de artículo científico. El Council of Biology Editors (CBE), organización profesional de prestigio (al menos en biología) que se ocupa de estas cuestiones, llegó a la siguiente definición (Council of Biology Editors, 1968): ‘Una publicación científica primaria aceptable deber ser la primera divulgación y contener información suficiente para que los colegas del autor puedan: 1) evaluar las observaciones, 2) repetir los experimentos, y 3) evaluar los procesos intelectuales; además, debe ser susceptible de percepción sensorial, esencialmente permanente, estar a disposición de la comunidad científica sin restricciones, y estar disponible también para su examen periódico por uno o más de los principales servicios secundarios reconocidos (p.ej., en la actualidad, Biological Abstracts, Chemical Abstracts, Index Medicus, Excerpta Medica, etcétera)’” (Day, *Cómo escribir y publicar trabajos científicos*, p. 9 y 10).

³⁰ Ver <http://paginas.ufm.edu/sabino/Publicac.htm>.

³¹ La ley 24.521 entró en vigencia en agosto de 1995. Los dectrs. 499/95, 173/96, 576/96, 81/98, 276/99, 1232/01. Y ver también la ley marco de ciencia y tecnología 25.467.

³² Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria. Al respecto pueden consultarse los siguientes documentos normativos: Lineamientos para la Evaluación Institucional (res. CONEAU 94/97) y la ord. 4/99, sobre etapas, procedimientos y pautas para la acreditación de carreras y proyectos de posgrado, del 20 de octubre de 1999.

³³ En este marco, se requiere que el alumno realice un trabajo integrador. Al respecto, me remito a lo expresado en el apartado respectivo a las monografías.

Comisiones especiales de Ciencias, el Consejo de Universidades y el Consejo Interuniversitario Nacional (CIN) han ido perfilando, paso a paso, los criterios para su confección. Razón por la cual vamos a recurrir a este entramado normativo vigente para su caracterización.

Como nos recuerda Ciuro Caldani, etimológicamente la palabra *tesis* “significa ‘poner’ una nueva verdad que ha de defenderse”. Por ello, este tipo de trabajo “no sólo ha de dar cuenta del panorama científico –o estado actual– del tema para dar prueba de su novedad, sino que ha de tener un aporte significativo al conocimiento”³⁴. Ahora bien, en nuestro medio, las tesis pueden ser elaboradas tanto dentro de programas de formación de doctorados como en los de maestrías. Pero en cada caso los productos resultantes mostrarán diferentes alcances académicos. En el doctorado, la investigación a realizar debe constituir un avance altamente significativo para el campo científico al que pertenezca. En cambio, las maestrías suelen exigir productos científicos de menor envergadura. Así, pues, se denomina *tesis* a la labor científica que se ejecuta un *Doctor* –máximo título académico al que puede aspirarse– y se ha acuñado el término *tesina* para las correspondientes al nivel de *maestría*.

Las normas vigentes en esta materia indican que la *tesis doctoral*, por su parte, “tiene por objeto la obtención de verdaderos aportes originales en un área de conocimiento, cuya universalidad debe procurar en un marco de nivel de excelencia académica” (res. MCE 1168/97). La tesis doctoral tiene que marcar “un antes y un después” doctrinal, en su campo. *El resultado no puede ser más de lo mismo*³⁵. Por esta razón se prevé, además, que la realización del trabajo sea individual. Que el tesista cuente con la ayuda y orientación de un director de tesis.

³⁴ Ciuro Caldani, *La pantonomía de la verdad y los géneros literarios de la ciencia*, “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, n° 20, p. 81; Day, *Cómo escribir y publicar trabajos científicos*, p. 136 y ss.; Sabino, *Cómo hacer una tesis*, p. 195 y siguientes.

³⁵ Comisión de Ciencias Aplicadas de la CONEAU, *Criterios vinculados con la acreditación de las carreras de posgrado*, documento de trabajo de marzo de 2002, ap. 6.4.3, p. 18, 26 y 36.

Y que la labor culmine con una evaluación, a cargo de un Jurado compuesto por una mayoría de miembros externos al programa de formación (cfr. res. MCE 1168/97; ord. CONEAU 4/99).

Las resoluciones de acreditación de las carreras de doctorado que la CONEAU ha dictado desde su creación en 1999, también contienen criterios interesantes para definir este producto doctoral. Así, por ejemplo, puede leerse que la tesis doctoral es un trabajo individual, de investigación científica. Motivo por el cual se aconseja que los doctorandos pasen a integrar Centros de Investigaciones universitarios, en donde tengan la posibilidad de entrenar mejor sus habilidades científicas (res. 491/99). Se afirma que se trata de “un trabajo inédito, original, creativo e individual que represente un aporte al conocimiento del campo elegido” (res. 490/00 y 419/01). En suma, “de una contribución original para el conocimiento del derecho, e inédita” (res. 510/00 y 419/01). Mas también se dice que la tesis es un texto de “una extensión no menor a las doscientas páginas y un máximo que se acuerda con el profesor asesor” (res. 510/00).

Por otra parte, las resoluciones mencionadas determinan, además, que la tesis doctoral debe ser confeccionada con la orientación de “un director de tesis o tutor académico que asesora, efectúa el seguimiento y evalúa periódicamente la labor del doctorando” (res. 491/99, 490/99, 490/00, 510/00 y 161/01). Por eso se reconoce expresamente que “el director o asesor de tesis tiene atribuciones para evaluar y aprobar el proyecto, orientar y supervisar al doctorando, requerir informes de avance, expedirse por escrito (sin perjuicio del examen del tribunal) y asistir al examen oral” (res. 510/00 y 161/01).

A su vez, y en consonancia con las resoluciones ministeriales, estas normativas requieren que la tesis presentada sea evaluada por un Jurado de Tesis, luego de lo cual el aspirante hará su defensa (res. 490/00 y 510/00). Reiteran que la evaluación debe tener lugar mediante defensa oral y pública, ante un tribunal. Estará compuesto por tres expertos en la materia, profesores titulares. Dos de ellos, generalmente, pertenecen a la Universidad de origen y el otro no (res. 491/99; también, res. 489/99 y 510/00). Por último, subrayan repetidamente que

las tesis doctorales deben versar sobre temas de relevancia (res. 487/99). Contar con una hipótesis, “a fin de no desviar el trabajo de tesis al de monografía” (res. 488/99), y contener índices, información bibliográfica y conclusiones (res. 493/99).

Las *tesinas de maestría*, como ya adelanté, también han sido objeto de definición por parte de la legislación positiva analizada. Al tiempo que, en todos los casos, se insiste en la necesidad de diferenciar estos productos de los trabajos monográficos integradores de la especialización, tanto como de la tesis doctoral. Una tesina se distingue de una monografía por la calidad metodológica de la investigación. Mas se separa de la tesis doctoral por su alcance³⁶. En efecto, en una tesina el autor *debe demostrar destreza en el manejo conceptual y metodológico correspondiente al estado actual de la materia*. Es un trabajo de investigación individual, realizado bajo la supervisión de un director, que finaliza con su defensa oral y pública ante un jurado compuesto por expertos (res. 1168/97; ord. CONEAU 4/99; Comisión de Ciencias Aplicadas de la CONEAU, Criterios vinculados con la acreditación de las carreras de posgrado, documento de trabajo de marzo de 2002; res. CONEAU, 231/99; 264/99; 677/99; 663/00; 67/01 y 409/01). Todo ello aleja a la tesina del trabajo integrador. Pero, insisto, tampoco es una tesis doctoral.

En palabras del Ministerio de Cultura y Educación de la Nación, la “maestría tiene por objeto proporcionar una formación superior en una disciplina o área interdisciplinaria, profundizando la formación en el desarrollo teórico, tecnológico, profesional, para la investigación y el estado de conocimiento correspondiente a dicha disciplina o interdisciplina” (res. MCE 1168/97)³⁷. Por esta cuestión, las tesinas abordan estrictamente temas vinculados al campo científico de interés

³⁶ Ciuro Caldani, *La pantonomía de la verdad y los géneros literarios de la ciencia*, “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, n° 20, p. 81 y siguientes.

³⁷ Además, la resolución distingue dos tipos de maestrías (las *profesionales* y las *académicas*). En las primeras se apunta a desarrollar en mayor medida las habilidades técnicas del campo de estudio. En las otras, las científicas. Ver, también, la ord. CONEAU 4/99.

para la carrera. Las problemáticas tratadas son, pues, bien recortadas (cfr. res. CONEAU 385/00, 389/00, 409/00, 410/01 y 530/01). Los textos, por tanto, suelen ser más cortos que los propios de una tesis doctoral.

Sin embargo, no por eso las tesinas dejan de ser investigaciones novedosas. Al respecto, la Comisión de Ciencias Aplicadas de la CONEAU, en el documento *Criterios vinculados con la acreditación de las carreras de posgrado*, de marzo de 2002, expresamente recomienda que “la tesis de maestría tiene que servir para demostrar que se ha aprendido la metodología para hacer un trabajo original, no rutinario y que se ha adquirido alguna capacidad para poder entender la bibliografía actual en el área, tiene que poner al estudiante en la frontera del conocimiento”.

Otro tipo importante de trabajos científicos, aunque de carácter informativo, lo constituyen los *informes de investigación*. Estos textos están destinados a la descripción de los avances más significativos a los cuales un investigador pudo haber llegado, durante determinado período de tiempo. Pero no por ello son necesariamente creativos. Los logros del investigador bien pueden haberse publicado en el lapso de tiempo sobre el cual versa el informe. Este tipo de documentos se confeccionan, pues, con el propósito de poner en conocimiento las instituciones que sirven de marco laboral, tales como el CONICET, CIUNR, las actividades cumplidas por el investigador. Mas en la Argentina también se exigen en el contexto de aplicación de los Programas de Incentivos a la Investigación, del Ministerio de Educación y Cultura de la Nación, respecto de los proyectos acreditados en las Universidades de su radicación³⁸.

Por último, nuestro cuadro panorámico debe completarse, aun, con una breve alusión a los productos jurídicos didácti-

³⁸ En este campo, puede consultarse toda las normativas vigentes respecto de la labor de los investigadores en el CONICET (www.conicet.gov.ar), CIUNR (www.unr.edu.ar), o Investigadores Universitarios Incentivados. Y también, Day, *Cómo escribir y publicar trabajos científicos*, p. 4 y ss.; Hernández Sampieri - Fernández Collado - Baptista Lucio, *Metodología de la investigación*, p. 627 y siguientes.

cos y a la identificación de las diversas clases de revistas jurídicas. Entre los primeros, se encuentran los manuales, las lecciones, los tratados –o sistemas– y las sumas, portadores de herramientas teóricas eficaces para el desarrollo de la enseñanza y formación científica. Al tiempo que, entre las publicaciones periódicas, en Derecho se destacan las revistas, boletines, anuarios, compendios legislativos y jurisprudenciales y los anales de legislación³⁹. En la actualidad, estos textos pueden consultarse mediante formato impreso o *electrónico*. Para corroborar esta afirmación basta recordar la documentación virtual de la Biblioteca del Congreso Nacional⁴⁰, de la página web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴¹, o bien las bases de las editoriales jurídicas Astrea Virtual, Lexis Nexis, El Derecho, Juris o Zeus, entre otras.

C) CRITERIOS DE CALIDAD DE LAS PUBLICACIONES

5. Pautas institucionales de evaluación

Las pautas de evaluación de la calidad de las publicaciones que analizaremos en este apartado, se fueron conformando al compás de la creación y consolidación de las instituciones nacionales vinculadas a la actividad científica. Es decir, fue el resultado de una historia particular, en la cual la ciencia argentina creció en diálogo con los estándares internacionales de producción prevalecientes. Así, por ejemplo, el *CONICET* y el *CAICYT* fueron trabajando sobre la base de las pautas cuantitativas y cualitativas promovidas por el *Institute for*

³⁹ Para una distinción más detallada de estos productos puede consultarse Ciuro Caldani, *La pantonomía de la verdad y los géneros literarios de la ciencia*, “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, n° 20; Herrera, *Práctica metodológica*, p. 23 y ss.; Mancuso, *Metodología de la investigación en ciencias sociales*, p. 16.

⁴⁰ Ver www.bcnbib.gov.ar.

⁴¹ Cfr. www.csjn.gov.ar.

Scientific Information –ISI–⁴², o surgidas del llamado *Índice de Impacto*⁴³. Sin embargo, en este contexto es menester destacar también que estos criterios fueron pensados para ser aplicados a las publicaciones periódicas. Esto es, se refieren básicamente a las *revistas científicas*. El espacio editorial de libros quedaba afuera de este contexto, a menos que en las revistas se incluyan reseñas y/o comentarios de los mismos.

Para el mundo jurídico, esta cuestión resulta sumamente significativa por dos motivos. De un lado, porque los criterios de calidad científica vigentes no se aplican a la producción libresco del Derecho, que es masiva y mayoritaria. Mas, de otro, porque nuestras revistas se editan siguiendo muy incipientemente los estándares fijados, ejemplaridad que sí cuenta con una larga tradición en las ciencias duras. En la Argentina, sólo una revista jurídica ha logrado ser indizada por

⁴² El ISI es la institución internacional más prestigiosa en la materia y está radicada en Filadelfia. Es la única entidad que existe en este rubro. Fue creada por S. C. Bradford hacia la segunda mitad de 1930 y funciona como empresa comercial. Hasta el presente lleva registradas 18.000.000 de fuentes informativas publicadas desde 1945. La base de datos del ISI se consolidó a través de la publicación del *Current Contents*, del *SCI (Social Sciences Citation Index)*, del *Arts and Humanity Citation Index* y del *Journal of Citation Reports*. Al respecto puede verse: Garfield, Eugene, *How ISI selects journals for coverage: quantitative and qualitative considerations*, “Essays of an Information Scientist”, vol. 13, n° 22, 1990, p. 185 y ss.; “Current Contents”, n° 22, may. 28, 1990, p. 5 a 13; Testa, James, *The ISI Database: The Journal Selection Process*, nov. 2001; Polanco, Xavier, *Différents manières de mesurer dans le Web la visibilité des publications scientifiques*, en www.caicyt.gov.ar/eidec2005/articles.htm.

⁴³ El índice o factor de impacto (*Impact Factor* –IF–) de una revista científica es una medida de la frecuencia relativa con la que el artículo promedio publicado en una revista ha sido citado en un año o período particular. Este concepto ha sido introducido por el Institute for Scientific Information (ISI). Para una información más detallada de este concepto ver, Bruzzone, Horacio, *Algunas consideraciones sobre el llamado parámetro de impacto de las revistas científicas*, trabajo inédito; Garfield, Eugene, *Dispelling a few common myths about Journal Citation Impacts*, “The Scientist”, vol. 11 (3), feb. 3, 1997, p. 11 y ss.; Amin, M. - Mabe, M., *Impact factors: use and abuse*, “Perspective in Publishing”, n° 1, oct. 2000, www.elsevier.com, Frank, Martin, *Impact factors: arbiter of excellence?*; “The Physiologist”, vol. 45, n° 4, aug. 2002, p. 181 y ss.; Nicolaisen, Jeppe, *The J-shaped distribution of citedness*, “Journal of Documentation”, vol. 58, n° 4, 2002, p. 383 a 395.

el CAICYT y su temática es de Historia del Derecho⁴⁴. Así como también cabe destacar los esfuerzos significativos realizados por el *Consejo Permanente de Decanos de Facultades de Derecho de Universidades Nacionales* (CIN), a favor del establecimiento de estándares de calidad en esta materia, con miras a los procesos de autoevaluación y evaluación promovidos por la CONEAU⁴⁵. Pero, más allá de este aún embrionario panorama –o quizás, precisamente *por ello*–, deviene útil para el Derecho que hagamos un repaso de la formación y el contenido de estos criterios, para mejorar su aprovechamiento en las investigaciones jurídicas.

En nuestro país, los criterios de evaluación de la producción científica se fueron plasmando a través de una historia de más de treinta años y cuenta con hitos relevantes. Al respecto, *Ana María Flores* nos recuerda que “en 1974, se creó el Centro Nacional Argentino del ISSN-CAICYT-CONICET”, fundamental para el reconocimiento eficaz del derecho de autor. “En 1993, se organizó la Base de datos OSIR y desde 1998 funciona el Latindex-Directorio”, al que ya me referí. Hacia el 2000 “se establecieron los parámetros de evaluación de Latindex-Catálogo”. Al año siguiente se puso en marcha “el Proyecto Núcleo Básico de Revistas Científicas Argentinas”, y en el 2002 “se implementó un programa de subsidios para revistas científicas, el Latindex-Catálogo on line y el Proyecto Scielo.ar”.

Dentro de este contexto normativo, ocho son los *ítems básicos* exigibles a toda publicación periódica para que sea calificada de científica; a saber, debe contener una mención clara del Cuerpo Editorial. El 40% del material publicado tiene que ser original. Debe acreditar una antigüedad mínima de dos años, es decir, haber editado, al menos, tres fascículos. La publicación está obligada a identificar a los autores,

⁴⁴ Ver www.caicyt.gov.ar.

⁴⁵ CIN, *Estándares para la autoevaluación de la gestión institucional y las funciones de enseñanza-docencia, de investigación científica y de extensión universitarias de las Facultades de Derecho de las Universidades Públicas*, Bs. As., UNLZ, 2005.

establecer el lugar de edición, mencionar la entidad editora, el nombre del Director y los datos postales de la Dirección.

A su vez, las revistas deben *presentarse* atendiendo a este formato: las *páginas de presentación o iniciales* tienen que indicar: *título, numeración completa, lugar de edición, año, ISSN, institución editora*. Necesitan contar con una *tabla de contenidos*. *Membrete bibliográfico* al inicio del artículo y en cada página. Determinación de los *miembros del Consejo Editorial*. Mención de la *afiliación institucional* (Consejo Editorial). La *afiliación de los autores*. Y las *reglas de recepción y aceptación de originales*.

El CAICYT evalúa también los *criterios de gestión y política editorial de la revista*, observando si cuentan con ISSN y *definición de la revista*. Es decir, requieren que la publicación indique cuáles son sus *objetivos*, la *cobertura temática* y el *perfil del público* al que va dirigida la edición. Los criterios vigentes exigen también la determinación de un *sistema de arbitraje* y la designación de *evaluadores externos*. Obligan a publicar un 50% de trabajos provenientes de *autores externos*, brindar *servicio de información* respecto de todo el material editado y cumplir con la *periodicidad* fijada.

Respecto de las *características de los contenidos*, el CAICYT requiere los trabajos sean originales, al menos, en un 40%. Que contenga precisas instrucciones de publicación para los autores. Que los textos acrediten referencias bibliográficas, originalidad y la redacción de un resumen, de ser posible, en dos idiomas. También deben indicar palabras clave, en dos idiomas. Todas las *evaluaciones del contenido científico* que realiza el CAICYT se registran en el Nivel I de *Latindex - Catálogo*, señalando el *puntaje* obtenido y evolución. El contenido científico original es *evaluado por pares*. En este proceso puntualmente se observa si el Consejo Editorial tiene *repercusión internacional*. Se corrobora la *periodicidad declarada y la cumplida*. Se efectúa una *comparación con otras revistas* de *Latindex - Catálogo* argentinas y extranjeras de la misma disciplina. Se detectan las *bases de datos que indizan la revista*. Se determina la *cantidad promedio de trabajos originales por año*. La *tirada* y la *difusión* en bibliotecas argentinas de CyT.

En suma, las revistas científicas deben responder a estas reglas: establecer un *Consejo Editorial*, con *afiliación institucional*. Determinar un sistema de *arbitraje estricto* y hacer público su *mecanismo de funcionamiento*. Contar con un *40% de artículos de investigación científica originales* (o primarios), y con trabajos de *autores externos a la institución editora*. Tienen que *asegurar una cantidad determinada de artículos publicados por año*. Debe contar con reglas de la presentación de los trabajos, que *respeten las normativas internacionales*. Establecer *fechas de recepción y aceptación de originales*, el *tiraje* y el *sistema de distribución*. Acreditar una *periodicidad mínima, anual*. Brindar *indización por servicios de resúmenes y datos de la trayectoria editorial* y llevar una *administración eficiente*⁴⁶.

La incorporación de estas pautas al mundo científico general ha provocado importantes consecuencias prácticas en los modos de producción y distribución de los resultados de las investigaciones. Así, por ejemplo, ha obligado a precisar los mecanismos de control de la calidad de los trabajos, mediante el establecimiento de reglas de admisión para la publicación cada vez más transparentes y universalizables. Las más importantes están dirigidas a la consolidación de la institución del referato o comité de pares evaluadores, que se han ido incorporando a todos los consejos editoriales de las revistas científicas de mayor predicamento y confiabilidad. Sobre esta figura trataremos en el apartado que sigue, observando también su creciente impacto en el ámbito de producción científica jurídica.

6. *La función revisora de los pares y “referees”*

La función revisora de los *pares*, “*referees*” o *árbitros*, ha crecido significativamente durante los últimos cincuenta años, al compás del incremento de las exigencias de garantías de calidad científica en las sociedades industrializadas. En efecto, mediante esta labor, la comunidad científica ha ido asegu-

⁴⁶ Ver el material de clase preparado por Flores, *Estándares de calidad en las publicaciones en ciencias agrarias*.

rando pautas de producción y competencia generalizables, dentro de un campo de acción peculiar. Los sujetos activos de este proceso son los pares y *referees*, investigadores de reconocido prestigio, que trabajan en áreas similares a la de los autores. Su misión consiste en supervisar y evaluar aquellos productos científicos que pretenden ser publicados y difundidos por alguna editorial, en cualquier formato literario. Con frecuencia, los pares o *referees* actúan dentro de la esfera de las publicaciones periódicas. Pero no es de extrañar que las editoriales cuenten también, para sus libros, con algún equipo de colaboradores para esta materia⁴⁷.

Así pues, en este contexto se desarrolla un mecanismo independiente de control de los resultados de las investigaciones, respecto de su calidad, credibilidad y aceptabilidad, que beneficia a las editoriales y a la comunidad, tanto como a los propios autores⁴⁸. El proceso se inicia, cada vez que un investigador envía sus trabajos a alguna revista o editorial, con el propósito de lograr su publicación. La revista acusa recibo de su recepción al autor e inmediatamente envía el escrito a dos expertos en el área objeto de estudio⁴⁹, que actuarán como árbitros. En este papel, los evaluadores tendrán la tarea de

⁴⁷ Ver Garfield, Eugene, *Refereeing and peer teview. Part 1: Opinion and conjecture on the effectiveness of refereeing*, "Current Contents", n° 31, aug. 4, 1986, p. 230 y ss., y *Refereeing and peer review. Part 2: The research on refereeing and alternatives to the present system*, "Current Contents", n° 32, aug. 11, 1986, p. 3 a 12; Weller, Ann C., *Editorial peer review: its strength and weaknesses*, Medford NJ, American Society for information Science and Technology, 2001.

⁴⁸ Ver Ford, E. D., *Scientific method for ecological research*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 415 y ss.; Henneberg, Maciej, *Peer review: the holy office of modern science*, en "Natural science Editorial", 1997; Donovan, Bernard, *The truth about peer review*, en ICSU Press Workshop, Oxford, Keble College, 31 March to 2 April 1998.

⁴⁹ Generalmente los pares evaluadores son dos, pero pueden ser cuatro. Al respecto, ver Garfield, *Refereeing and peer teview. Part 1: Opinion and conjecture on the effectiveness of refereeing*, "Current Contents", n° 31, aug. 4, 1986, p. 230 y ss., y *Refereeing and peer review. Part 2: The research on refereeing and alternatives to the present system*, "Current Contents", n° 32, aug. 11, 1986, p. 3 a 12.

leer, comentar y observar por escrito la creatividad, rigurosidad, coherencia, claridad y estilo del *paper* en cuestión. Muy significativo para la eficacia de este esquema de evaluación es que los *referees* actúen en tiempo, forma, de manera anónima para el autor del trabajo y en un marco de neutralidad respecto de los intereses que pueda surgir entre ellos⁵⁰.

Al cabo del plazo máximo estipulado por el editor –a menudo oscila entre el mes y los tres meses–, los pares deben hacerle llegar sus apreciaciones, indicando si consideran adecuado que el trabajo se acepte para su publicación o no, con las sugerencias del caso. No obstante, la última palabra siempre está reservada para el director de la revista. Ahora bien, sea cual fuere la decisión tomada, ella debe ser notificada al autor, para que éste adopte los recaudos pertinentes. Agotado el trámite, con el aval de los pares y del editor, entonces sí el trabajo *podrá hacerse visible* en la publicación correspondiente⁵¹.

Antecedentes de estas prácticas de control existen desde el siglo XVII, cuando el Royal Society's Council de Inglaterra, comenzó a dar la orden de revisar los manuscritos que se enviaban para publicar en la revista "Philosophical Transactions". Pero el mecanismo de pares evaluadores independientes o "ciegos", que actúan en el marco normativo expuesto, es mucho más reciente. Este sistema comenzó a utilizarse luego de la Segunda Guerra Mundial, con el avance del fenómeno de explosión del desarrollo científico. El procedimiento revisor vigente hoy en día intenta lograr un equilibrio entre rapidez y cualidad exigida para su labor. De manera que, con su de-

⁵⁰ Ford, *Scientific method for ecological research*, p. 416 y ss.; Donovan, *The truth about peer review*, en ICSU Press Workshop, Oxford, Keble College, 31 March to 2 April 1998; Gargfield, *Refereeing and peer review. Part 1: Opinion and conjecture on the effectiveness of refereeing*, "Current Contents", n° 31, aug. 4, 1986, p. 230, y *Refereeing and peer review. Part 2: The research on refereeing and alternatives to the present system*, "Current Contents", n° 32, aug. 11, 1986, p. 3 a 12.

⁵¹ Ver Garfield, *Refereeing and peer review. Part 1: Opinion and conjecture on the effectiveness of refereeing*, "Current Contents", n° 31, aug. 4, 1986, p. 230, y *Refereeing and peer review. Part 2: The research on refereeing and alternatives to the present system*, "Current Contents", n° 32, aug. 11, 1986, p. 3 a 12.

sarrollo, no se afecte en forma negativa la dinámica productiva de la ciencia que la sociedad reclama⁵². En el ámbito del Derecho, cada vez son más las editoriales que apelan a la institución de los pares evaluadores o *referees*. Y ello ha comenzado a suceder, sobre todo en el marco de las publicaciones académicas, a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Educación Superior y la CONEAU.

D) LOS USOS SOCIALES DE LOS PRODUCTOS CIENTÍFICOS

7. Ámbitos de aplicación

En el apartado anterior hemos tenido ocasión de realizar un esbozo del *ordenamiento normativo vigente* en materia de producción científica. Mas, para cumplir con la finalidad de este trabajo, nos falta analizar otros dos aspectos importantes todavía. Por un lado, el *ámbito sociológico* en el que se elaboran las investigaciones. Es decir, el espacio de trabajo, conformado por el desarrollo de actos de conocimiento que ejecutan *actores poderosos o interesados y cooperantes*⁵³, *ortodoxos* o *heterodoxos*⁵⁴, pero identificables entre sí. En tanto que, por otra parte, habrá que revisar también su *perspectiva axiológica*. Esto es, el conjunto de representaciones simbólicas, idealizaciones o exigencias (éticas, lógicas y técnicas), destinadas a imponer algún modelo de producción científica, considerado legítimo, coherente y confiable⁵⁵. En suma, no

⁵² Weller, *Editorial peer review*; Henneberg, *Peer review: the holy office of modern science*, en "Natural Science Editorial", 1997.

⁵³ Respecto de los sujetos activos o repartidores interesados y poderosos puede verse Goldschmidt, *op. cit.*, p. 419 y ss.; Ciuro Caldani, *Meditaciones*, p. 101 y siguientes.

⁵⁴ Sobre la actuación ortodoxa y heterodoxa en la ciencia, puede verse, Bourdieu, Pierre, *Los usos sociales de la ciencia*, tr. H. Pons, Bs. As., Nueva Visión, 2000, p. 27 y siguientes.

⁵⁵ Ciuro Caldani, *Meditaciones*, p. 100 y ss.; *Metodología jurídica*, p. 77 y siguientes.

hay producto científico fuera de la articulación de estos tres niveles de prácticas discursivas: el plano normativo, sociológico y valorativo⁵⁶. Por ello, cada producto no será otra cosa que el resultado de esta misma complejidad.

Asimismo, la articulación de estas prácticas da lugar al desarrollo de los contextos de *uso, aplicación y transformación* de la ciencia de referencia. Fenómenos éstos que, a su vez, pueden ser observados desde un punto de vista interno o externo a la ciencia en cuestión. La variación del enfoque depende de los sujetos que tomemos en cuenta para el análisis. Así, por ejemplo, los usos y transformaciones serán *internos* si son conducidos –o protagonizados– por los propios integrantes de la comunidad científica. Pero serán *externos*, cuando este proceso lo lleven a cabo las personas en general, en calidad de simples usuarios o consumidores masivos del saber⁵⁷.

Sabemos que la sociología y la historia de la ciencia de los últimos tiempos se han ocupado con énfasis del estudio del primer aspecto⁵⁸. En cambio lo han hecho incipientemente respecto del segundo⁵⁹. Sin duda, la creciente expansión de

⁵⁶ Respecto de las prácticas discursivas y su interrelación, Foucault, M., *Arqueología*, p. 227 y siguientes.

⁵⁷ En sentido similar, ver Solís, Carlos, *Razones e intereses. La historia de la ciencia después de Kuhn*, Bs. As., Paidós, 1994, p. 43 y siguientes.

⁵⁸ Especialmente a través de las obras de Scheler, Parsons y Merton. Pero también lo ha hecho la historia de la ciencia y la propia epistemología, gracias al pragmatismo norteamericano y al aporte de autores tales como Toulmin, Hanson, Gadamer, Feyerabend y Kuhn. Al respecto, ver Gaeta, Rodolfo - Gentile, Néida, *Thomas Kuhn. De los paradigmas a la teoría evolucionista*, 1ª ed., 2ª reimp., Bs. As., Eudeba, 2001, p. 7 y ss.; Solís, *Razones e intereses*, p. 65 y ss.; Geymonat, Ludovico, *Historia de la Filosofía y de la ciencia*, tr. J. Bignozzo y P. Roqué Ferrer, rev. J. Sempere, ed. a cargo de P. Ll. Font, Barcelona, Crítica-Grijalbo, 1998, p. 616 y siguientes.

⁵⁹ En este desarrollo tal vez haya influido la creciente expansión de la tecnología de la información y los múltiples estudios referidos a la comunicación de masas de 1950 a nuestros días. De ellos cabe pues destacar los legados de Habermas, Bourdieu, Morin y la Escuela de Edimburgo (Solís, *Razones e intereses*, p. 11 y ss.; Lazarsfeld, P. - Merton, R. - Morin, E., *La comunicación de masas*, coord. N. Lukawewcki, F. E. Márquez, Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1991, p. 25 y siguientes).

la tecnología de la información y los múltiples estudios referidos a la comunicación de masas, presentes desde 1950, han sido fenómenos desencadenantes del desarrollo de esta última perspectiva⁶⁰. Los apartados que siguen están destinados a repasar los aspectos más salientes de los usos y transformaciones de la producción científica, puertas adentro de la comunidad de investigadores.

8. *Su impacto en la comunidad científica y en la vida cotidiana (en la cultura, medio ambiente e instituciones)*

En el *espacio interno* de la ciencia, los productos se utilizan para *circulación, consumo y transformación* de los conocimientos que contienen. La circulación y el consumo científico se llevan a cabo mediante la recopilación y el estudio (selección, interpretación y análisis crítico) del saber vigente en alguna materia. Y su transformación, por la labor de ruptura y expansión del campo de investigación. Por ello, no sin razón se ha dicho que el proceso mismo de investigación es una tarea dialéctica, de rupturas y de cambios. O bien un juego sustituciones y discontinuidades entre conjeturas y refutaciones⁶¹. Muchos son los problemas que se originan en este contexto.

Para cada investigador, los conflictos más frecuentes se vinculan con:

a) Dificultades de acceso a productos científicos de excelencia⁶².

⁶⁰ En este campo se destacan, entre otros, los legados de Habermas, Bourdieu, Morin y la Escuela de Edimburgo. Al respecto ver Solis, *Razones e intereses*, p. 11 y ss.; Lazarsfeld - Merton - Morin, *La comunicación de masas*, coord. N. Lukaweki, F. E. Márquez, Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1991, p. 25 y siguientes.

⁶¹ Ver Bunge, *La ciencia*, p. 7 y ss.; Foucault, *Arqueología*, p. 236 y siguientes.

⁶² Houssey, Bernardo A., *La investigación científica*, 2ª ed., Bs. As., Columbia, 1960; Wainerman, Catalina - Sautu, Ruth (comps.), *La trastienda de la investigación*, Bs. As., Belgrano, 1997, p. 11 y ss. y 179 y ss.; Cereijido, Marce-

b) La permanente tensión entre cooperación y competencia de los científicos entre sí⁶³.

c) El peso intelectual y afectivo del reconocimiento académico (admiración y rivalidad).

d) Las luchas intergeneracionales por el monopolio del saber entre viejos y nuevos académicos⁶⁴.

e) Los sistemas de ingreso y las normas de permanencia en el campo, sostenidos muchas veces por criterios de oscurantismo feudal.

f) Los problemas derivados de la pretensión de *parcialidad* e *imparcialidad* del par evaluador⁶⁵.

g) La discriminación ideológica y de género⁶⁶.

h) La propiedad intelectual y los derechos de autor.

i) El abierto manejo del saber y los riesgos de fraudes científicos derivados de la manipulación de información⁶⁷.

En la *esfera comunitaria*, los usos y transformaciones más habituales se refieren a:

lino, *La ciencia argentina entre Billiken y el exilio*, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

⁶³ Merton, Robert K., *La sociología de la ciencia*, tr. N. A. Míguez, Madrid, Alianza, 1977.

⁶⁴ Bourdieu, P., *Los usos sociales de la ciencia*, p. 12 y siguientes.

⁶⁵ "Aquí la cuestión consiste en saber quién está autorizado para juzgar y quién será juez de la legitimidad de los jueces... Para simplificar, diré que la cuestión del juicio justo se reduce en la práctica a la justeza y la justicia de las decisión de los jueces o, para avanzar un paso, la de quienes están en condiciones de instituirlos como tales (componer los jurados) y fijar a través de las comisiones que establecen los criterios según los cuales deberán juzgar..." (Bourdieu, *Los usos sociales de la ciencia*, p. 118).

⁶⁶ Este tema está siendo estudiado de manera muy creciente en todo el mundo. A modo de ejemplo, puede verse: Wenneras, C. - Wold, A., *Nepotism and sexism in peer-review*, "Nature", § 387 y 341, 1997, en www.eb.tuebingen.mpg.de/women/papers/nepotismo.html, o en www.prbb.org/quark/27/027085.htm; De Pablo, Flora, *Las científicas y el techo de cristal*, en www.amit-es.org/publicaciones.01.htm.

⁶⁷ Di Trocchio, Federico, *Las mentiras de la ciencia. ¿Por qué y cómo engañan los científicos?*, tr. C. V. Meyer, Madrid, Alianza, 1993; Solís, C., *Razones e intereses*, p. 21 y siguientes.

a) La distribución plusvaliosa de los méritos entre los investigadores, en relación con los usos que hacen los demás de los productos generados por la persona reconocida⁶⁸.

b) Las contradicciones que se generan entre la necesidad de desterrar el principio de autoridad y la consagración simultánea de investigadores y teorías, ocurridas por el efecto dominó de sus reconocimientos⁶⁹.

c) La definición del carácter del modelo científico prevalente, pudiendo ser considerado un saber acumulativo o revolucionario; continuo o discontinuo; lineal, circular o dialéctico⁷⁰.

d) Los usos reflejan también tendencias productivas conservadoras o vanguardistas, repetidoras o creativas, poderosas o sometidas⁷¹.

e) Descubren problemas nuevos de demarcación del campo científico⁷².

⁶⁸ En 1968, Robert Merton llamó a este problema, el “efecto Mateo”, en alusión a la frase evangélica que dice “porque al que tiene se le dará por *añadidura*, pero al que no tiene se le quitará hasta lo que tiene”. En efecto, el campo científico no suele ser equitativo a la hora de repartir reconocimientos, premios y honores entre sus miembros, ya que, como bien advirtió el sociólogo norteamericano, rige un doble sistema de adjudicación. De *plusvalía*, respecto de los que cuentan ya con méritos públicos. Y, al propio tiempo, de *minusvalía*, con relación a los que menos tienen, aun cuando sus esfuerzos sean mayores y mejores que el de los primeros. Ello significa que al investigador reconocido la comunidad científica le atribuirá créditos adicionales y a priori en cuanto a sus logros posteriores, y pondrá en tela de juicio todo aquello que provenga de personas aún desconocidas. Al respecto, ver Merton, R. K., *The Matthew effect in science. The reward and communications systems of science are considered*, “Science”, vol. 159, n° 3810, p. 56 a 63; *The Matthew effect in science, II. Cumulative advantage and the symbolism of intellectual property*, “ISIS”, n° 79, 1988, p. 606 a 623.

⁶⁹ A este fenómeno podríamos llamarlo “ley de concentración del capital simbólico”. Ver Bourdieu, *Los usos sociales de la ciencia*, p. 18 y siguientes.

⁷⁰ Kuhn, Thomas S., *La revolución copernicana*, tr. Domènec Bergadà, Orbis, 1985 y *La estructura de las revoluciones científicas*, 1ª ed., tr. A. Contin, México, Fondo de Cultura Económica, 1990.

⁷¹ Bourdieu, *Los usos sociales de la ciencia*, p. 31 y siguientes.

⁷² Popper, Karl, *La lógica de la investigación científica*, 1ª ed., tr. V. Sánchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1999, y *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo*

f) Construyen vías de imposición de métodos de investigación de unas ciencias a otras, a través de dogmatismos o exageraciones ideológicas.

g) Y hoy, más que en otras épocas de la historia, los usos de la ciencia parecen reforzar la pretensión de aplicar estándares universales de calidad a todas las disciplinas, en detrimento de la necesaria diversidad científica.

En el mundo jurídico, las situaciones descriptas cargan, además, con el pesado manto de sospecha de la “inutilidad” de su ciencia. En efecto, no siempre se le reconoce crédito real a esta disciplina, sobre todo en las prácticas tribunales⁷³. Pero lo curioso es que, aun así, sus operadores siguen empeñados en llamar “ciencia” a sus labores, que son de técnica jurídica. Este tema no es, ciertamente, nuevo. Hace ya más de cien años François Géný fue uno de los primeros en advertirlo. Reconoció con claridad que el Derecho se compone de una doble dimensión: el marco de lo *dado* (los datos reales, históricos, racionales e ideales) y el de lo *construido* (las formas –los conceptos, construcciones, terminología y fraseología, presunciones y ficciones jurídicas–). Razón por la cual, de un lado, instó al desarrollo de la ciencia –para la comprensión del primero– y de la técnica –para el segundo–. Mas, de otro, subrayó la importancia del uso complementario de ambos saberes para la elaboración de normas⁷⁴. Sin em-

del pensamiento científico, tr. N. Míguez y R. Grasa, Bs. As. - Barcelona, Paidós, 2001.

⁷³ “La hostilidad hacia la ciencia puede provenir, al menos, de dos conjuntos de condiciones, aunque los sistemas concretos de valores –humanitarios, económicos, políticos y religiosos– sobre los que se base pueden variar considerablemente. El primero involucra la conclusión lógica, aunque puede no ser empíricamente sólida, de que los resultados o métodos de la ciencia son contrarios a la satisfacción de importantes valores. El segundo consiste, en gran medida, en elementos no lógicos. Reposa en la sensación de incompatibilidad entre los sentimientos que encarna el ‘ethos’ científico y los que se encuentran en otras instituciones” (Merton, *La sociología de la ciencia*, t. 2, p. 340).

⁷⁴ Géný, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, 2ª ed., pról. R. Saleulles, Madrid, Reus, 1925, especialmente, p. 228 y ss., y p. 444

bargo, mucho es todavía lo que hay trabajar para terminar de comprender la necesidad de esta separación. De su éxito o fracaso depende, además, el saludable reconocimiento del Derecho como sistema complejo de saberes diversos⁷⁵.

Los usos sociales de la ciencia que se realizan *en el plano externo* nos colocan ante la necesidad de revisar el impacto que los productos científicos causan en el mundo en general; esto es, en la cultura, el medio ambiente, las instituciones y la vida, las personas en situaciones cotidianas. En este sentido cabe decir que existen brechas importantes entre los tiempos de elaboración científica y los tiempos de su aprovechamiento masivo por parte de la comunidad. La aceptación de los productos científicos por el mercado social de consumidores no suele ser rápida. Deben transcurrir entre 15 y 30 años para que ideas científicas asumidas por pares investigadores se trasladen con éxito a la sociedad, a través de la educación y del uso práctico de sus técnicos (en sentido amplio; v.gr., médicos, abogados, enfermeros, profesores, químicos, que brinden sus servicios al público)⁷⁶.

Sin embargo, una situación diversa es la que se produce respecto de los objetos que se fabrican en el campo tecnológico. Aquí sí el mercado social se muestra más preparado para su rápida recepción. Tal vez porque estos objetos sean de fácil manejo, tal vez porque no requieran de grandes esfuerzos de comprensión para su uso, lo cierto es que son absorbidos ágilmente y con fluidez por sus usuarios. La condición más relevante para su alcance es económica (monetaria y financiera). Por ello, es común observar que la calidad de vida de los países se mida por su capacidad de acceso a bienes tecno-

y ss.; Jamin, Christophe, *François Gény d'un siècle à l'autre*, en "François Gény, mythe et réalités", Bruxelles, Dalloz, 2001, p. 3 y siguientes. Al respecto, recordemos también que en la Facultad de Derecho de la UBA actualmente se dicta una *Maestría sobre Ciencia y Técnica para la Elaboración de Normas*, dirigida por el Dr. M. Á. Ciuro Caldani, que se inspira en este paradigma.

⁷⁵ Respecto de la relación entre Derecho y tipos de conocimiento puede verse, Dabove, M. I., *El derecho como complejidad de saberes diversos*, "Ideas y Derecho", año III, nº 3, 2003, p. 95 y siguientes.

⁷⁶ Merton, *La sociología de la ciencia*, t. 2, p. 303 y siguientes.

lógicos de todo tipo (alimenticios, farmacológicos, informáticos, de maquinarias, educativos, lúdicos, etc.).

La historia de Occidente muestra, también, la ingenua idealización que la sociedad le ha otorgado al saber científico, casi desde sus orígenes. Roberto Follari llamó a este fenómeno el del “real maravilloso”, haciendo hincapié en la necesidad de desconfiar de la excesiva y –por tanto, sospechosa– confianza que las personas de todos los tiempos han venido depositando en los frutos de la investigación⁷⁷. La filosofía actual no es ajena a esta observación y está dando lugar al nacimiento de nuevas disciplinas que la abordan, fuera del campo de la epistemología. Así lo hace, por ejemplo, la *Bioética*. En su seno, científicos, filósofos e interesados de múltiples extracciones (políticas, económicas, educativas, sociales, empresariales) se ocupan de esta cuestión, in extenso. La autonomía de la voluntad del usuario de los avances científicos y tecnológicos y la responsabilidad profesional de quien promueve su uso son los ejes de trabajo, de un campo que sólo cuenta con 30 años de vida. Muy interesante sería que la Ciencia del Derecho acompañe firmemente este desafío⁷⁸.

⁷⁷ Follari, R., *Epistemología y sociedad*, Rosario, Homo Sapiens, 2000, p. 11 y siguientes.

⁷⁸ Gracia, Diego, *Fundamentos de Bioética*, Madrid, Eudema, 1989; Ciuro Caldani, Miguel Á., *Aportes para la ubicación iusfilosófica del conocimiento del genoma humano*, JA, 2000-IV-2012; Hooft, Pedro F., *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*, Bs. As., Depalma, 1999, y *El respeto a la autonomía personal en la atención psiquiátrica. Perspectivas bioéticas y jurídicas*, JA, 2000-IV-1055; Mackinson, Gladys J., *Bioderecho: Desafío de fin de siglo*, “Bioética y Bioderecho”, n° 2, Rosario, 1997, p. 23 y ss.; Bergel, Salvador D., *Patentes de genes: implicancias éticas y jurídicas*, www.ctm.org.br/revista/bio2v5/patentesdegenes.htm, Libro de ponencias de las VI y VII Jornadas Argentinas y Latinoamericanas de Bioética”, La Plata 2000, y Rosario, 2001; Dabove, María I., *Razones iusfilosóficas para la construcción de un Derecho de la Ancianidad*, JA, 2000-IV-1020; Fernández García, Eusebio, *La dignidad de la persona*, en “Libro de ponencias del Congreso Internacional sobre La Persona y el Derecho en el Fin de Siglo”, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1996, p. 59 y ss.; Marcuse, Herbert; *El hombre unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, tr. A. Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1968; Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989.

APUNTES A 20 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

CALOGERO PIZZOLO*

I. *Cambio en el paradigma de legalidad constitucional*

Escribir en el 2014 sobre la reforma constitucional de 1994 tiene una gran ventaja: que no se habla de lo que pudo haber ocurrido sino de lo que finalmente ocurrió. Cuando los constituyentes aprobaron las reformas al texto de la Constitución nacional preveían un resultado, entonces todas eran hipótesis. Hoy podemos evaluar dicho resultado en los hechos. En este sentido, 20 años es período interesante para apreciar resultados, o mejor, si se han cumplido con los fines y los objetivos que en su momento se propuso la Asamblea Constituyente.

En lo que respecta al sistema de fuentes, en nuestra opinión, el presente muestra lo positivo que ha demostrado ser la opción de reconocer la *jerarquía constitucional* a un conjunto de instrumentos internacionales sobre derechos humanos y permitir que, hacia adelante, otros instrumentos puedan beneficiarse con dicha jerarquía¹.

Frente a fracasos notorios de la citada reforma, como ser la frustrada atenuación del presidencialismo o el diseño del

* Profesor titular del seminario de derechos humanos en el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Morón, donde es, además, coordinador de investigaciones y desarrollo.

¹ En concreto nos referimos a la redacción dada por la reforma al inc. 22, párrs. 2º y 3º, del art. 75 de la Const. nacional.

Consejo de la Magistratura, la opción que consideramos ha permitido la formación de un *bloque de constitucionalidad*. Lo inédito ha sido y es *integrar*, junto a las normas constitucionales, normas convencionales internacionales pertenecientes a los nombrados instrumentos con jerarquía constitucional. De este modo quedó constituido un *conjunto normativo* compuesto por *normas interconectadas* a una materia común: los derechos humanos.

La existencia de estas normas interconectadas –en línea con la mayoría de las Constituciones vigentes en América Latina y Europa– representa en sí mismo una mudanza en el *paradigma de la legalidad constitucional*. Un cambio copernicano que hace del ordenamiento jurídico argentino un ordenamiento *abierto y acoplado* al derecho internacional de los derechos humanos.

Ahora bien, como la existencia de normas interconectadas implica, además de la formación de un bloque de constitucionalidad, una *comunidad de intérpretes*, nuestro ordenamiento también se ha abierto a las interpretaciones –en sede supranacional– de los organismos internacionales de control especializados en la materia y previstos en aquellos instrumentos internacionales.

Este cambio de paradigma –representativo de nuestra época²– ha permitido dotar de un claro dinamismo a nuestro sistema jurídico. Ello ha permitido, por sobre todo, la tutela jurisdiccional de derechos olvidados en el texto constitucional por la reforma –piénsese, por ejemplo, los vinculados a la protección de la salud o el acceso a la información pública–; así como la *reinterpretación* de competencias constitucionales ya existentes –como el indulto y la amnistía–, siempre que

² Véase Serna de la Garza, José M., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, UNAM, México, 2012. El significado de las constituciones, escribe el citado autor, del constitucionalismo, de los procesos constitucionales en los Estados-Nación de la actualidad, debe ser explorado en el contexto de una “sociedad internacional compleja”. Donde actúan “procesos, intercambios y flujos nacionales e internacionales de diverso tipo que escapan a los controles tradicionales del Estado-Nación” (p. 87 y 88).

estén relacionados con delitos de lesa humanidad³, o bien completar *ambigüedades* que nuestra Constitución arrastraba en materia sensibles a la vigencia de los derechos y garantías desde su sanción en 1853⁴.

II. *Una fórmula puente plena para acoplarse al derecho internacional de los derechos humanos*

La obra del constituyente en la reforma de 1994 permite observar una profunda *vocación* por la *apertura* del ordenamiento jurídico hacia las corrientes jurídicas supranacionales, que se potencian con el final de la Segunda Guerra Mundial, a mediados del siglo pasado⁵. Pensando en la futura participación de la Argentina en un proceso de integración de tipo supranacional, se contempla la aprobación de tratados que

³ Véase Pizzolo, Calogero, *Cuando la Constitución vence al tiempo. Sobre la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final en el "caso Simón"*, LL, 2005-D-510.

⁴ Es notorio en este punto cómo, por caso, el art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) y el art. 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) *completan* al art. 23 de la Const. nacional, en lo que hace a las consecuencias de la declaración del estado de sitio para la vigencia de derechos y garantías. Recordemos que este último artículo refiere de manera ambigua –respecto del territorio donde fue declarado el estado de sitio–, “quedando suspensas allí las garantías constitucionales”. Ambos artículos pertenecientes a instrumentos internacionales con jerarquía constitucional avanzan sobre esta ambigüedad constitucional con normas específicas sobre la regulación de los estados de emergencia. Así, por obra de la *cláusula de intangibilidad* (cfr. art. 27.2, CADH, y art. 4.2, PIDCP) un conjunto de derechos no podrán ser *en ningún caso* suspendidos de igual modo que las garantías previstas para su tutela.

⁵ Véase Pizzolo, Calogero, *La Constitución frente a la integración supranacional y al derecho internacional de los derechos humanos*, en “Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional, Bs. As., Eudeba, 2012, p. 365 a 382. En el mismo sentido, Pizzolo, Calogero, *La fase descendente del derecho constitucional transnacional: explicación y alcance*, en Mezzetti, Luca - Pizzolo, Calogero, “Diritto costituzionale transnazionale. Atti del Seminario internazionale di studi, Bologna, 6 marzo 2012”, Filo-diritto, Bolonia, 2012, Cap. XIII.

“deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales”⁶. Con ello se consiente la *salida* de competencias otrora bajo la órbita estatal a complejas e innovadoras instituciones supranacionales, como las que funcionan hoy en el ámbito de la Unión Europea. En este sentido hablamos de una *fórmula constitucional habilitante*⁷. Pero el constituyente ha previsto también, ya no la *salida* de competencias, sino el *ingreso* de normas convencionales internacionales con el fin de integrarse en un *conjunto normativo* con la misma jerarquía de las normas constitucionales.

Esta *interconexión* de normas se da –ya se dijo– en una materia común: los derechos humanos. El instrumento elegido aquí es una *fórmula constitucional puente plena*. Esta última cualidad se explica porque las normas convencionales internacionales, al integrarse en un bloque de constitucionalidad, adquieren un *efecto directo* en el derecho argentino obligando a los poderes públicos a su cumplimiento y tutela del mismo modo que se encuentran obligados para con las normas constitucionales. Con la reforma de 1994 se ha abandonado la *unidad jurídica* construida por el constitucionalismo clásico sobre las normas constitucionales, para asumir un *pluralismo jurídico* fundado sobre una diversidad de normas básicas de referencia incluidas, pero ya no sólo compuestas, por normas constitucionales.

El siglo XXI, a diferencia de los siglos XVIII y XIX donde crece la idea de Constitución en el ámbito del Estado-Nación, está dominado por un *presente jurídico pluridimensional vinculado a una pluralidad constitucional*. En este sentido, presenta un rasgo innovador. La competencia para ejercer el control de legalidad ya no es una competencia *exclusiva* de los jueces nacionales. Los tribunales constitucionales, por caso –escribe

⁶ Conforme a la redacción dada al inc. 24, párr. 1º, del art. 75 de la Const. nacional. Véase Pizzolo, Calogero, *Derecho e integración regional*, Bs. As., Ediar, 2010.

⁷ Ejemplo de estas fórmulas en la región las encontramos, entre otras, en las siguientes constituciones: Venezuela, art. 153; Ecuador, art. 419; Bolivia, art. 257; Colombia arts. 150.16 y 227, y Paraguay, art. 145.

Ferreres Comella–, han perdido el monopolio que se les confirió en el pasado, pues “ya no son los únicos tribunales que pueden descalificar una ley parlamentaria por contradecir normas supremas”⁸.

Se trata de una expresión constituyente que, como ya se dijo, representa la profunda influencia que ha tenido, y tiene, en América Latina la corriente jurídica supranacional propia del derecho internacional de los derechos humanos. Ejemplos de fórmulas puentes plenas se encuentran prácticamente –con distinta intensidad en cuanto al vínculo creado– en las constituciones de toda la región⁹, y sus consecuencias han sido suficientemente graficadas, entre otros Colegiados, por la Corte Constitucional colombiana para quien “el concepto de Constitución *resulta ensanchado* ya que los artículos de la Carta son integrados con otros referentes normativos, desde remisiones expresas que hace el propio texto constitucional”¹⁰. O bien, el Tribunal Constitucional peruano, al afirmar que, “el derecho internacional de los derechos humanos *forma parte* de nuestro ordenamiento jurídico y, por tal razón, este Tribunal ha afirmado que los tratados que lo conforman y a los que pertenece el Estado peruano, ‘son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado’. Esto significa en un plano más concreto que los derechos humanos enunciados en los tratados que conforman nuestro ordenamiento *vinculan a los poderes públicos* y, dentro de ellos, ciertamente, al legislador”¹¹.

⁸ Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 22.

⁹ Véase, por caso, entre otras, las siguientes constituciones: Colombia, art. 93; Perú, Cuarta disposición final; Bolivia, arts. 256 y 410.II, donde encontramos expresamente mencionada la expresión “bloque de constitucionalidad”; Ecuador, arts. 417 a 424; Venezuela, art. 23; México, art. 1; Guatemala, art. 46, y República Dominicana, art. 74.3.

¹⁰ CConst Colombia, sentencia C-200 de 2002, punto 3.2. Sin resaltar en el original.

¹¹ TConst Perú, sentencia de 25 de abril de 2006, exptes. 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC. Sin resaltar en el original.

Al describir el *espacio constitucional europeo*, Cruz Villalón señala que se trata de un ámbito en el cual cada una de sus comunidades nacionales integrantes “no se rige exclusivamente por la respectiva Constitución nacional, sino en el que, junto a éstas, otras normas determinan materialmente su constitucionalidad”. En otras palabras, las constituciones nacionales devienen en “constituciones integradas”. Van a dejar de ser “Constituciones enteramente autodeterminadas”¹².

El concepto de pluralismo jurídico, escribe von Bogdandy, no implica una estricta separación entre regímenes jurídicos; por el contrario, promueve la idea de que “existe una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos”. Este concepto conlleva además, afirma el mismo autor alemán, importantes consecuencias para la concepción del derecho constitucional: “ninguna Constitución es ya un universo en sí mismo, sino más bien un elemento de un ‘pluriuniverso’ normativo”¹³. En este contexto, se propone el concepto de “acomplamiento entre ordenamientos jurídicos” para explicar las relaciones normativas.

Observemos más de cerca estas ideas. Las normas constitucionales son normas *autorreferenciales*. Esto es, no infieren su validez jurídica de ninguna otra norma simplemente porque cuando actúa el *poder constituyente* –en su forma originaria– no actúa como poder jurídico¹⁴. Los referentes jurídicos nacen con la Constitución –no antes–, y, por tanto, dicho poder es un poder *preconstitucional*. Ahora bien, precisamente esta *función fundacional* es la función propia de toda nor-

¹² Cruz Villalón, Pedro, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, 2004, p. 14 y 61.

¹³ Von Bogdandy, Armin, *Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el ordenamiento internacional y los derechos nacionales*, en “Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional”, Bs. As., Eudeba, 2012, p. 26.

¹⁴ Por el contrario, el poder de reforma constitucional es un poder reglado jurídicamente y sujeta a los límites que la propia constitución le impone por caso en el art. 30, de la Const. nacional.

ma constitucional, en la medida que ninguna otra norma dentro de un determinado ordenamiento jurídico, cumple con dicha función. En esta prerrogativa exclusiva de la Constitución radica su supremacía. La Constitución *posee la primera palabra*, lo que no significará que en ciertas materias, como los derechos humanos, los intérpretes de la Constitución tengan la última.

Las normas constitucionales integran entonces, en el constitucionalismo clásico, lo que denominamos *fórmula primaria de validez*. Esta fórmula agrupa a las citadas normas básicas de referencia, o sea, a los *referentes jurídicos* que inauguran el ordenamiento jurídico: toda norma que pertenezca a este ordenamiento –aún las heredadas de ordenamientos anteriores– *debe ser conforme* –formal y materialmente– a dichas normas. En caso de alguna inconformidad –verificada a través del control de constitucionalidad– la norma en cuestión *pierde validez* dentro del ordenamiento jurídico.

Un rasgo característico de nuestra época es que dicha unidad se abandona al potenciarse las corrientes jurídicas supranacionales. Son así las propias normas constitucionales que *abren* la fórmula primaria de validez a normas que pertenecen a instrumentos internacionales sobre derechos humanos promoviendo la formación de un bloque de constitucionalidad integrado por normas interconectadas. En nuestra doctrina fue Bidart Campos el primero en visualizar este nuevo fenómeno jurídico.

Así, el recordado maestro definió al bloque de constitucionalidad federal “como un *conjunto normativo* que tiene disposiciones, principios o valores *materialmente constitucionales*, fuera del texto de la constitución documental, y tiene como fin ser *parámetro para el control de constitucionalidad* de las normas infraconstitucionales”¹⁵.

Este pluralismo normativo no sólo cambia el paradigma de la legalidad constitucional sino la garantía de su eficacia: el control de constitucionalidad. Éste se reconvierte ahora en

¹⁵ Bidart Campos, Germán, J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Bs. As., Ediar, 1995, p. 265 y 267. Sin resaltar en el original.

control de convencionalidad trasladando la última palabra en derechos humanos –en tanto materia común de las normas interconectadas– a los organismos internacionales de control. Éstos, a su vez, utilizan su propia fórmula de validez –que no contempla a las normas constitucionales nacionales–, generando la tensión actual de quién tiene la última palabra¹⁶.

Sagüés pone en su dimensión real dicha tensión, al señalar que la interpretación formulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana) va a tener de hecho el mismo valor que la letra de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), e incluso será superior a la redacción de ésta, porque como *intérprete final* de la misma fija la superficie y el alcance de sus cláusulas escritas. Concluye Sagüés en que la Corte Interamericana asume así los roles de una “Corte de casación supranacional en derechos humanos”, en aras de “uniformar la interpretación” de los derechos emergentes de la CADH. Y ello “importa, inexorablemente, una sensible reducción de las facultades de los jueces nacionales en materia de control de constitucionalidad y de interpretación de derechos”¹⁷.

Nuestra Corte Suprema ha adoptado como propia la expresión *bloque de constitucionalidad federal* para explicar este escenario de pluralismo jurídico. La Constitución nacional –afirma– “debe ser entendida como una unidad”¹⁸. Pero, ¿a qué unidad hace referencia? A la clásica unidad construida

¹⁶ De lo dicho hasta aquí surge que la fórmula primaria de validez del orden jurídico argentino, esto es, la fórmula a partir de la cual acreditar qué normas son válidas jurídicamente queda como sigue: NBR = FPV = [CN + IJC] [NI] = BCF.

¹⁷ Sagüés, Néstor, P., *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, en “Estudios Constitucionales”, Centro de Estudios Constitucionales de Chile - Universidad de Talca, año 8, n° 1, 2010, p. 125 y 126.

¹⁸ Esto es, define la Corte Suprema, “como un cuerpo que no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere, como un conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás” (CSJN, 7/12/10, “Álvarez y otros”, consid. 7).

sobre las normas constitucionales como únicas normas de referencia, o a la que refiere a una fórmula primaria de validez *mixta* donde las nombradas normas se integran –dando lugar a normas interconectadas– junto a normas convencionales internacionales con jerarquía constitucional. Dada dicha jerarquía que tienen los instrumentos internacionales, sentencia la Corte, “dicho cuerpo no es otro que el ‘bloque de constitucionalidad federal’, comprensivo de aquéllos y de la Constitución nacional, por manera que la mentada armonía habrá de ser establecida dentro de ese contexto”¹⁹. Este *corpus iuris* como también lo referencia la Corte, constituye –en su opinión– el nuevo paradigma de la legalidad constitucional luego de la reforma de 1994.

La existencia de *intérpretes propios* de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional también ha sido ampliamente reconocida por la Corte Suprema. Al igual que el carácter *vinculante* de sus interpretaciones. En un caso –quizás el más emblemático– en el que se analizaba el efecto vinculante de un informe definitivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (cfr. art. 51.2, CADH), la citada Corte defendió su “carácter obligatorio”²⁰. El argumento central aquí, por su fundamentación, permite coincidir en la *fuera obligatoria* de la interpretación en sede supranacional a cargo de los organismos internacionales de control reconocidos en los instrumentos que se integran en el bloque de constitucionalidad. La Corte Suprema alude a que una interpretación contraria u opuesta, que dejara de lado el efecto vinculante de dichos pronunciamientos, además de desatender el “objeto y fin” del régimen de peticiones y de la CADH “en su integridad”, dejaría de lado el *principio de buena fe y efecto útil*. Pero sobre todo promovería “el ‘debilitamiento’ del sistema, cuando no, por así decirlo, del propio ser humano al cual está destinado a servir. El derecho de petición individual ‘abri-

¹⁹ CSJN, 7/12/10, “Álvarez y otros”, consid. 7.

²⁰ CSJN, 6/8/13, “Carranza Latrubesse”. Véase el comentario a esta sentencia por Albanese, Susana, *El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana*, JA, 2013-III-435.

ga' [...] la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional"²¹.

Está claro entonces que, para la Corte Suprema, los tratados de derechos humanos "constituyen una serie de limitaciones a la soberanía de los Estados, por lo que se requiere adoptar una actitud amplia en materia de hermenéutica de las obligaciones estatales, a la inversa de la enseñanza clásica en materia de Derecho internacional, cuanto más que dichas obligaciones son 'de carácter esencialmente objetivo'"²².

Las consecuencias positivas de esta posición de la Corte Suprema, respecto de la integración de la fórmula primaria de validez después de la reforma constitucional de 1994, son visibles en dos sentidos. Por una parte, se ha traducido en una *expansión* de la tutela de los derechos humanos, junto a un *florecimiento* de sus contenidos. Por la otra, se ha beneficiado la *interpretación constitucional* con principios provenientes del derecho internacional de los derechos humanos.

III. *El problema de la pluralidad de intérpretes*

¿Cómo ha sido la cohabitación de la Corte Suprema en una comunidad de intérpretes donde sus integrantes reclaman para sí la última palabra en la interpretación de derechos humanos? Luego de un período inicial de oscilaciones²³, nuestra máxima instancia no presenta mayores objeciones a la aplicación, en el derecho nacional, de las interpretaciones sobre derechos humanos alcanzadas en sede supranacional²⁴.

²¹ CSJN, 6/8/13, "Carranza Latrubesse". La Corte Suprema alude así al voto concurrente del juez Cançado Trindade (Corte Interamericana, 28/8/02, "Condición jurídica y derechos humanos del niño", opinión consultiva OC-17/02, serie A, n° 17, párr. 22).

²² CSJN, 6/8/13, "Carranza Latrubesse", consid. 14.

²³ Véase Pizzolo, Calogero, *La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El bloque de constitucionalidad federal*, LL, 2006-D-1023.

²⁴ Ya en el caso "Espósito" (sentencia de 23 de diciembre de 2004) la Corte Suprema despeja cualquier duda al afirmar, en relación con la Corte Interamericana, que "la decisión mencionada resulta de cumplimiento obliga-

Pero, ¿dónde se encuentra el *foco* del potencial conflicto? La *tensión* se genera entre el juez nacional –intérprete final

torio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, *debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional*” (consid. 6; sin resaltar en el original). En el caso en cuestión se trataba de dar cumplimiento a lo resuelto por la Corte Interamericana en el caso “Bulacio c/Argentina”, donde se rechazó la prescripción de la acción penal alegada por el actor y confirmada por la instancia inferior (Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003, serie C, n° 100). Una postura en sentido opuesto a la sostenida para la Corte Suprema “resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado argentino. Desde esa perspectiva, el *ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado*” (consid. 10; sin resaltar en el original). La Corte Suprema mantiene su parecer aun cuando dice no compartir el criterio restrictivo del derecho de defensa asumido por la Corte Interamericana (consid. 12).

En el caso “Simón” (sentencia de 17 de junio de 2005) retoma la línea jurisprudencial de los casos “Girolodi” (7 de abril de 1995) y “Bramajo” (12 de setiembre de 1996), pero sin la ambigüedad de sus términos: “la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos así como las directivas de la Comisión Interamericana *constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones* derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (consid. 17). Nótese el cambio de lenguaje en la Corte Suprema: ya no se habla –como en los casos anteriores– de *guía*, sino de imprescindible pauta de interpretación.

En el caso “Mazzeo” (sentencia de 13 de julio de 2007) la Corte Suprema consolida la que es su jurisprudencia constante hasta el presente. Por una parte reafirma, refiriéndose a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que “se trata de una *insoslayable pauta de interpretación* para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” (consid. 20). Por la otra, asume como propio –esto es en toda su dimensión– el ejercicio del control de convencionalidad que va a promover la Corte Interamericana desde el caso “Almonacid Arezano y otros c/Chile” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, n° 154, párr. 124): “el Poder Judicial *debe* ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial *debe* tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la *interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*” (consid. 21; sin resaltar en el original).

de la Constitución– y los organismos internacionales –intérpretes finales, en sede supranacional del respectivo instrumento internacional sobre derechos humanos–, no tanto por la existencia de estos últimos sino por las consecuencias de su intervención: en la práctica el *control de convencionalidad* que practican implica el *desplazamiento* como intérprete final del juez local y el *bloqueo* de toda norma nacional –incluidas las normas constitucionales– en situación de conflicto con los componentes normativos foráneos que integran las normas interconectadas dentro del bloque de constitucionalidad²⁵. Ello porque éstas últimas –y no ya siempre las normas constitucionales, reducidas ahora a un componente normativo de origen interno– son utilizadas, según vimos, como normas básicas de referencia, o sea, como nuevos parámetros de legalidad primaria²⁶.

²⁵ Este conflicto se pone en evidencia, por ejemplo, en la respuesta de la Corte Suprema de Justicia uruguaya a la Corte Interamericana como consecuencia de la condena en el caso “Gelman c/Uruguay” (Fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C n° 221). En su sentencia 20, de 22 de febrero de 2013, la Corte uruguaya defiende la tesis de que, “al establecer la doctrina del control de convencionalidad, la Corte IDH sugiere una razón. Argumenta que los tribunales nacionales deben seguir su jurisprudencia, porque ella es ‘intérprete última de la Convención Americana’. Sin embargo, *éste es un argumento poco afortunado*, porque el hecho de que la Corte IDH sea la autoridad final en el sistema interamericano (siendo sus sentencias definitivas y no revisables: art. 67 CADH) *no apoya la conclusión de que las autoridades locales estén obligadas a seguir su jurisprudencia* al aplicar la CADH en los procesos internos. En verdad, este argumento sólo dice que la Corte IDH tendrá la última palabra en relación con la interpretación de la CADH en los procesos interamericanos. *Ni siquiera es idóneo para fundar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH en los procesos interamericanos* (esto es, para la Com. IDH), pues la cuestión de la obligatoriedad de la jurisprudencia es diferente de la cuestión de la definitividad e irrevocabilidad de una decisión. Un tribunal de última instancia tiene ciertamente la última palabra sobre un caso, *pero la doctrina del caso no es necesariamente obligatoria para otros casos y otros tribunales. Para que esto sea así el sistema debe contar con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes (stare decisis et quia non movere) y esta regla no existe en el sistema interamericano*” (punto III.a; sin resaltar en el original).

²⁶ En el caso “Boyce c/Barbados” (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007, serie C, n° 169),

Es un problema propio del pluralismo constitucional. El mismo intenta ser superado apelando al *diálogo interjurisdiccional*, de modo de alcanzar *coincidencias* en la interpretación de los derechos que tornen pacífica la cohabitación en un espacio normativo común. Como enseña Vergottini, “corresponde a los jueces de los distintos niveles intervenir para poner orden. Son los tribunales, pues, los que se convierten en protagonistas de un nuevo orden de relaciones”²⁷.

La adopción de la idea de pluralismo constitucional supone la puesta en cuestión de cualquier forma de supremacía en la comprensión de las relaciones entre los distintos componentes normativos de las normas interconectadas.

Las relaciones entre normas no se basan ya, o al menos no sólo, en la jerarquía entre normas al punto tal de que Gomes Canotilho defiende que la pirámide normativa *está anticuada*. En general, se decía y enseñaba que la Constitución representaba el vértice superior de un sistema de normas construido bajo la forma de una “pirámide jurídica”, la cual, en su globalidad, formaba un orden jurídico. Este modelo, sentencia el profesor portugués, no tiene hoy virtualidades suficientes para explicar la relevancia del derecho internacional y el actual derecho de la UE: no existe sólo una norma en

la Corte Interamericana ejercita el control de convencionalidad directamente sobre una norma constitucional. La “cláusula de exclusión” prevista en el art. 26 de la Constitución de Barbados fue confirmada en 2004 por el máximo tribunal de apelaciones en aquel entonces (el Comité Judicial del Consejo Privado), el cual sostuvo que los tribunales internos no podían declarar que el art. 2 de la Ley de Delitos Contra la Persona –que contempla la aplicación obligatoria de la pena de muerte– es contrario al art. 15.1 de la Constitución de Barbados, el cual prohíbe el trato inhumano o degradante, dado que la citada ley cae bajo la prohibición dispuesta por el citado art. 26. La Corte Interamericana objeta, a las consideraciones precedentes, que el Comité Judicial del Consejo Privado llegó a la conclusión mencionada “a través de un análisis *puramente constitucional*, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte” (párr. 77; sin resaltar en el original).

²⁷ Vergottini, Giuseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Madrid, Cuadernos Civitas - Thomson Reuters, 2011, p. 75.

la cúspide del ordenamiento; en el nivel superior se sitúan varios *ordenamientos superiores* –ordenamiento constitucional, ordenamiento internacional y ordenamiento comunitario (UE)– cuya articulación ofrece inequívocas dificultades, sobre todo cuando cualquiera de esos ordenamientos disputa la *supremacía normativa* o, por lo menos, la *aplicación preferente* de sus normas y principios²⁸. En este contexto defendemos la idea de que la pirámide, como figura explicativa de la geometría jurídica, con el pluralismo constitucional, deja su lugar a una especie de *trapecio*, al aplanarse su vértice superior, donde ahora se detecta un pluralismo de ordenamientos superiores.

Lo dicho, en opinión de García Roca, se proyecta en “un cambio revolucionario en la idea de jurisdicción constitucional, muy ligada desde el origen al ‘monopolio’ para el control de las leyes del cual emana la misma idea de ‘valor de ley’”. Al igual que los tribunales constitucionales desplazaron como supremos a los tribunales supremos, las jurisdicciones constitucionales han comenzado a compartir esa superioridad con entidades supranacionales. “Nadie es totalmente supremo en una estructura judicial de trabajo en red”, concluye el profesor de la complutense²⁹.

En el bloque de constitucionalidad el principio de *igualdad jerárquica* es determinante y definitivo. Agota, en sí mismo, las opciones para la hermenéutica constitucional desde el momento que no permite opciones de desplazamiento intrabloque, siempre fundadas en una distinción jerárquica. Para superar este problema, algunos textos recientes han optado por regular, dentro del bloque mismo de constitucionalidad, la jerarquía de sus componentes normativos³⁰. Pero,

²⁸ Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina, 7ª ed., p. 695.

²⁹ García Roca, Javier, *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo*, en “Teoría y realidad constitucional”, Madrid, UNED, nº 30, 2012, p. 215.

³⁰ El ya citado art. 410.II de la Constitución boliviana es un claro ejemplo al respecto: “La Constitución es la *norma suprema* del ordenamiento jurí-

como vemos de inmediato, la salida más común a este problema hermenéutico ha sido seguir el camino de la *ponderación* aplicando preferentemente el principio *pro homine*. El resultado ha sido una interpretación constitucional *inclusiva*, tanto de principios constitucionales como de principios propios del derecho internacional de los derechos humanos.

El *principio pro homine* –como principio hermenéutico– ha tenido un papel central para descomprimir la aludida tensión. En efecto, ha sido la Corte Suprema quien –como observamos– no ha vacilado en seguir las interpretaciones de los organismos internacionales de control, siempre que éstas concedieran una *protección mayor o más eficaz* al derecho o los derechos de las personas involucradas en el conflicto judicial.

La misma Corte tiene dicho que el principio *pro homine* “determina que el intérprete *deba escoger*, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana”. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales”³¹. Según la misma Corte³², dicho principio tiene dos manifestaciones principales en materia de hermenéutica jurídica. Primeramente, “la que exige adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los

dico boliviano y goza de *primacía frente a cualquier otra disposición normativa*. El *bloque de constitucionalidad* está integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y las normas de derecho comunitario [indígena], ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se *regirá por la siguiente jerarquía*, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1) Constitución Política del Estado. 2) Los tratados internacionales. 3) Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena. 4) Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes” (sin resaltar en el original).

³¹ CSJN, “Álvarez y otros”, consid. 6. Con anterioridad la Corte Suprema se refirió a este principio, entre otros, en el caso “Cardozo”, sentencia de 20 de junio de 2006, consid. 8, y en el caso “Madorrán”, sentencia de 3 de mayo de 2007, consid. 8.

³² CSJN, “Asociación de Trabajadores del Estado”, consid. 10.

derechos, libertades y garantías”³³. Y, en segundo lugar, “la que impone obrar en sentido inverso, vale decir, restrictivo, si de lo que se trata es de medir limitaciones a los mentados derechos, libertades y garantías, o la capacidad para imponerlas”³⁴. Este último aspecto “se explica, desde luego, pues en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal. *Se impone, en síntesis, escoger el resultado que proteja en mayor medida al ser humano, dentro de lo que las normas aplicables posibiliten*”.

El principio *pro homine*, entiende la Corte Suprema, obliga a priorizar una exégesis que “esté en consonancia con el principio político-criminal que caracteriza al derecho penal como la *última ratio* del ordenamiento jurídico y a *privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde a1 ser humano frente al poder estatal*”³⁵.

IV. *Palabras finales*

La reforma constitucional de 1994 no escapa al escenario de luces y sombras propio de un hecho histórico. La formación de un bloque de constitucionalidad, a partir de la apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos, representa el haz de luz más diáfano que proyecta la citada reforma. El plexo de derechos y garantías en su integridad –como hemos observado– se ha enriquecido y profundizado en su eficacia.

La Corte Suprema, actuando como un “tribunal integrador” de los componentes normativos que hacen a las normas interconectadas, ha desarrollado para sí un papel propio al que desempeñan los Tribunales Constitucionales frente a un

³³ Criterio que la Corte Suprema toma de la Corte Interamericana (cfr. “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, párr. 21).

³⁴ La Corte Suprema se inspira aquí en la Corte Interamericana (cfr. *La expresión “Leyes” en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva OC-6/86, 9/5/86, serie A, n° 6, párr. 31).

³⁵ CSJN, “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”, consid. 17.

bloque de constitucionalidad. En efecto, ante potenciales conflictos normativos y posibles interpretaciones divergentes en sede supranacional, pondera intereses y resuelve en favor de la cohabitación normativa. Desde este punto de vista, la Corte Suprema posee la llave que permite cerrar la puerta a los conflictos originados en la comunidad de intérpretes.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FUTBOLISTA QUE LESIONA A UN CONTRINCANTE EN UN LANCE DEL JUEGO

COMENTARIO AL CASO “PIZZO C/CAMORANESI”

GUSTAVO ALBANO ABREU*

RESUMEN

Desde la Antigüedad el régimen de responsabilidad civil en los casos de lesiones entre deportistas ha sido tradicionalmente concebido como distinto del régimen común. A partir del siglo xx las teorías de la “autorización estatal” y de la “asunción del riesgo” han sido utilizadas para liberar de responsabilidad a aquellos deportistas que dañan a sus contrincantes en un lance de juego. El análisis de la jurisprudencia argentina a partir del precedente “Cotroneo c/Banfield”, hasta llegar al caso “Pizzo c/Camoranesi”, permitirá concluir que, en definitiva, más allá de las distintas teorías jurisprudenciales y doctrinales creadas, también en los deportes es la ley la que fija el límite que divide lo lícito de lo ilícito.

1. *Introducción*

Cuando un deportista sufre un daño durante el desarrollo de una competencia deportiva se presenta la cuestión de saber si aquél tiene –o no– derecho a una indemnización y, en

* Abogado por la Universidad Nacional de La Plata, Doctor en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos (España), Director de la Cátedra en Derecho del Deporte de la Universidad Austral. Árbitro del TAS-CAS.

tal caso, a cargo de quién resulta la obligación. Como principio general, las características propias del deporte han determinado que no pueda juzgarse la eventual responsabilidad de los participantes con el mismo criterio con que se aprecia la culpa en general (art. 1109, Cód. Civil argentino)¹, de donde, según algunos autores, no puede verse un acto ilícito en la actuación de un jugador que hubiese procedido de una manera capaz de comprometer su responsabilidad fuera del juego².

La sentencia del caso “Pizzo c/Camoranesi” es una de las muy pocas –en el mundo– que ha responsabilizado civilmente a un futbolista –el dañador Camoranesi– condenándolo a indemnizar a otro –el lesionado Pizzo– por los daños ocasionados en un lance de juego, esto es, estando ambos deportistas disputando la tenencia de la pelota³.

Debe destacarse que la jurisprudencia en materia de lesiones graves producidas entre deportistas en pleno juego es escasa. Quizás ello se deba a que, desde la Antigüedad, el principio general ha sido el de la impunidad penal y el de la irresponsabilidad civil del deportista dañador, siempre que hu-

¹ Trigo Represas y López Mesa se preguntan si existe una “culpa deportiva” y concluyen que no hay culpas esenciales sino manifestaciones diversas de un incumplimiento del deber de previsión exigible a una persona y configurativo de una culpa. Al igual que no existe una “culpa médica”, tampoco existe una “culpa deportiva”, sino algunas particularidades de la actuación culposa en el marco de un deporte, las que deben ser tenidas en cuenta al momento de apreciar la diligencia que era debida por el dañador (*Tratado de la responsabilidad civil*, Bs. As., La Ley, t. II, p. 800 y 801). Mosset Iturraspe, en similar sentido, sostiene que es innegable que la culpa deportiva tiene sus peculiaridades, que al juzgar el quehacer deportivo no puede prescindirse: de las finalidades del deporte en general y de la especie, en particular, de su autorización administrativa, de la reglamentación que lo regula, de los usos y costumbres en cuanto a su práctica, etc., para concluir declarando la existencia o inexistencia de culpa en el interviniente; pero aclarando que en el tema de la responsabilidad deportiva no existe una derogación de la reglas generales sobre apreciación de la culpa (*Responsabilidad por daños*, Sante Fe, Rubinzal-Culzoni, 1980, t. II-B, p. 93).

² Cfr. Bustamante Alsina, J., *Teoría general de la responsabilidad civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1993, p. 537.

³ JuzgCivCom n° 1, MdelPlata, 1/2/08, n° 92413; CCivCom MdelPlata, Sala I, 1/7/10, “Pizzo, Roberto c/Camoranesi, Mauro s/daños”, www.scba.gov.ar.

quiera actuado dentro del marco de las reglas de juego de un deporte aceptado por el Estado⁴.

Según los autores que así lo postulan⁵, la autorización estatal como causa de justificación viene desde la Antigüedad, más precisamente de Grecia (o la *Hélade*, en realidad), que estaba constituida por ciudades-Estados denominadas *polis*, cada una con su propia legislación y soberanía, pero donde las competiciones panhelénicas se organizaban regularmente entre los ciudadanos de las diferentes ciudades.

⁴ Según Orgaz, la autorización estatal significa el establecimiento de un régimen especial y distinto del ordinario. A diferencia de este último, que presume la ilicitud de todo daño causado a otra persona (art. 1109, Cód. Civil), el régimen correspondiente a los deportes autorizados crea una presunción de licitud en cuanto al ejercicio mismo y también a las consecuencias que resultan de éste “según el curso natural y ordinario de las cosas” (art. 901). Esto incluye a las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles: por lo tanto, las lesiones o daños derivados de los riesgos inherentes al ejercicio normal de un deporte autorizado, están de antemano justificados como la actividad misma de que preceden (causa de justificación). Cfr. *Lesiones deportivas*, LL, 151-1055. No se desconoce la existencia de importante doctrina y jurisprudencia que estima que esta noción sólo es aplicable en el ámbito de deportes violentos o peligrosos, pero no en el de aquellos cuya naturaleza los hace normalmente carente de riesgos. Por ejemplo, Mosset Iturraspe en el comentario al fallo “Cotroneo”, aclara que Borda cuando habla de *responsabilidad superada, de irresponsabilidad y de actividad permitida*, respecto de los deportistas que se exponen al riesgo de los deportes estimulados y tutelados por el Estado, ha querido referirse “exclusivamente a los deportes peligrosos, cuya práctica requiere una expresa autorización del Estado; en los cuales los intervinientes se exponen ‘voluntariamente al riesgo’ de dañosidad, y en los que la causación de perjuicios entra dentro de las ‘reglas de juego’. Borda piensa en el boxeo, en el ‘match de box’ como lo señala explícitamente, en el texto y en las notas. Pero no ha querido aludir a otros deportes, que no son en sí mismos peligrosos, ni entrañan riesgos a los intervinientes, ni contienen reglas que posibilitan el daño, ni han menester de una autorización expresa para su práctica, como es el caso del fútbol y del rugby” (*Responsabilidad por daños*, t. II-B, p. 386). En igual sentido, Mayo, J. A., *Daños sufridos por deportistas en la práctica de su actividad*, “Revista de Derecho de Daños”, 2010-2-40. Ver también CNCiv, Sala D, 24/2/87, “Fernández de López, Dora N., y otro c/Asociación Civil Club Atlético All Boys”, ED, 125-512.

⁵ Entre otros, Orgaz, *Lesiones deportivas*, LL, 151-1055, Llambías, *Responsabilidad civil proveniente de accidentes deportivos*, ED, 47-947; Núñez, *Tratado de derecho penal*, Córdoba, Lerner, 1987, y Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Losada, 1961.

En la cuna del deporte organizado no existió un Estado centralizado que pudiera eventualmente autorizar administrativamente los deportes como en la actualidad y tampoco puede hablarse de la existencia de reglas de juego, tal como hoy se las concibe⁶. Sin embargo, la asistencia y participación de las autoridades de las ciudades más importantes del mundo heleno en los juegos panhelénicos permite hablar de una particular “autorización del Estado”.

Por otro lado, la teoría “de la asunción del riesgo” –que el demandado Camoranesi utilizó en su defensa– en ocasiones opera inconscientemente en los deportistas víctimas de lesiones convenciéndolos de que el daño sufrido debe ser aceptado como un infortunio del destino, sin importar su gravedad. Esta construcción teórica postula que “el consentimiento tácito” que la víctima parece prestar, en todos aquellos casos en que asume el riesgo de sufrir un daño, tendría el valor de una convención sobreentendida con otra persona, por la cual

⁶ Las reglas de juego aplicadas en los Juegos Olímpicos distaban mucho de ser uniformes y universales. Por el contrario, eran de tradición oral; unos jueces, denominados Nomofilaces, se encargaban de transmitir las de generación en generación, y de instruir a otros jueces, denominados Helanódices, para aplicarlas a la organización y desarrollo de los juegos, con ayuda de los Rabducos, o portabastones, encargados de mantener el orden durante la competición. Estos juegos eran celebrados cada ciclo de cuatro años conocido como Olimpiada, que era una de las medidas de tiempo de la antigua Grecia. En esta organización, los primeros en celebrarse eran los Juegos Olímpicos con sede en Olimpia (en honor a Zeus), en el primer año; durante el segundo año se celebraban los Juegos Nemeos, celebrados en Argos (en honor a Hera), y los Juegos Ístmicos, celebrados en Corinto (en honor a Poseidón y las Océánidas) en meses diferentes, durante el tercer año se organizaban los Juegos Píticos, de carácter poético, celebrados en Delfos (en honor a Apolo y las Musas), y en el cuarto año eran nuevamente celebrados los Juegos Nemeos y los Juegos Ístmicos. Después el ciclo se volvía a repetir comenzando nuevamente con los Juegos Olímpicos. Los Juegos estaban organizados de forma que un atleta profesional pudiese participar en todos ellos. Para un análisis más extenso del tema ver, entre otros *El deporte en la Grecia Antigua. La génesis del Olimpismo*, Centro Cultural de la Fundación “La Caixa”, Barcelona, 1992; *El Olimpismo*, Cátedra Olímpica Marqués de Samaranch, Universidad Camilo José Cela, Madrid, 2004; *Olimpia y los Juegos Olímpicos antiguos*, Pamplona, 1975, vol. 2, de Conrado Durántez, y *Los Juegos Olímpicos y el deporte en Grecia*, AUSA, Barcelona, de Fernando García Romero.

aquella renuncia por anticipado a reclamar eventualmente una indemnización por los perjuicios que pueda sufrir⁷.

En la práctica, según manifiesta el lesionado –Pizzo–, la asunción de los riesgos deportivos es una cuestión de medida, que reconoce en principio y en los deportes permitidos y organizados por el Estado, que las lesiones corresponden a la esfera de lo lícito. Pero esta licitud inicial –o esencial– no importa convalidar o aceptar la mala intención de los jugadores, ni las graves imprudencias o los excesos en perjuicio de los rivales⁸.

El caso analizado permitirá hacer un recorrido sobre la jurisprudencia predominante en materia de lesiones entre contrincantes en el fútbol que, desde el caso “Cotroneo” hasta el presente, con el dictado del fallo “Pizzo c/Camoranesi”, se basa fundamentalmente en la tesis que postula que la autorización estatal origina dos clases de ilicitudes o infracciones a las reglas de juego deportivas: las comunes en las que la irresponsabilidad es la regla⁹ y las extraordinarias, que serían

⁷ Según Trigo Represas y López Mesa, esta prevalencia de la aceptación del riesgo hace que en la justicia argentina no sea tan común la procedencia de indemnizaciones por daños deportivos, como lo es en Europa. Citan el caso de la jurisprudencia española y francesa que no priorizan, actualmente, la asunción del riesgo por parte de la víctima, y se detienen a analizar la formación del deportista, el control por parte del organizador del evento de esa formación, si el deportista novicio es expuesto a riesgos innecesarios o para los que no estaba preparado, para determinar su responsabilidad (*Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, p. 796). Para un estudio profundizado de la noción “asunción de riesgos” en general, ver el excelente trabajo de Mayo - Prévôt, *La idea de la aceptación de riesgos en materia de responsabilidad civil*, LL, 2009-E-992 y siguientes.

⁸ Cfr. Pizzo, R. J., *Evolución de la jurisprudencia y doctrina nacional en daños causados entre deportistas, desde el Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, tesis de maestría inédita, de la Maestría en Magistratura Judicial de la Universidad Austral (Mención Especial por Tesis de Dogmática Jurídica), Buenos Aires, 2012, p. 29.

⁹ El permiso administrativo para el ejercicio de una actividad deportiva importa el establecimiento de un especial régimen de responsabilidad distinto del ordinario y, a diferencia de éste –que presume la ilicitud de todo daño causado a otro–, el régimen aplicable a los deportes autorizados crea una excepción de licitud que se extiende a los efectos derivados del ejercicio de

ilícitas en sí mismas, sin posibilidad de justificación por parte del deportista lesionador¹⁰.

El propósito de este comentario será, entonces, analizar si dicha fundamentación es jurídicamente apropiada y si la teoría de “la asunción del riesgo” empleada por la defensa de Camoranesi es aplicable a los casos de lesiones entre deportistas de deportes no riesgosos como el fútbol.

2. *Evolución histórica de la responsabilidad civil en materia de lesiones entre deportistas*

Si se hace memoria respecto de los casos en que deportistas lesionados demandaron judicialmente al lesionador por daños ocasionados durante el juego, no sólo en la Argentina y en el fútbol, sino en todos los deportes y en todo el mundo, se podrá apreciar fácilmente que, desde tiempos remotos, la jurisprudencia es muy escasa, debido fundamentalmente a que no existe conciencia en los actores del sistema deportivo de que, por las lesiones o por la muerte producida en plena competencia deportiva, se puede responsabilizar al deportista que causó el daño.

Ya en los Juegos Olímpicos de la Antigüedad (-776 al 395) existía una especie de inmunidad legal de los atletas que da-

aquéllos “según el curso natural y ordinario de las cosas” (art. 901, Cód. Civil). Así, quedarían amparadas por esta causa de justificación las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles, las que, conforme a la pauta de regularidad citada, pueden ser imputadas razonablemente al agente, dado que la ley estima “en abstracto” que son susceptibles de ser previstas por cualquier sujeto de aptitud intelectual media. De modo que las lesiones o daños derivados de los riesgos inherentes al ejercicio normal de un deporte autorizado están de antemano justificados, es decir, desprovistos de antijuridicidad. Cfr. Charlín, J. A. - Paradiso Fabri, G., *Daños y perjuicios: accidentes deportivos*, LL, 1990-B-38 y 139.

¹⁰ Bueres, en su voto en “Cotroneo”, calificó dicha conducta como “ilicitud objetiva” e identificó dos situaciones en las que el dañador debe responder: a) cuando existe una “acción excesiva” que viola grosera y abiertamente el reglamento del juego, y b) cuando existe intención de provocar el resultado dañoso, sea durante el desarrollo del juego o bien cuando éste se encuentre detenido (CNCiv, Sala D, 17/12/82, “Cotroneo, Ricardo D. c/Club Atlético Banfield y otros”, LL, 1983-D-385, con nota de Mosset Iturraspe).

ñaban o mataban accidentalmente a sus rivales¹¹. Probablemente ello se deba a que en esa época, en disciplinas como el pugilato, la lucha y el pancracio, los riesgos de lesiones graves y de muerte eran considerables, y que los legisladores, asiduos participantes y asistentes a los Juegos Panhelénicos, se hayan visto influidos para establecer la irresponsabilidad por la muerte del adversario¹².

En Roma, en materia de daños causados entre personas se recurrió en una primera etapa a una figura penal como la “*injuria*”¹³. La Ley de la XII Tablas (a mediados del siglo v a.C.),

¹¹ El primer accidente fatal data de 564 a.C., en la prueba del pancracio (una especie de vale todo, en la que sólo se prohibía morder y arrancar los ojos), en que Arriquión fue proclamado vencedor a título póstumo ya que, luego de declarado vencido, su adversario murió por asfixia (al parecer, por la rotura del cuello). También se tiene conocimiento de un caso de muerte en combate simultánea de dos contendientes, a causa de la igualdad de fuerzas, hecho improbable pero no imposible, ya que al parecer se conocen otros casos en diferentes épocas y culturas. Entre muchos otros casos se deben añadir otros en que los atletas murieron no en el propio combate, sino poco después, como el pentatleta Éneto de Amiclas, que cayó muerto al recibir los honores de la victoria. Cfr. García Romero, F., *Los Juegos Olímpicos y el deporte en Grecia*, AUSA, Barcelona, p. 98 y 99. Respecto de las muertes en los Juegos Olímpicos antiguos, puede consultarse, también, R. H. Brophy, *Deaths in the Panhellenic Games. Arrachion and Creugas*, *AJPh*, XCIX, 1978, p. 363 a 390; C. A. Forbes, *Accidents and fatalities in Greek athletics. Classical studies in honor of W. A. Oldfather*, Urbana, 1943, p. 50 a 59, y M. Poliakoff, *Deaths in the Panhellenic Games. Addenda et corrigenda*, *AJPh*, CVII, 1986, p. 400 a 402.

¹² Ha podido constatarse, en todos los períodos de los Juegos Olímpicos, la inmunidad legal de los atletas que mataban accidentalmente a sus rivales. La ausencia de responsabilidad por la muerte del adversario ya se conoce por textos de la época clásica tales como Platón (*Leyes*, 865 a), Demóstenes (25.35), Pseudo Jenofonte (*Constitución de los atenienses*, 53.3) y la misma norma es recogida en el derecho romano, como señala Gualazzini (*Premesse storiche al diritto sportivo*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 18 y 19), tanto en lo que se refiere a las competiciones en público como en lo que respecta a los entrenamientos, que a efectos jurídicos tenían el mismo estatus que los *certamina licita*, aunque se desarrollasen sin público. La presencia de éste era muy tenida en cuenta por el legislador, a fin de evitar que se disfrazasen asesinatos haciéndolos pasar como muertes accidentales (p. 99 y 100).

¹³ Con la palabra *injuria* –tomada en sentido lato– se designaba, en los primeros tiempos de Roma, a todo acto contrario a derecho. Pero, en una acepción más restringida, significaba el ataque a la persona.

no comprendía más que los ataques a la persona física, golpes y heridas más o menos graves, pero sin distinguir si había intención culpable o simple imprudencia. Ya en el Derecho Clásico la noción de la *injuria*, por un lado, se restringió, exigiéndose la intención de dañar para que hubiera delito, pero por el otro se amplió desde el punto de vista de los hechos que la constituían, agregándose el ataque a la personalidad bajo las formas más diversas: golpes o heridas, difamación escrita o verbal, violación de domicilio, ultrajes al pudor y, en general, todo acto que comprometiera el honor y la reputación ajena.

No obstante el avance del Derecho Romano respecto de otros pueblos civilizados de la Antigüedad en temas de responsabilidad por daños, no se encuentra un desarrollo teórico de un principio general de responsabilidad¹⁴ pero en materia de accidentes en el deporte se conocen antecedentes que dieron lugar a respuestas de los *iusprudentes*¹⁵ y a decisio-

¹⁴ Según Bustamante Alsina, “el casuismo tan característico no solo de la legislación romana sino de la mente misma de sus jurisconsultos, se expresa aquí en la falta de un principio general de responsabilidad” (*Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 27). Mosset Iturraspe, en el mismo sentido, agrega que, “la palabra ‘responsabilidad’ falta en el Derecho Romano, lo cual no quiere decir que no existiera una amplia catalogación de los *delictum* cuya comisión originaba el deber de resarcir el daño sufrido por la víctima... no se encuentran rastros en el Derecho Romano de la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad delictual o extracontractual, empero, esta circunstancia no ejercía, por ella misma, ninguna influencia sobre el régimen de sanción” (*Responsabilidad por daños*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni 2004, p. 18 y 19). En el mismo sentido, Sanz afirma, “Villey (‘En torno al contrato, la propiedad y la obligación’, p. 69) nos muestra que en el lenguaje jurídico no existe el término ‘responsabilidad’. Existe, sí, una noción antecedente que será utilizada por los juristas medievales cultos y por los anteriores al movimiento revolucionario. Este uso prerrevolucionario le exige enlazar esa noción –*responsable*– con el verbo latino *respondere* y a sus orígenes: *sponzio* y *spondere*” (*Apostillas en torno al tema de la responsabilidad*, “Prudentia Iuris”, vol. XI, p. 26 y 27).

¹⁵ Ulpiano manifiesta que “si lanzando jabalinas por diversión hubiese sido muerto un esclavo, tiene lugar la ley Aquilia. Pero si cuando otros están lanzando jabalinas en el campo, hubiera cruzado un esclavo por aquel lugar, cesa la Aquilia, porque no debió pasar intempestivamente por un campo en el que se arrojaban jabalinas. Sin embargo, quien lanzó deliberadamente contra

nes pretorianas que en definitiva dejan en claro que el consentimiento del deportista, si era ciudadano romano (es decir si poseía los tres estatus *-libertatis, civitatis y familiae-*) impedía cualquier reclamo, salvo que el daño fuera doloso o se causara violando las reglas del juego¹⁶.

En la Edad Media no se registraron avances significativos respecto de la responsabilidad por daños causados entre

él queda obligado por la Aquilia” (*Digesto*, D.9,2,4, p. 381). Wacke (*Accidentes en el deporte y juego según el Derecho romano y el vigente Derecho alemán*) sostiene que no es indiferente, a los efectos de la responsabilidad aquiliana, que el lanzamiento de la jabalina se haya realizado en un lugar público, donde no es lícito generar situaciones de potencial riesgo mediante el ejercicio de un deporte peligroso, “ya que con ello se infringe la diligencia a preservar en el tráfico”. Fuera de los recintos destinados específicamente para la práctica del deporte, quien produce el daño no puede alegar el concurso de la culpa de la víctima para una eventual compensación de culpas y minoración de responsabilidad aquiliana para el autor del ilícito (cfr. Trigo Represas, F. - López Mesa, M. J., *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, p. 781 y 782). Una mayor profundización del tema puede verse en *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, de M. Ortoln, tr. F. Pérez de Anaya, t. II, 3ª ed., Establecimiento Tipográfico de D. Ramón Rodríguez de la Rivera, Madrid, 1847, p. 497 y siguientes. En 2012, corroborando la peligrosidad de esta práctica deportiva que ya los romanos habían advertido, el atleta francés Salim Sdiri, al ser impactado en su espalda por una jabalina en el Torneo Golden League, paradójicamente, en Roma (en 2007), demandó judicialmente a la Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo (IAAF) y a la federación italiana de este deporte. Sdiri, quien ostenta el récord de Francia en salto largo, estuvo fuera de acción durante casi un año, después de que el finlandés Tero Pitkamaki lo impactara en la espalda con la jabalina (con un lanzamiento de aproximadamente ochenta metros), causándole un grave daño hepático. Al momento del accidente, Sdiri estaba entrando en calor para competir en su prueba, próxima a la zona de lanzamientos de jabalina.

¹⁶ Con referencia a las lesiones producidas en el pancracio –de origen griego–, se dijo que, “si en una lucha o en el pugilato libre uno de los dos luchadores hubiese matado al otro, si lo hubiese matado en un certamen público, cesa la Aquilia porque el daño no se considera hecho con mala intención sino a causa de la gloria y el valor. Si bien esto no procede en el caso del esclavo, porque suelen hacer estas luchas los libres de nacimiento. Pero sí procede si es herido un hijo de familia. Claro que si uno hubiese herido al que se rendía, tendrá lugar la Lex Aquilia, o si mató a un esclavo en lucha privada, excepto cuando luchó por orden de su dueño, porque entonces cesa la Aquilia” (*Digesto*, 9,2,7,4, p. 381).

deportistas, a pesar de que en los torneos y en las justas se producían gran cantidad de heridos y muchas muertes¹⁷. Tampoco se produjeron cambios relevantes en la Edad Moderna y ello se ha debido, quizás, a que los deportes que llegaron a tener un mayor grado de desarrollo y organización desde los Juegos Olímpicos griegos hasta esas épocas, eran los practicados por los integrantes de las clases sociales más altas que veían en la práctica de sus deportes y pasatiempos favoritos, antes que un medio de ascenso social o de procurarse un medio de vida, tan sólo una forma de relacionarse socialmente entre pares que compartían un código moral que estaba por encima de las simples reglas de juego.

Ya en el siglo xx, con la llegada del profesionalismo y el reconocimiento de la relación laboral del deportista profesional con el club, en especial en el fútbol, a partir del caso “Eastham vs. Newcastle” (1963), en Inglaterra¹⁸, cambiaron

¹⁷ El torneo medieval era en esencia un combate a caballo entre varias personas pertenecientes a diferentes bandos, que batallaban entre sí dando vueltas en torno para perseguir cada cual a su contrario (de donde procede el nombre torneo). Era, en definitiva la imitación de una batalla (las armas utilizadas generalmente no producían heridas graves ni la muerte); prácticamente un ejercicio de guerra sujeto a ciertas reglas que hacían entre sí los antiguos caballeros. Las reglas de los torneos eran fundamentalmente seis: 1) no herir de punta al contrario; 2) no pelear fuera de filas; 3) no pelear varios caballeros; 4) no herir al caballo del rival; 5) descargar golpes sólo al rostro y pecho del rival, y 6) no herir a aquel caballero que se alzara la visera. En ocasiones en algunos torneos se utilizaban todo tipo de armas y, cuando los contendientes se cebaban en los contrarios por alguna enemistad nacional o particular, las muertes por bando llegaban a ser numerosas. Así, por ejemplo en el torneo de Neuss, en 1240, se llegaron a producir sesenta muertes. Cfr. Monroy Antón, A. J. - Sáez Rodríguez, G., *Historia del deporte de la Prehistoria al Renacimiento*, Wanceulen Editorial Deportiva, Sevilla, 2007, p. 152 a 159. Puede verse también, Diem, C., *Historia de los deportes*, vol. I, Luis de Caralt Editor, Barcelona, 1966, p. 435 a 441.

¹⁸ Para un estudio profundo del fin del *retain and transfer system*, a partir del caso “Eastham vs. Newcastle”, que dio paso al reconocimiento de la relación laboral de los futbolistas profesionales primero en Inglaterra y luego en todo el mundo, véase el capítulo 12, titulado “Sport and contracts of employment”, de la obra *Sports Law* (Cavendish Publishing, London, Second Edition,

sustancialmente los valores. El amateurismo exigía que los deportes se practicaran sólo entre los integrantes de determinado grupo social; por ello sus reglas se crearon para mantener a los miembros de otras clases sociales alejados de su práctica¹⁹. Dentro de esa estructura social no existía posibilidad alguna de acciones judiciales buscando un resarcimiento económico, si en la disputa deportiva se producían lesiones entre deportistas.

Tanto en las legislaciones antiguas como en las modernas²⁰, el principio general ha sido siempre el de la impunidad penal e irresponsabilidad civil del jugador lesionado cuando ha actuado correctamente y el deporte ha sido previamente autorizado por el Estado. Esta distinción es fundamental, ya que, en defecto de esa autorización, los daños ocasionados en un deporte no autorizado se rigen por las normas comunes sobre responsabilidad²¹.

2001, p. 527 a 572) y la obra *Professional sport in the EU: regulation and re-regulation* (Caiger and Gardiner Editors, TMC Asser Press, La Haya, 2000), donde se analizan en detalle los casos “Eastham vs. Newcastle” y “Bosman”. Un análisis de la doctrina del *restraint of trade*, en los casos “Eastham vs. Newcastle”, en fútbol, “Grieg vs. Insole”, en *cricket*, y “Adamson vs. New South Wales Rugby League Ltd.”, en rugby, puede verse en la obra *Sports Law*, de Beloff, Kerr y Demetriou, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 83.

¹⁹ Vinnai, citando a Meisel (*The importance of being amateur*, en “Sport and society”, A. Natan Ed., p. 129), sostiene: “Las reglas del amateurismo se crearon por vez primera durante el siglo pasado, tarea que estuvo a cargo de miembros del estrato superior inglés, no tanto por idealismo sino para mantener a las masas comunes alejadas de su diversión exclusivamente privada: el deporte”, luego agrega: “Los miembros de los estratos inferiores de la población sólo podían competir en el césped con los miembros de las *upper class* –quienes, en virtud de su condición acaudalada, tenían mucho tiempo para practicar deportes– si recibían compensaciones financieras a cambio de sus producciones atléticas, compensaciones que les permitían no concurrir a su trabajo sin que ello implicara pérdidas económicas, y cubrir los costos vinculados al deporte. Si con la ayuda de las reglas del amateurismo se prohibía todo pago, se excluía automáticamente de la competencia deportiva a todos aquellos que dependieran de semejante retribución” (cfr. *El fútbol como ideología*, Siglo Veintiuno, tr. L. Mamés, Bs. As., 1975).

²⁰ Ver Jiménez de Asúa, L., *Tratado de derecho penal*, p. 1466.

²¹ Orgaz, *Lesiones deportivas*, LL, 151-1055.

3. *Los fallos más conocidos de la jurisprudencia argentina en materia de lesiones entre deportistas en un lance de juego (“Cotroneo c/Banfield”, “Berman c/Goldin”, “Telechea c/Beldrio” y “Gil, Osvaldo c/Sociedad de Fomento”)*

Entre los escasos precedentes judiciales sobre la materia en fútbol, el primero y más importante por su influencia en la jurisprudencia nacional es el caso “Cotroneo c/Banfield y otro”²², de 1982, donde se resolvió que “el deber de responder por las lesiones deportivas tiene origen en los siguientes casos: a) cuando existe una acción ‘excesiva’ que viola grosera y abiertamente el reglamento del juego, y b) cuando existe intención de provocar el resultado dañoso, sea durante el desarrollo del juego o bien cuando éste se encuentre detenido”²³.

La doctrina del fallo “Cotroneo” fue seguida y ampliada, en 1995 en el fallo “Berman Gerardo R. c/Goldin, Jorge N.”²⁴,

²² En el fallo se debió resolver la procedencia del reclamo formulado por Cotroneo, quien –como jugador del club Banfield–, concurrió a buscar la pelota en el área adversaria y, al no poder cabecearla, la tocó con la mano. En consecuencia, el árbitro del partido cobró “mano” cortando el juego. El arquero del Club Alte. Brown, Domingo Violi, al parecer en esas circunstancias, continuó la acción que venía desplegando y aplicó un rodillazo en la zona renal a su rival. El golpe le provocó a Cotroneo la pérdida del riñón. La resolución dictada por la Cámara confirmó la sentencia de primera instancia en todas sus partes, e impuso a Domingo Violi y al Club Alte. Brown la obligación de pagar una indemnización a favor de Cotroneo (CNCiv, Sala D, 17/12/82, LL, 1983-D-385, con nota de Jorge Mosset Iturraspe).

²³ En el plano fáctico consideró que la conducta del demandado había traspasado el límite de lo normal, al encontrar probado que el arquero cometió un exceso reglamentario. En esa inteligencia afirmó con claridad, “que una cosa es que el arquero adelante la rodilla en actitud de defensa de su integridad corporal, como usualmente se realiza, en violación no obstante, ‘natural’ o ‘normal’ del reglamento, y otra cosa es que se aplique un golpe con violencia tal como para despedazar el riñón de un jugador rival” (CNCiv, Sala D, 17/12/82, LL, 1983-D-385).

²⁴ El tribunal debió expedirse sobre los acontecimientos producidos en un partido de fútbol entre aficionados, en el que el arquero de uno de los equipos, Gerardo Berman, al retener con sus manos dentro del área la pelota, fue golpeado mediante la utilización de una “plancha” por el delantero del equipo rival –Jorge Goldin– quien venía lanzado a la carrera. El golpe produ-

pero haciendo una distinción respecto de su precedente al no adherir a ninguna doctrina en particular, puntualizando “que cualquiera sea la posición doctrinaria a que se adhiera en esta materia de lesiones por accidentes en el deporte, debería concluirse que en la especie el deber de responder tendría su origen, al menos, en una acción ‘excesiva’ o de ‘notoria imprudencia o torpeza’”, agregando que, “aún asumiendo que el deporte del fútbol tiene riesgos inherentes a su práctica normal y que, conforme lo sostiene Orgaz, la autorización estatal crea una presunción de licitud en cuanto a las consecuencias que resultan de su ejercicio, ‘según el curso natural y ordinario de las cosas’ (conf. art. 901, Cód. Civil), de modo que las lesiones derivadas de tales acciones estarían de antemano justificadas como la actividad misma de la que proceden, debería coincidir que el caso en examen encuadra entre aquellas hipótesis que, según el propio autor, acarrear responsabilidad civil”²⁵.

En ambos casos los deportistas fueron responsabilizados por lesiones provocadas durante el encuentro deportivo, pero sin disputa del balón, ya que en “Cotroneo” segundos antes del golpe había sido sancionada una falta, y en “Berman” la pelota estaba en poder del actor al ser agredido. En ninguno de los dos casos “la pelota estaba en juego”; es por eso que resulta sumamente interesante la resolución dictada en el caso “Telechea, Fernando c/Beldrio, Carlos D., y otro”, en el año 2005, que decidió confirmar parcialmente la sentencia de primera instancia y condenar a un futbolista que lesionó a otro en un lance de juego con disputa del balón²⁶.

jo, entre otras consecuencias físicas, la fractura expuesta de la tibia de la pierna derecha de Berman [CNCiv, Sala A, 6/4/95, LL, 1996-C-701, con nota de Jorge A. Mazzinghi (h.), DJ, 1996-2-400].

²⁵ Según Mazzinghi (h.), “el pronunciamiento alude –con justeza a ‘una acción excesiva o de notoria imprudencia o torpeza’ del demandado, ‘que en modo alguno podría constituirse en caso fortuito’-. La condena se funda en la culpa y no necesita –lo que constituye un acierto innegable– calificar la acción del demandado como intencional o dolosa” (*Los daños en el deporte. Una sentencia suvera pero justa*, LL, 1996-C-702).

²⁶ La demanda se originó en los hechos sucedidos en el transcurso de un partido de fútbol organizado por la Asociación del Fútbol Argentino, entre los

En este caso se adhirió a la tesis de la autorización estatal para justificar la presunción de “licitud” que ampara los daños deportivos, y se afirmó que esta postulación abarca todas las consecuencias dañosas que irroga el juego dentro del reglamento y también aquellas infracciones reglamentarias que son “normales” o “inevitables”, en vista de las características de la actividad de que se trate, compartiendo –en lo sustancial– la postura sentada en el fallo “Cotroneo” y la tesis de Orgaz, a las que se hizo expresa referencia.

En el caso “Gil, Exequiel O., y otro c/Sociedad de Fomento Deportivo y Cultural Siglo XX y otro. Daños y perjuicios”²⁷, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires se focalizó en los riesgos del deporte y sus límites, afirmando que en todo partido de fútbol los jugadores se exponen a los riesgos propios de esa práctica deportiva que muchas veces derivan en lesiones. Cuando tales lesiones provienen del riesgo normal que imponen las reglas del juego, ellas quedan cubiertas por la “licitud” del mismo. Agregó, además, que la irresponsabilidad en los accidentes deportivos resulta de la concurrencia de diversos elementos: la licitud del juego o deporte mismo; el consentimiento de la víctima para exponerse y someterse a los riesgos inherentes al deporte que practica; la ausencia de dolo, culpa u otra circunstancia que comporte la responsabilidad del autor del daño y, finalmente la observan-

equipos *amateurs* de primera división de “El Fortín”, de Olavarría, y “Defensores del Este”, de Pehuajó. Fernando Germán Telechea, jugador del primero, instantes antes de recibir la pelota proveniente del pase de un compañero, es golpeado mediante una “plancha” a la altura de su rodilla izquierda por Beltrio. El impacto le provocó una grave lesión que motivó dos intervenciones quirúrgicas en una de sus rodillas y dio lugar a una incapacidad parcial y permanente que truncó la carrera deportiva de la víctima (CCivCom Azul, Sala I, 31/3/05, LLBA, 2005-695).

²⁷ SCBA, 9/6/10, LLBA, 2010-1251. Fue un caso de lesiones de un menor de edad que, integrando como arquero el equipo de fútbol infantil categoría 82, de la entidad “Centro Cultural y Social Florentino Ameghino”, recibió un pelotazo en el ojo izquierdo que le produjo las lesiones que originaron el proceso judicial. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia, poco tiempo después, ratificó la postura de la mayoría (SCBA, 24/11/11, “Z., O. A. c/Club San Marco s/daños y perjuicios”, causa 95.241, www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is).

cia de las reglas, pragmáticas o cánones del juego o deporte de que se trate²⁸.

Finalmente, el tribunal reconoció que el ejercicio de toda actividad deportiva requiere de un esfuerzo físico y/o intelectual superior al habitual, a la par que implica un riesgo en el que se ven comprometidos sus contendientes, y adhirió a la postura que señala como causa justificante para excluir la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil a la autorización del Estado, pero excluyendo expresamente la asunción del riesgo como causa de exoneración, si no se demuestra una falta de la víctima²⁹.

Con especial referencia a “Cotroneo”, concluyó que la licitud deportiva abarca las consecuencias dañosas que irroga el juego dentro del reglamento, así como también aquellas infracciones reglamentarias que son normales o inevitables, en vista de las características de la actividad de que se trate, y por ello las lesiones deportivas sufridas por un jugador sólo dan lugar al deber de resarcir cuando media un accionar que viola el reglamento del juego y denota un obrar culposo por imprudencia o torpeza o, claro está, cuando existe un obrar intencional dirigido a provocar el daño.

4. *La autorización estatal en el fútbol*

Como ya se dijo, parte de la doctrina, encabezada por Orgaz ha sostenido que la autorización legal de la práctica de un deporte actúa como causa de justificación. En ese entendimiento, la intervención del Estado hace que las lesiones que resulten de practicar los deportes autorizados, cuando sean acciones propias del juego, no generen responsabilidad civil ni penal por el hecho ilícito. En tal caso, dichas acciones no serían propiamente inculpables, sino lícitas³⁰.

²⁸ Del voto de la doctora Kohan, con cita de Rezzónico, L. M., *Estudio de las obligaciones*, 9ª ed., Bs. As., Depalma, 1961, t. II, p. 1529.

²⁹ Del voto del doctor Soria, al que se adhirieron los doctores Genoud y Pettigiani.

³⁰ Orgaz, A., *La ilicitud (extracontractual)*, Lerner, Córdoba, 1973, p. 178.

La tesis se apoya en lo normado por el art. 2055 del Cód. Civil³¹, que tácitamente reconoce la licitud de los juegos deportivos, con posterioridad; luego, a partir de 1904, se agregó la ley 4345 de fomento de los juegos atléticos y del fútbol; desde 1969 se basó en la ley 18.247 de fomento y desarrollo del deporte, y finalmente en la ley nacional del deporte 20.655³², de 1974, todavía vigente, y en numerosas leyes nacionales y provinciales de fomento y promoción de los deportes³³, en virtud de que el deporte no es una materia expresamente delegada al Estado federal.

Según el profesor cordobés, el deportista dañador sólo respondería “por daños causados con violación a las reglas de juego con notoria imprudencia o torpeza (acciones excesivas o brutales): responsabilidad penal y responsabilidad civil por ‘exceso’ en el ejercicio del deporte (art. 35, Cód. Penal)”³⁴. Otra parte de la doctrina cuestiona esta postura, basándose en la distinta jerarquía de las normas administrativas que autorizan la práctica deportiva frente a las que sancionan penalmente o determinan la responsabilidad por daños³⁵.

³¹ El art. 2055 establece: “Prohíbese demandar en juicio deudas de juego, o de apuestas que no provengan de ejercicio de fuerza, destreza de armas, corridas, y de otros juegos o apuestas semejantes, con tal que no haya habido contravención a alguna ley o reglamento de policía”.

³² Para un estudio profundo de esta ley se recomienda ver Vittar Smith, E., *El derecho deportivo en la Argentina. Una visión esquemática*, “Revista Jurídica del Deporte”, n° 6, Aranzadi, Navarra, 2001.

³³ Un detalle de las numerosas leyes provinciales sobre la materia se puede consultar en Schmoisman, M. - Dolabjian, D. A., *La licitud de las prácticas deportivas y la responsabilidad civil*, RCS, 20120-V-24.

³⁴ Sobre la doctrina de Orgaz, Carlos M. Bosso ha realizado la siguiente clasificación: “a) daño causado en observancia de las reglas de juego: si no son corrientes, no son punibles ni resarcibles, pues hubo caso fortuito; b) daño causado en violación de regla de juego, pero violación natural y común (culpa deportiva): hay causa de justificación; c) daño causado con violación de regla de juego y notable imprudencia: responsabilidad penal (delito culposo) y responsabilidad civil (art. 1109 del Cód. Civil), y d) daño causado con violación de regla de juego e intención de dañar: responsabilidad penal (delito doloso) y responsabilidad civil (art. 1072, Cód. Civil)” (cfr. *La responsabilidad civil en el deporte y en el espectáculo deportivo*, Editorial Némesis, Bs. As., 1984, p. 72).

³⁵ Brebbia sostiene que no es concebible que una ordenanza municipal pueda determinar la justificación de una acción considerada punible por la

Además de la jurisprudencia ya citada, también se ha resuelto que la “licitud” del deporte llevado a cabo con autorización estatal abarca todas las consecuencias dañosas que irroga el juego dentro del reglamento y también aquellas infracciones reglamentarias que son “normales” o “inevitables”, en vista de las características de la actividad de que se trata³⁶, y que la autorización del Estado para practicar un deporte riesgoso constituye una causa de justificación suficiente para eximir de responsabilidad civil al club y a la asociación organizadora del evento, respecto del daño sufrido por un jugador como consecuencia de un accionar normal y habitual en el juego³⁷.

Nuevas doctrinas consideran que, en el estado actual de la doctrina de la responsabilidad, es materia sentada que la autorización otorgada por el Estado para desarrollar una determinada actividad no intercede en la concreción del deber de reparar el daño, el que se regiría por normas que le son propias y que determinan en cada caso si la actividad, en principio lícita, por estar autorizada, genera, por sus características, la obligación de resarcir el daño causado. Dicho estado doctrinal ha sentado la premisa de que la actividad lícita, aún autorizada, se transforma en ilícita cuando provoca un daño por violación del deber general de no dañar a otro, implícito en el art. 19 de la Const. nacional³⁸.

ley penal y da un ejemplo: “La autorización que diera un municipio..., para que se realizara un combate de gladiadores no tendría el efecto de hacer inaplicable al caso el Código Penal, ni impediría a los damnificados el ejercicio de las acciones civiles pertinentes” (cfr. *La responsabilidad en los accidentes deportivos*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1962, p. 22).

³⁶ C6ªCivCom Córdoba, 7/2/08, “Cáceres, Leonardo J. c/Instituto Atlético Central Córdoba. Ordinario. Daños y perjuicios. Otras formas de responsabilidad extracontractual. Recurso de apelación”, expte. 506.447/36, citado por Márquez, J. F. - Calderón, M. R., *Daños sufridos por el futbolista profesional*, “Revista de Derecho de Daños”, 2010-2-112).

³⁷ C8ªCivCom Córdoba, 1/3/01, “Z., G. F. c/Asociación Cordobesa de Fútbol y otros”, LLC, 2001-799, AR/JUR/1083/2001, citado por Márquez - Calderón, *Daños sufridos por el futbolista profesional*, “Revista de Derecho de Daños”, 2010-2-112. En el rugby se observa la misma jurisprudencia (CCivCom Morón, Sala II, 18/5/99, “P., J. L. c/Club Curupaytí”, LLBA, 200-1262).

³⁸ Cfr. Márquez - Calderón, *Daños sufridos por el futbolista profesional*, “Revista de Derecho de Daños”, 2010-2-113.

Pero quizá la crítica más importante que ha recibido la tesis de la “autoridad estatal” sea la que observa un error de principio en el positivismo legalista que la sustenta, dado que busca resolver la cuestión de las lesiones deportivas sólo mediante preceptos de la ley positiva, de los cuales se deduce que causar la muerte o lesiones en los deportes, dentro de ciertos límites es un acto permitido³⁹. Para ello se citan ejemplos de actividades autorizadas por el Estado, y por ende lícitas que no importan que quien las realice esté eximido de resarcir los perjuicios que resulten de ella⁴⁰.

5. *La asunción de los riesgos en el fútbol*

La denominada asunción de riesgos no surge del derecho positivo argentino; si a ello se le suma la variedad de criterios imperantes, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional⁴¹

³⁹ Cfr. Tale, C., *Accidentes deportivos: responsabilidad por daños causados por un deportista a otro*, “Revista de Derecho de Daños”, 2010-2-224.

⁴⁰ Entre ellas, la norma del art. 2618 del Cód. Civil, que establece el deber de indemnizar de aquellos establecimientos cuyas actividades causen perjuicios a sus vecinos aunque tales actividades hayan sido autorizadas por la Administración pública. Dice el mencionado artículo: “*Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas.*”

Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias.

En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso.

El juicio tramitará sumariamente”.

⁴¹ En la Argentina, Pizarro y Vallespinos sostienen que “la aceptación de riesgos es una figura artificiosa y carente de justificación dentro de un sistema legal como el nuestro que admite la liberación de supuesto responsable cuando se prueba el hecho de la víctima. Conocer un riesgo no importa su aceptación, ni mucho menos someterse a él mansamente, sin posibilidad de formular reclamo alguno de las futuras consecuencias dañosas” (*Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Hammurabi, Bs. As., 1999, t. 3, p. 116 y 117 y siguientes).

y extranjera⁴², se puede inferir que su delimitación conceptual parece de cumplimiento imposible. La aceptación de riesgos como factor que permite atribuir el daño a la propia víctima es una creación de la jurisprudencia francesa de mediados del siglo XIX⁴³ y se configura cuando una persona se expone en forma consciente y voluntaria a un peligro específico creado por otro⁴⁴.

⁴² En el derecho comparado se ha dicho que la asunción de riesgo constituye una figura nebulosa (Proenca, José, *A conducta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontractual*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 615), heterogénea [Cavanillas Mugica, Antonio, *La asunción del riesgo por la víctima*, en Reglero Campos, Fernando - Herrador Guardia, Mariana (coords.), "Ponencias sobre la responsabilidad civil y su prueba", Sepín, Úbeda, 2007, p. 62], dogmáticamente imprecisa (Medina Alcoz, María, *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 40) y con fronteras oscilantes (Solé Feliú, Josep, *Los perfiles borrosos de la asunción del riesgo en el derecho comparado*, en "Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez Picaso", t. II, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 3097 y siguientes). Y, como si ello fuera poco, por lo general tendemos a abusar de ella (Deliyannis, Jean, *La notion d'acte illicite. Consideré en sa qualité d'élément de la faute delictuelle*, LGDJ, Paris, 1952, p. 177), lo que la convierte, sin lugar a duda, en una noción indeterminada y cambiante (Piñeiro Salguero, José, *Responsabilidad civil. Práctica deportiva y asunción de riesgos*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009, p. 117). Cfr. Mayo - Prévôt, *La idea de la aceptación de riesgos en materia de responsabilidad civil*, LL, 2009-E-992 y 993).

⁴³ Según Mayo y Prévôt, ha sido elaborada fundamentalmente por la jurisprudencia francesa (Flour, Jacques, prefacio a la tesis doctoral de Jean Honorat, *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969, p. XV), más específicamente, a partir de una serie de pronunciamientos emitidos por tribunales inferiores a mediados de siglo XIX (Deschizeaux, Jean, *Influence du fait de la victime sur la responsabilité civile délictuelle*, Imprimerie Guirimand, Grenoble, 1934, p. 79 y siguientes). Cfr. *La idea de la aceptación de riesgos en materia de responsabilidad civil*, LL, 2009-E-992.

⁴⁴ Su aplicación se extiende a otros supuestos, entre los cuales se puede enumerar: 1) la exposición a riesgos que implica la participación en actividades del transporte que, dados los medios utilizados, son intrínsecamente peligrosas; 2) la exposición a los riesgos que conlleva la entrada en un fundo ajeno; 3) la exposición a los riesgos que implica la utilización de una cosa mueble e inanimada ajena; 4) la exposición a los riesgos derivados de la participación en actividades de recreo que, en virtud de los animales utilizados, re-

Si el daño se causa en la práctica de un deporte, con pleno cumplimiento de las reglas de juego, el lesionador no debe reparar a la víctima. El fundamento de esta teoría reside en la aceptación, por los participantes, de los riesgos propios de cada deporte⁴⁵. En nuestro país no existe acuerdo pacífico en doctrina sobre el concepto; algunos autores afirman que es una eximente autónoma, y otros se manifiestan por la posición contraria⁴⁶.

sultan intrínsecamente peligrosas; 5) la exposición a los riesgos que supone la utilización de una cosa propia, de fabricación y comercialización ajena, dentro de los cuales destacan los riesgos conectados al tabaquismo; 6) la exposición a los riesgos conseqüentarios a la participación en actividades feriales de recreo que, dados los artefactos utilizados, son intrínsecamente peligrosas; 7) la exposición a los riesgos derivados de la participación en espectáculos pirotécnicos; 8) la exposición a los riesgos que implica la participación en espectáculos taurinos, y 9) la exposición a los riesgos que conlleva la actividad pública frente a la actividad informativa periodística (Medina Alcoz, *La asunción del riesgo por parte de la víctima*, p. 93 y siguientes). Cfr. *La idea de la aceptación de riesgos en materia de responsabilidad civil*, LL, 2009-E-993.

⁴⁵ En la doctrina extranjera han aplicado esta teoría a los deportes Lalou (*Traité pratique de la responsabilité civile*, Librairie Dalloz, Paris, 1949), Savatier (*Traité de la responsabilité civile en droit français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1939), Visintini (*Tratado de la responsabilidad civil*, tr. Kemelmajer de Carlucci, Astrea, Bs. As., t. 2) y Esser (*Lesiones deportivas y derecho penal*. En especial, *la responsabilidad del futbolista desde una perspectiva alemana*, La Ley, Madrid, 1-6-90). Cfr. Tale, *Accidentes deportivos: responsabilidad por daños causados por un deportista a otro*, "Revista de Derecho de Daños", 2010-2-230.

⁴⁶ Acciarri, González Rodríguez y Tolosa realizan una completa síntesis del tema: "algunos autores sostienen que se trata de una eximente autónoma (Mazzinghi, J., *La víctima del daño y la aceptación de los riesgos*, ED, 76-876; *Responsabilidad objetiva: uso de la cosa contra la voluntad del dueño y la asunción del riesgo*, LL, 1995-E-205. Algunos argumentan que se trata de una eximente autónoma en el campo de la responsabilidad contractual, cuando el daño era previsible para la víctima (ver, al respecto, Agoglia, M. M. - Boragina, J. C. - Meza, J. A., *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Hammurabi, 2ª ed., Bs. As., 1993), mientras otros –que constituyen la mayoría– se inclinan por la posición contraria (Zavala de González, M., *Resarcimiento de daños*, t. 4, Hammurabi, 1999, p. 287; Pizarro, D., *Causalidad adecuada y factores extraños*, en Trigo Represas, F. A. - Stiglitz, R., "Derecho de daños. Primera parte", Bs. As., La Rocca, 1989, p. 269; Prévôt, J. M. - Mayo, J., *La idea de la aceptación de riesgos en materia de responsabilidad civil*, LL, 2009-E-992; Mosset

El Código Civil y Comercial de 2014 establece que la asunción voluntaria de riesgos por parte de la víctima será determinante, en los casos en que esta conducta implique una contribución causal al resultado dañoso⁴⁷, pero no obstante la ausencia de regulación positiva hasta el presente, la jurisprudencia ha aplicado esta construcción jurídica para liberar al deportista dañador del deber de reparar el daño ocasionado al dañador⁴⁸.

Iturraspe, J., *La aceptación de riesgos. Retroceso en la responsabilidad civil por actos ilícitos*, en “Estudios sobre responsabilidad por daños”, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1980, p. 115). Dentro de este último enfoque, algunos consideran que la asunción de riesgos constituye una eximente situada en la órbita de la causalidad: que se verifica cuando la conducta de la víctima, al asumir un riesgo, determina su contribución –total o parcial– a la causación del daño (Marchand, S. - Parellada, C. - Burgos, D., *La asunción del riesgo: ¿causa eximente o causal de justificación?*, LL, 2009-E-1065; Bustamante Alsina, J., *Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 141 y ss.; Pizarro, D., *Causalidad adecuada y factores extraños*, en Trigo Represas - Stiglitz, R., “Derecho de Daños. Primera parte”, p. 269; Prévôt - Mayo, *La idea de la aceptación de riesgos en materia de responsabilidad civil*, LL, 2009-E-992; Marcellino, *Algunas ideas sobre la teoría de la aceptación o asunción del riesgo*, LLC, 2010-123). Como ocurre de modo general a la hora de juzgar la influencia de la víctima en la causación de su daño, algunos autores exigen que su conducta (un hecho positivo u omisivo o un conjunto de hechos) sea además culpable, mientras que las posiciones más modernas sólo ponen atención en la influencia causal de su accionar, con independencia de su calificación en términos de culpabilidad”. Cfr. *Daños en el deporte. Su tratamiento en el marco de la teoría general de la responsabilidad civil y la eficacia de los instrumentos probatorios*, RCyS, 2013-II-4.

⁴⁷ El art. 1719 establece: “[ASUNCIÓN DE RIESGOS] – La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal”.

⁴⁸ En fútbol, SCBA, “Gil, Ezequiel O. c/Sociedad de Fomento Deportiva y Cultural Siglo XX y otro s/daños y perjuicios”, JUBA, sum. B2002222; *id.*, “Rodríguez, Carlos c/Moriset, Rosendo s/daños y perjuicios”, CCivCom Quilmes, Sala I, 15/12/08, JUBA, sum. B2904190. En automovilismo, SCBA, “Angelakis, Nicolás G. c/Tamagno, Sergio C. s/daños y perjuicios”, JUBA, sum. B2550490; RCS, 2005-V-37, con nota de Pablo Barbieri, y LLBA, 2005-83. En ciclismo, Fernández, Julia I., y otros c/Agrupación Ciclista Azuleña y otros s/daños y perjuicios”, CCivCom Azul, Sala II, 27/2/09, LLBA, 2009-305, y LLonline,

En la práctica, en la mayoría de los casos no se celebra un acuerdo de irresponsabilidad, pero –como la asunción de riesgos puede ser unilateral– lo que generalmente ocurre es que, sin declaración al respecto, se produce una aceptación tácita del riesgo derivado de la actividad deportiva y de las acciones de cada jugador⁴⁹. De todos modos, cuando los daños son sufridos en la propia persona o en su integridad física, la aceptación de los riesgos no tiene aptitud para hacer desaparecer la ilicitud de la acción del dañador, por cuanto las personas carecen de poder de disposición sobre tales bienes, que están fuera del comercio y sin interés público⁵⁰.

AR/JUR/479/2009. En carreras de caballo, “D. Y. B. c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios”; C2ºCivCom La Plata, Sala III, 18/9/08, JUBA, sum. B355008. En hockey, SCBA, “G. J. M. c/Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios”, CCivCom MdelPlata, Sala II, 8/8/09, LLBA, 2010-504, con nota de M. Estela Fernández Puente, *LLonline*, AR/JUR/72054/2009. Según Prévôt, en el rugby la asunción de riesgos es irrelevante, porque los riesgos propios de la actividad quedan absorbidos por la licitud de ella, y no por el consentimiento de la víctima, pero aclara que las lesiones sufridas pasan a ser ilícitas cuando la conducta del agente dañador merece el calificativo de dolosa o culposa grave, como en los casos de culpa con representación o previsión, y la culpa consciente, en el sentido de que se ha producido una superación de los límites normales de las reglas de la actividad para ocasionar un daño fuera del contexto normal siempre que no hubiera sido fruto de la predisposición de la víctima o del hecho fortuito (cfr. *Daños ocasionados en la práctica de rugby*, “Revista de Derecho de Daños”, 2010-2-104).

⁴⁹ Cfr. Tal, *Accidentes deportivos: responsabilidad por daños causados por un deportista a otro*, “Revista de Derecho de Daños”, 2010-2-231, quien agrega que no abarca los riesgos que se puedan derivar de las condiciones del estadio o lugar en que aquélla se realiza, ni de la concentración de público, es decir, no alcanza a eximir al organizador de la competencia deportiva. Mosset Iturraspe, con referencia a las cláusulas de irresponsabilidad tácitas, afirma que, “además de lo ficticio y forzado del recurso, es sabido que los pactos o cláusulas de irresponsabilidad son, como regla incompatibles con la responsabilidad por actos ilícitos” (*La aceptación de los riesgos*, en “Estudios sobre la responsabilidad por daños”, t. I, p. 119). Mayo agrega que, “amén de señalar que en la gran mayoría de los casos el autor del daño es un tercero totalmente ajeno a la víctima, por lo que no se ve cómo podría haberse generado entre ellos una conveniencia previa de tal tipo” (*La denominada aceptación de los riesgos en un fallo de la sala penal del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, LLC*, 2005-1).

⁵⁰ Entre otros, Trigo Represas - López Mesa, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, p. 810.

Para algunos autores la aceptación de riesgos, como factor que permite atribuir el daño a la propia víctima, sólo se configura cuando una persona asume un riesgo anormal o extraordinario y esta conducta es idónea para dañarla⁵¹. Y en el fútbol los deportistas no se exponen a un riesgo anormal o extraordinario, por lo que la responsabilidad de los protagonistas del juego debería valorarse por la actuación que le cupo personalmente a cada jugador en el evento dañoso⁵².

6. El caso “Pizzo c/Camoranesi”. Los hechos

El día 14 de agosto de 1994, en oportunidad en que se desarrollaba un partido de fútbol entre los primeros equipos del club Alvarado y de Aldosivi, ambos de la ciudad de Mar del Plata, cuando promediaban los cuarenta minutos del primer tiempo, Roberto Javier Pizzo recibió la pelota sobre la franja izquierda del sector medio de su propio campo⁵³, bajándola y punteándola. En dichas circunstancias, por su lateral derecho apareció el jugador Camoranesi, quien con su pierna izquierda en forma de “plancha” golpeó, con la planta del botín, sobre la cara interna de la rodilla izquierda de Pizzo.

A raíz de tal hecho, el actor sufrió lesiones en el ligamento cruzado anterior, en el ligamento cruzado posterior, en el ligamento lateral externo, en los meniscos interno y externo, en la cápsula de la rodilla, en el tendón del bíceps, en el nervio, sufrió varios hematomas y desgarros, estando a punto de

⁵¹ Cfr. Zavala de González, M., *Resarcimiento de daños*, t. 4, Hammurabi, Bs. As., 1999, p. 287.

⁵² Cfr. Orgaz, A., *La culpa*, p. 242.

⁵³ Debe agregarse que el sector del campo donde se produjo el hecho descartaba el riesgo para la valla del conjunto que integraba Camoranesi, que el modo en cómo abordó a Pizzo –de costado– imposibilitaba interpretarlo como un involuntario reflejo defensivo de su parte, y la posición de la pelota al momento del contacto –superando la ubicación del agresor– eliminaba la intención de su disputa. Según el voto del doctor Rosales Cuello, “ese conjunto de contingencias demuestra lo innecesario y excesivo del comportamiento desplegado”. A ello debe agregarse que el partido estaba 2 a 0 en favor del equipo del lesionador Camoranesi (Aldosivi).

ser seccionada la arteria femoral. Ante tal situación, el árbitro del encuentro suspendió de inmediato el juego, convocando a los auxiliares médicos y expulsando a Camoranesi.

El 17 de agosto de 1994 se le realizó a Pizzo la primera intervención quirúrgica, con un período de rehabilitación lento y doloroso, debiendo permanecer con yeso y en total reposo durante un mes, para luego desplazarse con muletas, sometiéndose a partir del 27 de septiembre del mismo año a sesiones de fisioterapia. El día 9 de marzo del 1995 fue operado nuevamente, dada la complejidad del daño, con nuevo período posterior de rehabilitación.

7. *Argumentos de la parte actora*

El jugador lesionado afirmó que el demandado Camoranesi no tuvo intención de jugar la pelota, sino que movió su pie en forma elevada, apuntando directamente a la pierna del accionante, en una actitud que califica como dolosa, a sabiendas de que el balón se encontraba en otro sector. Que la “plancha” ejecutada por el demandado, además de ser anti-reglamentaria, es considerada de alto riesgo y sus consecuencias son plenamente conocidas para quienes practican fútbol, más aún para aquellos, como el accionado, que lo hacían en forma profesional.

Respecto de los antecedentes del ofensor remarcó que, a raíz de su acción y expulsión, le fueron aplicadas seis fechas de suspensión por parte de la Liga Marplatense de Fútbol, remarcando el contraste, en materia de comportamiento deportivo con el lesionado Pizzo, quien era un destacado jugador, que había recibido numerosas distinciones por su caballerosidad deportiva y que nunca había sido expulsado de una cancha⁵⁴. Camoranesi, en cambio, representaba lo opuesto a Pizzo,

⁵⁴ Esto no era un dato menor si se considera que Pizzo jugaba de defensor por la izquierda (de número 3) y que era destacado por la afición de Alvarado por su juego fuerte pero leal. Era frecuente escuchar en la tribuna de Alvarado, por esos días, un cántico que resumía dicha actitud ante el juego: “¡¡¡Pizzo, Pizzo, Pizzo,... huevo, huevo, huevo...!!!”.

toda vez que en su primera temporada local, en 1994, transcurridas trece fechas del torneo oficial había sido expulsado en cuatro oportunidades, a lo que se suman expulsiones posteriores en partidos del Torneo del Interior.

En síntesis, sostuvo que la obligación de Camoranesi de indemnizar se configuró por los siguientes extremos: *a)* por haber violado los reglamentos del juego; *b)* por ser expulsado de la cancha, y luego severamente sancionado, y *c)* por lesionar a Pizzo, en forma intencional, produciéndole un gravísimo daño. Distribuyó su pretensión indemnizatoria en los siguientes rubros y montos: *1)* daño emergente, por el que reclamó \$ 6.000; *2)* lucro cesante, por \$ 194.400; *3)* daño moral, por \$ 100.000; *4)* pérdida de chance, por \$ 543.600 y *5)* daño estético, por \$ 40.000.

8. *Argumentos de la parte demandada*

Camoranesi afirmó que la realidad de los hechos fue muy distinta a la relatada en el escrito de demanda, ya que si bien resulta cierto que a raíz del encuentro de fútbol desarrollado el 14 de agosto de 1994, entre los clubes Alvarado y Aldosivi, Pizzo debió abandonar el campo de juego, ello se debió a un choque de piernas producto de la disputa del balón, propia del juego desarrollado. Que la imprudencia y la falta de diligencia, al tratarse de la práctica de un deporte, deben valorarse teniendo en cuenta la tipicidad del juego o deporte, y no con relación a las normas de prudencia que rigen para el buen padre de familia.

Agregó que la falta de voluntad de dañar en un choque o roce de los tantos que se producen en un campo de juego había quedado evidenciada por la carencia de instrucción de causa penal, a lo que debía sumarse que la prensa local había atribuido el hecho a un infortunio propio del juego. Consideró, además, que no debe obviarse que el riesgo o peligrosidad de ciertas manifestaciones deportivas es conocida para quien participa de ellas, y que, al tratarse de circunstancias específicas y relativas al deporte, debía el accionante demostrar la culpa en el accionar del demandado.

Desconoció y negó la producción de los daños invocados en la demanda, por ser la lesión denunciada por su contraparte común en futbolistas profesionales, y porque luego de una lesión de ese tipo se puede volver a desarrollar normalmente la actividad deportiva. Que ese fue el caso, dado que Pizzo volvió a integrar, con posterioridad, el plantel de Alvarado.

9. *Argumentos del club Aldosivi*

Pizzo no demandó al club Aldosivi pero Camoranesi pidió la citación del club en calidad de tercero, con fundamento en que el hecho tuvo lugar cuando él se hallaba bajo relación de dependencia de dicha entidad.

El representante del club reconoció, por resultar un hecho público y notorio, la celebración del encuentro de fútbol entre los clubes y en el día indicados en la demanda; que el jugador de la institución Aldosivi golpeó mediante la utilización de la denominada “plancha” al accionante, quien era jugador del club Alvarado, obligando a éste a abandonar el campo de juego. Afirmó que Camoranesi nunca revistió la calidad de dependiente jurídico respecto de la institución, toda vez que era jugador *amateur*, porque no había existido contrato de ninguna especie entre ambos, percibiendo solamente un viático por su movilidad, como ocurre con el resto de los clubes que militan en el fútbol local.

Considera que en el caso no se dio la figura de la subordinación, toda vez que durante el desarrollo del juego el club no controla la conducta del futbolista dentro del campo de juego, limitándose a dirigirlo tácticamente, sin impartir instrucciones en el sentido de dañar al jugador contrario o violar el reglamento.

Describió como grosera y descalificadora a la falta cometida por Camoranesi, que la conducta manifiestamente violatoria de sus deberes llevó a romper cualquier lazo de causalidad respecto del Club Aldosivi, y que dichas conductas, frente a su reiteración con posterioridad a la lesión de Pizzo, determinaron la desvinculación de la relación mantenida.

10. *La sentencia de la primera instancia*

Respecto de los hechos, el magistrado de primera instancia entendió que Pizzo bajó el balón, el que por efecto de un rebote en su pierna izquierda se adelantó, y ello lo llevó a intentar efectuar un enganche hacia el centro del campo. Que en tales circunstancias Camoranesi arribó al lugar, desde la derecha de Pizzo, y con el botín de su pierna izquierda, en forma de “plancha”, impactó directamente sobre la zona de la rodilla de la pierna izquierda del actor. Que en el momento del encuentro de los futbolistas la pelota se encontraba casi a ras del piso y que antes de tal encuentro el accionado levantó su pierna, peligrosamente en “plancha”, de forma tal que razonablemente, y de acuerdo con la dirección por él dada, no podría tener otro efecto que no fuera impactar directamente sobre la pierna de su rival.

Con relación a la participación de actor y demandado, si bien consideró que en el caso no existen elementos suficientes para calificar el accionar de Camoranesi como intencional, no obstante, a su criterio, la acción denotó una “notoria imprudencia o torpeza, un exceso en la práctica del deporte, un accionar anormal y evitable, que determinó su responsabilidad por las consecuencias causadas por tal obrar disvalioso (arts. 512, 1109, Cód. Civil). Y al arribar a tal conclusión no he obviado la ponderación de las características propias del deporte en cuestión, ni el énfasis o enjundia que pudieren determinar la conducta de los futbolistas en su accionar, ni tampoco la rivalidad deportiva que existía entre ambas instituciones del fútbol local en la época del hecho. No obstante ello, a mi criterio, tales extremos no justifican superar la barrera de lo tolerable en la conducta de los deportistas dentro de un campo de juego; debiendo primar, más que otro tipo de interés, la defensa de la protección de la integridad física de tales deportistas, cuya desprotección conduciría al deterioro y/o destrucción de la actividad deportiva misma”.

Resumió el magistrado su postura afirmando que “en el caso se ha justificado en el accionar del demandado señor Camoranesi, una conducta calificable como imprudente y ex-

cesiva, contraria a la regla general de respeto a la integridad física de un par, que se ha tornado disvaliosa, generadora de daños, lo que determina en la atribución de su responsabilidad en el evento (arts. 375, 384, CPBA)”.

En relación con la responsabilidad del club Aldosivi, el juez resolvió que, habiéndose justificado que el demandado señor Camoranesi se encontraba bajo la dependencia o subordinación jurídica o técnica del club, y habiendo “provocado daños en la persona de su par, el señor Pizzo, correspondía concluir en la responsabilidad del tercero citado, debiéndosele extender al mismo los efectos del pronunciamiento (art. 43, 1^{er} párr., art. 1113, Cód. Civil; arts. 375, 384, CPBA).

Tal responsabilidad encuentra su fundamento en el primer párrafo del art. 1113 del Cód. Civil, dado que la dependencia que contempla dicha norma no requiere necesariamente un vínculo contractual entre el principal y el subordinado, ni que las tareas sean permanentes y remuneradas. Lo decisivo, en el punto, es la existencia del derecho a dar órdenes o instrucciones acerca de cómo deben cumplirse las funciones, el que suele traducirse en la facultad de dirigir, vigilar e intervenir, así como que tales funciones satisfagan un interés de quien da esas órdenes e instrucciones”⁵⁵.

Incluso, adoptando una concepción más amplia, se ha considerado la extensión de la responsabilidad aun cuando no se configure una estricta subordinación, sino simplemente una conexión funcional o una integración dinámica de actividades, en tanto el principal tenga alguna injerencia en el desenvolvimiento del dependiente o poder de supervisión sobre los medios y métodos empleados. Al respecto no importa la permanencia o no de la prestación de los servicios, como tampoco la ausencia de onerosidad⁵⁶.

Participando de un concepto de “dependencia” amplio, no debe obviarse que, tras la anterior reforma del Cód. Civil

⁵⁵ Cfr. CCivCom Azul, Sala I, 31/3/05, “Telechea, Fernando G. c/Beldrio, Carlos D., y otro”, *LL*, 2005-695.

⁵⁶ Cfr. CNCiv, Sala F, 9/2/98, “Grynczyk, Elsa E. c/Duarte, Cayetano O., y otros”, *JA*, 1999-II-418.

a su art. 43, al referirse a la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, los administradores, los órganos y los dependientes de ésta comprometen la responsabilidad de esa persona ideal por los daños acaecidos en ocasión de la incumbencia⁵⁷.

En el caso, agregó el magistrado, ha quedado reconocido que el demandado Camoranesi se encontraba formando parte del encuentro deportivo como jugador del primer equipo del tercero citado, vistiendo sus colores y defendiendo su interés deportivo. Habiendo sido elegido para integrar el equipo oficial del club, éste tenía la obligación de vigilar o controlar su desempeño, con autoridad suficiente para decidir su participación efectiva en el juego o su reemplazo por otro jugador; lo que permitiría encuadrar la cuestión, más allá de la dependencia y/o subordinación, dentro de la órbita de la culpa *in eligendo e in vigilando*.

Por otro lado, no importaba –según el criterio del juez– que se estuviera frente a un jugador profesional o *amateur*, toda vez que, no obstante ello, el deportista *amateur* se encuentra sometido a las directivas del club al que representa en el encuentro deportivo, poniendo su esfuerzo y empeño en tal defensa, lo que implica una subordinación desde el punto de vista jurídico y técnico.

11. *Los agravios del codemandado Camoranesi*

El futbolista demandado formuló, como primera objeción al fallo, que se lo haya condenado por un daño causado en el marco de un evento deportivo, sin intención y en la propia disputa del balón. Señalando que las acciones excesivas e imprudentes dentro del juego están sancionadas como infracción, pero no implican ilicitud jurídica, y que quien se expone a un juego de contacto asume un riesgo natural a su integridad física.

⁵⁷ Borda, G., *Responsabilidad de los que dirijan o administran una persona jurídica*, ED, 174-644 y siguientes.

Imputó al juez de primera instancia un desconocimiento total del fútbol, esgrimiendo que lo que aconteció fue una desafortunada disputa del balón y que no puede condenarse por jugadas riesgosas sin intención de dañar, so pena de atentar contra la esencia misma del deporte y reprochar la fuerza, la velocidad y la vehemencia en la disputa. Por último, criticó al fallo por una cierta contradicción al describir, por un lado, el vigor del deporte, y por otro, tildar de imprudente la conducta de Camoranesi en el infortunio.

En resumen, el argumento principal de la apelación ha sido que las acciones excesivas e imprudentes dentro del juego no deben ser calificadas como una ilicitud jurídica dado que los jugadores de fútbol, al exponerse a un juego de contacto, asumen el riesgo de ver dañada su integridad física.

12. *La sentencia de la segunda instancia*

a) *El voto del doctor Méndez.* El juez encargado de votar en primer lugar decidió que “el consentimiento dado por la víctima o mejor dicho la aceptación de los riesgos propios del fútbol, la autorización estatal para su ejercicio, las conductas que hoy en día se aprecian como frecuentes o habituales en las contiendas futbolísticas y las contingencias propias ocurridas en torno al caso inspeccionado, convergen en la revocación de la sentencia primigenia”, recomendando rechazar la demanda incoada por Pizzo contra Camoranesi, con costas al vencido.

Los fundamentos principales para el rechazo de la demanda se sustentaron en la asunción del riesgo de practicar un deporte que el Estado argentino autoriza y en calificar la acción deportiva que causó la lesión como “frecuente o habitual en las contiendas futbolísticas”

Según el magistrado, “no se comprobó que la lesión sufrida por el actor durante el partido obedeciera a un accionar del demandado que pueda calificársele de excesivo, brutal o imprudente, sino más bien de ‘común’ por la velocidad o el

ímpetu propios del fútbol, encontrándose enmarcada dentro de los riesgos que asumen quienes practican tan arrasador deporte, según se observa a diario en los medios periodísticos y televisivos... Si el deporte se encuentra autorizado por el Estado, su ejercicio es lícito y si las lesiones inferidas son el resultado del riesgo que éste representa, el consentimiento para la práctica del juego lleva implícita su conformidad para afrontar las consecuencias dañosas”.

b) *El voto del doctor Rosales Cuello*. El magistrado que votó en segundo lugar, en cambio, concluyó en la responsabilidad de Camoranesi por grosero apartamiento de las reglas del deporte. Para ello, en lo sustancial, siguió la línea del caso “Cotroneo”⁵⁸ y de la doctrina prevaleciente⁵⁹, distinguiendo la existencia de dos tipos de ilicitudes: las comunes y las extraordinarias. Para las primeras se reservó la irresponsabilidad, salvo que la intención indicara lo contrario y, para las segundas, un criterio objetivo de ilicitud sin posibilidad de justificación, denominada por Bueres como “la ilicitud objetiva de las jugadas excesivas”⁶⁰.

En el fútbol, continúa su voto Rosales Cuello, “es común que los rivales se golpeen, que se cometan faltas, que un defensor enganche desde atrás al delantero que se escapa con la pelota hacia el arco contrario. También es frecuente que los jugadores que saltan a cabecear choquen entre sí involuntariamente, o por un exceso de vehemencia. Esos daños ocasio-

⁵⁸ Allí el doctor Bueres sostuvo que, “cuando tales infracciones no pasan de lo normal, ellas quedan cubiertas por la ‘licitud’ dimanante de la aquiescencia estatal ... en virtud de ello, el deber de responder por las lesiones deportivas tiene origen en los siguientes casos: a) cuando existe una acción ‘excesiva’ que viola grosera y abiertamente el reglamento del juego, y b) cuando existe intención de provocar el resultado dañoso, sea durante el desarrollo del juego o bien cuando éste se encuentre detenido” (CNCiv, Sala D, 17/12/82, “Cotroneo, Ricardo D. c/Club Atlético Banfield y otros”, LL, 1983-D-387).

⁵⁹ Ver Mosset Iturraspe, J., *El daño deportivo: responsabilidad de su autor y de la institución*, LL, 1983-D-384 y ss.; López Mesa - Trigo Represas, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, p. 803.

⁶⁰ Ver el punto II de su voto en el fallo “Cotroneo”.

nados por el riesgo normal de un deporte determinado, difícilmente puedan ser imputados a título de culpa”⁶¹.

Luego realiza una necesaria distinción entre lo “normal” y lo “frecuente”. “El desafío entonces está en sentar en concreto esa pauta de normalidad, proceso que no deberá disociarse de las circunstancias que singularizan al suceso, si lo que se quiere es concluirlo con éxito. Esa normalidad no estará relacionada con la frecuencia con que estas lesiones se reproducen en el juego, sino con la ‘previsibilidad de la maniobra que las produce’. Es claro que en el caso en análisis por las circunstancias del juego y de la acción en particular, Pizzo no podía siquiera imaginarse que un adversario fuera directamente a golpearlo en su rodilla con la suela del botín mediante una plancha con pierna cambiada y con todo el peso de su cuerpo”.

Quizá por ello el juez admite cierta perplejidad ante el hecho al reconocer que “al cabo de apreciar en reiteradas oportunidades las imágenes contenidas en el video del partido durante el cual se produjera el suceso cuyas consecuencias se demandan... no he logrado desterrar la impresión inicial de innecesaria y brutal agresión que me dejara el comportamiento protagonizado por el demandado. Es que observados con detenimiento los movimientos descriptos por ambos jugadores en la secuencia que culminara con la lesión, se avizora claramente que el actor concentrado en alcanzar la pelota, esfuerza su pierna izquierda en apertura y extensión, tomando contacto con ella y alejándola.

Por el contrario, el demandado se desentiende por completo del recorrido del balón yendo directamente a la intercepción de la humanidad de su contrincante, quien como producto de la acción antes descripta, se encontraba con la pierna izquierda en abducción y extendida, próximo apoyar el talón de ese pie sobre el campo, dejándola en un vulnerable ángulo agudo. Lejos de adoptar una postura que minimice los efectos del contacto en esas condiciones de inferioridad de su oponente, éste aumenta el poder ofensivo de su

⁶¹ Cfr. Mazzinghi (h.), J. A., *Los daños en el deporte. Una sentencia severa pero justa*, LL, 1996-C-702.

accionar elevándose, levantando innecesariamente su pierna izquierda en forma de plancha, concentrando en el pie de ese lado todo el peso de su cuerpo potenciado por la velocidad desarrollada, tomando contacto con la zona media del miembro inferior del lesionado, parándose literalmente sobre la rodilla que se encontraba suspendida entre dos puntos de apoyo distantes: el suelo y la cadera”.

No se aprecia, por parte de Camoranesi, intención de mitigar los efectos de su violencia física y esa actitud configura un agravante, a los ojos del magistrado: “Direccionar su accionar hacia la disputa de la pelota, efectuar alguna maniobra evasiva, disminuir su velocidad, omitir levantar el pie a esa altura o simplemente flexionar la rodilla al sentir la presencia del otro jugador bajo su botín, se inscriben entre las medidas omitidas y que hubieren posibilitado evitar o disminuir los riesgos y descartar toda indiferencia hacia su producción (art. 512, Cód. Civil –aplic. analógica–)”.

Describe el magistrado, también con gran precisión y detalle, las circunstancias del partido, que no hacían presagiar una reacción tan desmedida por parte de cualquiera de los futbolistas en cancha. “Las demás circunstancias que se dan cita en el evento, lejos de mejorar su situación, contribuyen a confirmar esa convicción. El sector del campo donde se produce el hecho –mitad defensiva del equipo del lesionado– descarta el riesgo para la valla del conjunto que integraba Camoranesi, el modo en cómo aborda a Pizzo –de costado– imposibilita interpretarlo como un involuntario reflejo defensivo de su parte, y la posición de la pelota al momento del contacto –superando la ubicación del agresor– elimina la intención de su disputa. Ese conjunto de contingencias demuestra lo innecesario y excesivo del comportamiento desplegado.

Se suma a ello la inoportunidad temporal –Camoranesi llega a Pizzo a destiempo–, anatómica –lo golpea a la altura de la rodilla–, estratégica –lo derriba en la mitad de campo del lesionado ganando por dos goles– y posesional –la pelota había superado al agredido y agresor sin elevarse–, lo cual imposibilita entenderlo como parte del juego, tornando difícil calificarlo incluso como infracción deportiva, erigiéndose en

la más cabal muestra de aquello en lo que no se debe convertir el deporte.

Finalmente, la calidad de hecho notorio que adquiriera la condición de diestro del sancionado, mediante la difusión masiva de los encuentros que el seleccionado de Italia disputara en este Mundial, termina de cerrar el cuadro de circunstancias que vuelven civilmente reprochable su actitud, puesto que la experiencia demuestra que quien pretende disputar una pelota dividida no enfrenta al contrario con su pierna inhábil –izquierda–, tal como éste lo hizo”.

c) *El voto del doctor Loustanau.* Según el magistrado, “el deber de responder por daños derivados de lesiones deportivas resulta procedente cuando: a) el daño se ha producido por una acción ‘excesiva’ que viola grosera y abiertamente el reglamento del juego; b) en la acción se evidencia la intención de provocar el resultado dañoso, sea durante el desarrollo del juego o bien cuando éste se encuentre detenido”.

Si bien dudó sobre la deliberada intención de causar daño por parte de Camoranesi, no encontró motivo para dudar respecto de que –al menos– la conducta del demandado encuadró en el concepto de “acción excesiva”, que viola grosera y abiertamente el reglamento del juego, agregando: “He visto detenidamente, paso por paso y a la velocidad normal la jugada, en no menos de veinticinco oportunidades, y continuó dudando si Camoranesi fue a disputar la pelota o buscó deliberadamente lastimar a su rival. En la duda debo estar a favor de que no ha habido dolo en los términos del art. 1072 del Cód. Civil... No tengo dudas en cambio, y comparto la convicción del señor juez que me precedió, respecto a que aun siendo culposa, la acción del demandado fue manifiestamente desleal, excesiva y groseramente violatoria del reglamento de juego”. Coincidiendo con la detallada descripción y calificación del hecho realizada por el doctor Rosales Cuello, se adhirió a su voto, responsabilizando a Camoranesi.

13. *La responsabilidad del club del lesionado*

Respecto de la responsabilidad del club Aldosivi, los agravios se centraron en sostener que Camoranesi no era emplea-

do ni dependiente del club, puesto que se trataba de un jugador *amateur* que ejercía su derecho constitucional de asociarse o disociarse cuando lo decidiera, que podía no responder a una citación del club sin que ello le significara una sanción alguna. Agregan, además, que el carácter doloso, o por lo menos gravemente culposo, de la acción desplegada por el lesionado no implicaba ni suponía una orden o instrucción de Aldosivi, una entidad social dedicada a la práctica lícita o reglamentaria de la actividad deportiva.

Respecto de lo afirmado en cuanto a que el jugador podía “disociarse” o no responder a una citación del club, sin que ello le generara una sanción, el juez Rosales Cuello entendió que lo cierto es que al momento de disputarse el partido, Camoranesi se encontraba integrando el equipo de Aldosivi y que su participación “redundaba en beneficio del cometido de la asociación y, eventualmente, de su prestigio como entidad”.

Que la relación que se entabla entre el jugador y el club entraña “no sólo cierta subordinación jurídica, puesto que el primero podrá representar al segundo exclusivamente en los encuentros que éste programe, sino también técnica, dado que integrará el plantel superior conforme lo decida su director técnico, y en su caso, recibirá por su intermedio instrucciones referentes a la manera de cumplir las funciones que se le han confiado”⁶². Si el deportista no acatará las indicaciones podría ser reemplazado durante el partido e incluso en la fecha siguiente, o en otra, no formar parte del equipo, tal como ocurre en los equipos profesionales. “Ello supone –según el juez– una autorización del principal otorgada al dependiente, revelando la posibilidad selectiva y el poder virtual de mando propios de la llamada dependencia transitoria o eventual”⁶³.

De este modo, “la responsabilidad del principal por injerencia en el modo de desempeño del dependiente no resulta

⁶² Acuña Anzorena, A., *La responsabilidad del comitente por el hecho de los encargados*, en “Estudios sobre la responsabilidad civil”, citado por Trigo Represas, *La dependencia en los ámbitos contractual y extracontractual*, “Revista de Derecho de Daños”, 2007-3-45.

⁶³ CNCiv, Sala D, 29/8/83, “Irreal c/Denaro”, LL, 1984-B-75, del voto en disidencia del doctor Bueres.

destruida sólo porque el hecho sobreviniera en el curso del cumplimiento defectuoso de la orden impartida, ya que la responsabilidad indirecta supone generalmente el desempeño incorrecto de las tareas encomendadas. En efecto, realizado el acto en función directa e inmediata con la comisión o encargo, ya que de lo contrario no se habría podido ejecutar, se proyecta la imagen de haber ocurrido dentro del marco aparente de las funciones encomendadas, no operando esa fractura el mero abuso o la desobediencia, dado lo previsible o posible de la desviación”⁶⁴.

Concluyó Rosales Cuello que “ese mínimo de reconocibilidad exterior que el accionar exhibe respecto del objeto y límites aparentes de las tareas comisionadas, es lo que signa definitivamente la responsabilidad del comitente (art. 1113, párr. 1º, parte 1ª, Cód. Civil). De lo contrario, por la misma acción de su dependiente podría o no responder según el dependiente se hubiere apartado o no de las instrucciones precisas impartidas. Sin perjuicio de ello, “tales circunstancias podrán servir para fundar la acción de regreso que el principal promueva contra su dependiente, mas no para exonerar de responsabilidad a aquel que obtiene provecho del accionar del agente lesivo, brindándole la oportunidad para que éste ocasione daños a quien confiara en la representación esgrimida (art. 1123, Cód. Civil)”.

14. *A modo de conclusión*

La Cámara Nacional Civil, Sala D, en la causa “Cotroneo”, ha marcado, en 1982, una orientación doctrinal en materia de lesiones entre futbolistas que se ha mantenido a lo largo de los años en cada uno de los fallos más trascendentes y que se vuelve a confirmar en el caso aquí comentado. El fundamento central se resume en la siguiente frase: “Cuando las infracciones no pasan de lo normal, ellas quedan cubiertas por la ‘licitud’ dimanante de la aquiescencia estatal... en

⁶⁴ SCBA, 20/11/96, “Santillán c/Banco Local Cooperativo Ltda.”, LLBA, 1997-12; id., 16/2/00, “C., M. R. c/Benítez”, LLBA, 2001-15, y DJBA, 158-95.

virtud de ello el deber de responder por las lesiones deportivas tiene origen en los siguientes casos: *a)* cuando existe una acción ‘excesiva’ que viola grosera y abiertamente el reglamento del juego; *b)* cuando existe intención de provocar el resultado dañoso, sea durante el desarrollo del juego o bien cuando este se encuentre detenido”⁶⁵.

Tales fundamentos fueron seguidos por la Sala A de la Cámara Nacional Civil, al dictar sentencia el 6 de abril de 1995 en la causa “Berman, Gerardo c/Goldin, Jorge N.”; fueron compartidos por la Cámara Civil y Comercial de Azul, Sala I, al pronunciarse con fecha 31/3/05 en autos “Telechea, Fernando G. c/Beldrio, Carlos D., y otros”; también han servido de sustento en fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, “Gil, Exequiel Osvaldo y otro contra Sociedad de Fomento Deportivo y Cultural Siglo XX y otro. Daños y perjuicios”⁶⁶ y, por último, replicados en “Pizzo c/Camoranesi”.

De los cinco antecedentes jurisprudenciales citados surge que, en más de la mitad de ellos (“Berman”, “Telechea” y “Pizzo”), las graves lesiones sufridas por las víctimas fueron producidas por una “plancha” que llegó a destino. Por el modo en que la reglamentación específica de la actividad sanciona dicha conducta (con las suspensiones más prolongadas) se infiere que debido a la alta peligrosidad de la acción se trata de hacer desistir a los protagonistas del juego de acudir a dicho

⁶⁵ CNCiv, Sala D, 17/12/82, LL, 1983-D-385, del voto del doctor Bueres.

⁶⁶ Ha sorprendido, quizás, el voto en minoría del juez Méndez en el fallo “Pizzo c/Camoranesi”, al proponer rechazar la demanda por considerar que la acción en que el demandado lesionó a Pizzo fue de las “frecuentes o habituales en las contiendas futbolísticas”. Según el magistrado, “no se comprobó que la lesión sufrida por el actor durante el partido obedeciera a un accionar del demandado que pueda calificárselo de excesivo, brutal o imprudente, sino más bien de ‘común’ por la velocidad o el ímpetu propios del fútbol”. Llama la atención que el magistrado no considere como “excesiva, brutal o imprudente” la maniobra de ir a disputar la pelota ante un adversario con la suela del botín con gran violencia y sin posibilidad material de disputar su posesión, cuando es sabido por todos que las lesiones graves originadas en esta actividad tienen en la mayoría de los casos como causa de las lesiones una acción en particular: la “plancha”.

recurso⁶⁷. Si se sancionara con la pena de expulsión a los futbolistas que recurran a dicha acción⁶⁸, quizás la “plancha” dejaría de ser frecuente en la práctica del fútbol, pero de todos modos ello no debería ser dirimente en la determinación del deber de resarcir a la víctima⁶⁹.

Analizadas, tanto la teoría de la “autorización estatal” esgrimida en la sentencia, como la tesis de la “asunción o aceptación de un riesgo”, utilizada por la defensa del lesionado Camoranesi, se observa que no es necesario echar mano a construcciones jurídicas creadas por la doctrina o la jurisprudencia para decidir sobre el deber de reparar de un futbolista que lesiona a otro en un lance de juego. El fútbol es una actividad lícita en la que los daños son contingencias habituales de la actividad y que por lo tanto quedan, en principio,

⁶⁷ Desde el año 1886, el mantenimiento o la modificación de las reglas de juego del fútbol está en manos de una sola institución, la *International Football Association Board*, compuesta por ocho miembros, cuatro representantes de las federaciones nacionales de Inglaterra, Escocia, Irlanda del Norte y Gales y cuatro de la Federación Internacional del Fútbol Asociado. En la práctica, este organismo está controlado por FIFA, dado que siempre el Presidente y el Secretario del *IFAB* se eligen entre los representantes de aquélla y al momento de votar las reformas a las Reglas de Juego cuentan con voto doble. La reglas del fútbol son diecisiete en total y en la 12, titulada “Faltas e incorrecciones”, no se ha tipificado la plancha, pero sí el “juego brusco grave” para los casos en que el futbolista “emplea fuerza excesiva o brutalidad contra su adversario en el momento de disputar el balón de juego”. Luego, las asociaciones miembro de la FIFA poseen un Reglamento de Disciplina que debe en cada caso establecer las sanciones en base a la decisión tomada por el árbitro en el campo de juego y su informe. En la Argentina se lo denomina Reglamento de Transgresiones y Penas y en el título “Sanción a jugador por acción violenta y prohibida por las reglas de juego”, el art. 200, inc. 8, sanciona con la suspensión de tres a quince partidos al jugador que aplique una “plancha” que llegue a destino, estando o no la pelota en disputa entre ambos deportistas. Y el art. 201, inc. 5, dispone una sanción de dos a doce partidos al jugador que aplique un “planchazo” (sic) que no llega a destino, arrojado estando o no en disputa la pelota entre ambos jugadores.

⁶⁸ Como ocurrió, por ejemplo, con la introducción en las reglas de juego del fútbol de la denominada “ley del último recurso”, que sanciona con la expulsión al futbolista que comete una falta para evitar la conversión de un gol.

⁶⁹ Sería sólo un elemento importante a tener en cuenta por el juez.

al margen de toda relevancia jurídica (salvo las sanciones deportivas), y ello porque los riesgos propios de la actividad quedan absorbidos por la licitud de ella⁷⁰.

Luego, las lesiones ocasionadas al contrincante pasan a ser ilícitas cuando la conducta del agente dañador merece el calificativo subjetivo de dolosa o culposa grave como lo son los de la culpa con representación o previsión, y la culpa consciente⁷¹, en el sentido de que se ha producido una superación de los límites normales de las reglas de la actividad para ocasionar un daño fuera del contexto normal, siempre que no hubiera sido fruto de la predisposición de la víctima o del fortuito. Por consiguiente, el hecho legitimante está dado por la ley y no por la autorización del Estado ni la denominada aceptación del riesgo⁷², y es la misma ley la que fija el límite que divide lo lícito de lo ilícito.

⁷⁰ La actividad lícita, aun autorizada, se transforma en ilícita cuando provoca un daño por violación del deber general de no dañar a otro, implícito en el art. 19 de la Const. nacional. Cfr. Márquez - Calderón, *Daños sufridos por el futbolista profesional*, "Revista de Derecho de Daños", 2010-2-113.

⁷¹ Mayo sostiene que, "aun cuando la noción de culpa sea comprensiva de supuestos disímiles, pero cuya nota común es la previsibilidad, se justifica, para mejor diferenciarla del dolo, la siguiente distinción: a) culpa inconsciente. El agente no ha previsto el posible resultado antijurídico, pudiendo y debiendo preverlo; b) culpa con representación o previsión. El autor ha previsto que no sucederá el no querido resultado, pues confía en su pericia para que el efecto lesivo no se produzca, no se entrega al azar; c) culpa consciente: el agente representó el resultado y sólo esperó del azar que el resultado antijurídico no se produjera". Cfr. Mayo, J., en Belluscio - Zannoni (coord.), *Código Civil comentado*, Astrea, t. 2, p. 629, § 29.

⁷² Como bien se ha dicho desde antiguo, el consentimiento es contrario a una prohibición legal o a las buenas costumbres o ineficaz por otras razones, cuando el bien jurídico que se trate, como por ejemplo, la vida, está sustraído a la disposición; el matar al que consiente también es ilícito; el consentimiento a la lesión del propio cuerpo también es inmoral, salvo para lesiones insignificantes, siempre que no se haya efectuado para un fin racional, como un acto médico de acuerdo a la ley, la ciencia médica y a los códigos deontológicos; así ya lo decían Enneccerus - Lehmann (*Derecho de obligaciones*, Bosch, vol. 2, 2ª parte, p. 1041. Cfr. Mayo, *La denominada aceptación de los riesgos en un fallo de la sala penal del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, LLC*, 2005-489-3.

LA POLÍTICA EXTERIOR, LA DIPLOMACIA Y EL PODER LEGISLATIVO

MARIANO BARTOLOMÉ*

Desde la perspectiva de las grandes teorías de las relaciones internacionales, aquellas que pretenden dar cuenta del funcionamiento general del sistema internacional, suele decirse que el enfoque más conocido y difundido es el que se conoce como *realismo*, cuyos antecedentes más lejanos se remontan al siglo V a.C., con el ateniense Tucídides. En una posición antagónica, históricamente enfrentado al realismo, se encuentra un segundo enfoque con tradición también extensa, puesto que sus antecedentes pueden hallarse ya en el siglo II a.C., con Marco Aurelio y la corriente de los estoicos; a esta corriente la denominamos *Liberalismo*, aunque es pasible de diferentes denominaciones (entre ellas *internacionalismo liberal*, *liberalismo*, *pluralismo*, *legalismo*, *idealismo* o *wilsonianismo*)¹.

El realismo está lejos de constituir una teoría unificada. Indica Mastanduno que este enfoque debería ser comprendido como un “programa de investigación” que contiene una

* Doctor en Relaciones Internacionales. Máster en Sociología. Investigador posdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Experto de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU). Docente de la Universidad de Morón, de la UBA, de la USAL, de la Escuela Superior de Guerra (ESG), de la Escuela de Defensa Nacional (EDENA), y de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP).

¹ Aunque todos estos sustantivos suelen ser empleados como sinónimos, entendemos que su uso correcto implica distintas significaciones: el idealismo y el wilsonianismo son la misma cosa, y junto con el internacionalismo liberal constituyen dos categorías específicas del legalismo o liberalismo; aunque estas dos denominaciones efectivamente significan lo mismo, la primera carece de la tradición y difusión de la última.

serie de postulados centrales, a partir de los cuales sí se pueden desarrollar una gran variedad de teorías y explicaciones específicas, que deberían ser contrastadas entre sí². Efectivamente, a lo largo de veinticinco siglos el realismo presentó facetas diferenciadas, que en muchos casos poco tuvieron en común, más allá de ciertos elementos distintivos. Un primer elemento es el reconocimiento del Estado unitario y racional como representante legítimo de los deseos y aspiraciones colectivas y, en consecuencia, como el actor fundamental del sistema internacional surgido en Westfalia, tras los tratados de Münster y Osnabruck, que en 1648 clausuraron la Guerra de los Treinta Años.

Como segundo elemento, el realismo rescata la situación de *anarquía* que atraviesa el sistema internacional, con referencia a la ausencia de un poder ordenante que se encuentre por encima de los Estados, con capacidad para emitir una norma común a todos ellos, imponerla de manera efectiva y sancionar a quien no la cumpla. Esta situación anárquica y sus derivaciones quedan plasmadas cabalmente en el orden westfaliano, en el cual la conducta estatal se regía por tres preceptos: *rex est imperator in regno suo* (el rey es emperador en su reino), por el cual no existe autoridad más alta que la del gobernante (monárquico o republicano) y todos los gobernantes son independientes entre sí; *cujus regio, ejus religio* (quien manda determina la religión), según el cual no pueden existir intervenciones externas al Estado basadas en cuestiones religiosas (concepto que deriva en la práctica de no intervención) y finalmente, como garantía de equilibrio del sistema, el balance de poder entre Estados, a través de la conformación de alianzas.

Asociado a lo anterior, un tercer elemento distintivo del realismo es su énfasis en el concepto de *soberanía*, entendida con Jean Bodino como “el poder de mandar y de obligar sin poder ser mandado ni obligado por nadie”³, o según Keohane

² Mastanduno, Michael, *Preserving the unipolar Moment: Realist theories and U.S. Grand Strategy after the Cold War*, en Kapstein, Ethan - Mastanduno, Michael, “Unipolar politics. Realism and State strategies after the Cold War”, Columbia University Press, New York, 1999, p. 138 a 181.

³ Merle, Marcel, *Sociología de las relaciones internacionales*, Alianza, Madrid, 1986, p. 53.

(la adaptación es nuestra) como “supremacía legal sobre cualquier otra autoridad en un determinado territorio”⁴. La visión realista de la soberanía estatal en un contexto anárquico conspira contra la cooperación en el plano interestatal, impidiendo el planteo de objetivos que demanden esa exigencia.

Un cuarto elemento distintivo del realismo, íntimamente vinculado a la cuestión nodal de la anarquía, es la identificación de la propia *supervivencia*, como primera prioridad de los Estados. El quinto, la certeza de que en un ambiente donde no existe autoridad legítima ni efectiva por encima del Estado, éste está librado a su suerte, obligado a la *autoayuda*. Así, se ha dicho que los conceptos de Estado (*State*), supervivencia (*survival*) y autoayuda (*self-help*) constituyen las “tres S” básicas del planteo realista⁵.

El sexto y último elemento distintivo del realismo apunta al énfasis en el *poder militar* como principal herramienta, a disposición de los Estados soberanos, para garantizar la propia supervivencia y procurar sus intereses en un mundo anárquico donde prima la autoayuda. Maquiavelo explica esta óptica de la siguiente manera:

“Un príncipe no debe tener más objetivo ni más preocupación, ni dedicarse a otra cosa que no sea la guerra y su organización y estudio; porque éste es el único arte que compete a quien manda, y encierra tanta virtud, que no sólo mantiene en el poder a los que son príncipes por nacimiento, sino que muchas veces también hace que los hombres particulares alcancen esa categoría. Porque se observa que los príncipes cuando han pensado más en los refinamientos que en las armas, han perdido su Estado. Y el motivo fundamental de que lo pierdas es descuidar este arte; y el motivo que hace que lo adquieras es ser experto en él”⁶.

⁴ Keohane, Robert, *Soberanía estatal e instituições multilaterais: respostas à interdependência assimétrica*, en Álvaro Moisés, José (coord.), “O futuro do Brasil. A América Latina e o fim da Guerra Fria”, Paz e Terra/USP, São Paulo, 2001, p. 165 a 191.

⁵ Dunne, Timothy, *Realism*, en Baylis, John - Smith, Steve (eds.), “The globalization of world politics”, Oxford University Press, Oxford, 1997, p. 109 a 124.

⁶ Machiavelli, Niccolò, *El Príncipe*, Centro Editor de Cultura, Bs. As., 2003, p. 81 (Capítulo XIV: “Quod principem deceat circa militiam” –“De lo que corresponde al príncipe en relación con la milicia”–).

Más allá de estos elementos comunes existen múltiples versiones del realismo, aparecidas a lo largo de un derrotero histórico de casi veinticinco siglos. Esa multiplicidad impone la aplicación de algún criterio de clasificación de sus diferentes perspectivas y, aunque las tipologías que derivan de ese imperativo no se vinculan al objetivo de este trabajo, basta decir que lo usual consiste en diferenciar y agrupar a los enfoques realistas tradicionales en función de la razón básica atribuida por sus autores a la conflictividad internacional. Se habla entonces, por un lado, de un *realismo clásico* que enfatiza en la naturaleza humana, cuyas últimas versiones –posteriores al fin de la Guerra Fría– se conocen como *realismo neoclásico*, y por otro de un *realismo estructural*, asimilable también como un *neorealismo*, desde el momento en que produjo una renovación de esta corriente teórica, que centra su atención en la estructura del sistema internacional.

La corriente teórica que hemos identificado como liberalismo sostiene una posición completamente diferente del realismo y ha constituido la fuente de sus principales críticas. Al igual que su contracara, el liberalismo está lejos de constituir una teoría unificada, y la diversidad de perspectivas existentes en su seno obliga nuevamente a identificar un hilo conductor entre ellas. Básicamente, pueden identificarse dos elementos comunes a todos los planteos liberales. El primero, su oposición a las perspectivas realistas según las cuales el sistema internacional es y será conflictivo, continuará regido por la política de poder y serán virtualmente nulas las posibilidades de alterar este cuadro de situación. La alternativa liberal otorga mayores chances a la armonía internacional, jerarquizando en consecuencia el papel de herramientas tales como la cooperación, la democracia, los derechos individuales o las instituciones multilaterales. Frente al pesimismo realista nos encontramos, así, con un enfoque que, sin ser exitista, es potencialmente optimista, tal cual lo explica Keohane.

“El liberalismo enfatiza en la importancia de la naturaleza cambiante de los procesos políticos, más que en estructuras sociales inmutables; enfatiza de qué forma los seres humanos, y las instituciones que ellos crean, pueden influenciar

las condiciones de su existencia. En el seno del liberalismo está la creencia en la posibilidad de cambios para mejor, esto es, en el progreso definido en términos modestos”⁷.

El otro postulado básico del liberalismo deriva del primero y es lo que se conoce como *pluralismo*, rótulo que engloba cuatro características: en primer lugar, se acepta la existencia en el sistema internacional de una pluralidad de actores, amén del Estado, aunque por lo general continúa jerarquizando a este último en primer lugar; segundo, se descarta que el Estado sea un actor unitario; en tercer término, se niega también que el Estado sea un actor racional; finalmente y derivado de las tres cualidades anteriores, se admite la existencia de una agenda internacional extensa y heterogénea⁸. Esto no implica que liberalismo y pluralismo sean sinónimos pues, aunque todo enfoque liberal es accesoriamente pluralista, los enfoques pluralistas no necesariamente rechazan las tesis realistas, según las cuales el sistema internacional es y será conflictivo, continuará regido por la política de poder y serán virtualmente nulas las posibilidades de alterar este cuadro de situación.

Desde nuestro punto de vista, los enfoques pluralistas tuvieron su punto de partida hace poco más de cuatro décadas, cuando Robert Keohane y Joseph Nye carataron como transnacional a todo “movimiento de elementos tangibles o intangibles a través de las fronteras estatales, en el cual al menos uno de los actores involucrados no pertenece a gobierno u organismo internacional alguno”⁹. Poco después, Oran Young postuló que lo que define a un actor internacional como tal no es el ejercicio de soberanía ni el control de territorio, atributos propios del Estado, sino la *autonomía* (en tanto no subordinación total a otro actor) y la *influencia* (entendida como incidencia en relaciones de poder). A estas dos caracte-

⁷ Keohane, Robert, *Soberanía estatal e instituições multilaterais*.

⁸ Brito Gonzçalves, Joanisval, et al., *Introdução às relações internacionais. Teoría e historia*, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, 2009, p. 44 y 45.

⁹ Keohane, Robert - Nye, Joseph (eds.), *Transnational relations and world politics*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1971, p. 332.

rísticas se agregaría una tercera, la *representatividad*, para conformar el conjunto de cualidades que definen a un actor de la política internacional, desde el punto de vista pluralista¹⁰.

El menoscabo de la importancia de la soberanía, a la hora de definir un actor de la política internacional, constituye la clave de los planteos pluralistas. Así lo evidencia James Rosenau, quien rechaza lo que denominó la “jaula conceptual” del paradigma estadocéntrico, sosteniendo que la constante complejización del sistema internacional conduce a su “bifurcación” en dos planos diferenciados, que compiten e interactúan entre sí (“los dos mundos de la política mundial”): uno integrado por Estados, y caracterizado por interacciones interestatales, y otro protagonizado por “actores libres de soberanía” que, pese a estar localizados dentro de la jurisdicción estatal, evaden su control y persiguen sus propios objetivos¹¹.

Debido tanto a la incorporación de actores distintos del Estado dentro de sus análisis, como de temas de interés alternativos a la tradicional Seguridad Nacional, definida en términos político-estratégicos, el liberalismo admite una mayor variedad de enfoques que el realismo. Precisamente esa pluralidad de enfoques facilitó la proliferación de diferentes criterios de clasificación de sus ópticas, según cuál sea el aspecto en el que centran su atención.

Así, algunas lecturas focalizan en el impacto positivo que tiene en la arena internacional la consolidación de regímenes democráticos en los Estados; otras resaltan la conveniencia, y defienden la viabilidad, de constituir a nivel global organismos supraestatales efectivos, capaces de imponer pautas de conducta a los gobiernos y hacerlas respetar; un tercer grupo rescata el impacto positivo que pueden tener los procesos de

¹⁰ Las obras mencionadas son Young, Oran: *The actors in world politics*, en Rosenau, James - East, M. (eds.), “The analysis of international politics”, 1972, y Hocking, Brian - Smith, Michael, *World politics*, Harvester Wheatsheaf. Hollis, New York, 1990, citadas en Geeraerts, Gustaaf, *Analyzing Non-State Actors in World Politics*, Centrum voor Polemologie - Centre for Peace & Security Studies, Vrije Universiteit Brussel, *POLE Paper*, 1:4, oct. 1995.

¹¹ Rosenau, James, *Turbulence in world politics*, Harvester Wheatsheaf Russett, New York, 1990, p. 5,6 y 247 a 249.

cooperación y las instituciones internacionales (no necesariamente organismos supraestatales efectivos) en el comportamiento estatal. Siguiendo en forma tal vez aleatoria los criterios clasificatorios de Dunne¹², denominamos a los tres enfoques mencionados *internacionalismo liberal*, *idealismo* e *institucionalismo liberal*, respectivamente.

En el contexto que hasta aquí hemos descripto someramente, se inserta la cuestión que motiva el presente trabajo, que es el de la *política exterior* o *diplomacia*. Estos dos conceptos pueden emplearse o no como sinónimos, según cuál sea el significado que se le da al segundo de ellos, teniendo en cuenta la existencia de dos concepciones básicas de diplomacia, que han sido asociadas a sendos niveles de análisis de las cuestiones internacionales. Una de ellas asemeja la idea de diplomacia a política internacional o relaciones internacionales, normalmente enfatizando en la resolución de conflictos mediante el diálogo y la negociación, evitando su escalada al plano bélico, mientras la otra concepción entiende a la diplomacia como un proceso de comunicación entre entidades políticas. Es en este segundo caso cuando la diplomacia y la política exterior pueden significar lo mismo¹³.

No es posible estudiar este último tema sin haber tomado en cuenta el marco teórico general antes descripto, habida cuenta de la permanente influencia que el segundo ejerce sobre el primero. Sin embargo, es necesario aclarar que, debido a su especificidad, la cuestión de la política exterior no corresponde al plano de las grandes corrientes teóricas que buscan explicar el funcionamiento general del sistema internacional; más bien debe ser abordado en el campo de las llamadas *teorías de alcance medio*, o también *teorías intermedias*, entendidas como construcciones teóricas que se encuentran en un nivel intermedio entre las hipótesis de trabajo menores, que se producen en forma abundante en los procesos de

¹² Dunne, Timothy, *Liberalism*, en Baylis - Smith, "The globalization of world politics", p. 147 a 163.

¹³ White, Brian, *Diplomacy*, en Baylis - Smith, "The globalization of world politics", p. 249 a 261.

investigación, y las teorías que explican todas las uniformidades observadas en un campo de conocimiento¹⁴. Sartori agrega que este nivel de análisis tiene la ventaja de evitar el problema de la “dilatación” o “estiramiento” de los conceptos, que consiste en su extensión indebida, con el objeto de cubrir un mayor número de casos, en desmedro de la precisión connotativa¹⁵.

Los estudios de la política exterior, pasibles de ser llevados adelante a través del empleo de teorías de alcance intermedio, se revelan como fuertemente permeables a la influencia de las grandes corrientes teóricas de alcance general. Principalmente del realismo, a partir de una verdad indiscutible: promediando la segunda década del siglo XXI, el Estado westfaliano continúa siendo, en términos prácticos –es decir, más allá de declamaciones simbólicas–, el único actor del tablero internacional que ejerce la política exterior. Empero, también se detectan influencias procedentes de la vertiente liberal, sin que éstas y los influjos antes mencionados sean mutuamente excluyentes.

En este punto conviene recordar que, a través de sus lecturas más recientes, el liberalismo parece haber iniciado un sólido camino en pos de su confluencia con algunos aspectos del realismo. Lo mismo se registra en sentido contrario, ya que numerosos pensadores realistas abandonan las rigideces de sus principales referentes para, sin abjurar de esta corriente de pensamiento, flexibilizarla a través de la incorporación de algunas ideas liberales. Tal cual hemos hecho en trabajos anteriores, para identificar esta flexibilización empleamos el concepto *realismo existencial*, de Robert Lieber, en el sentido del “realismo tal cual existe en la realidad”; es decir, un realismo de fuerte base empírica que sirva como aproximación a la realidad fáctica, donde la teoría debe contrastarse con los hechos¹⁶.

¹⁴ Merton, Robert, *Teoría y estructura sociales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, p. 39.

¹⁵ Sartori, Giovanni, *Concept misformation in comparative politics*, “The American Political Science Review”, 64:4 (1970), p. 1033 a 1053.

¹⁶ Lieber, Robert, *Existencial Realism after the Cold War*, en Strategy and Force Planning Faculty, “Strategy and force planning”, Naval War College, Newport, 1997, p. 63 a 77.

Con este marco introductorio, comencemos por indicar que el desarrollo de una política exterior se basa, en última instancia, en una previa definición de *intereses*. Si los mismos no están definidos e identificados, entonces no puede hablarse de política exterior. En forma genérica, entendemos como intereses a *aquello que los Estados procuran, o podrían, proteger o lograr frente a otros Estados*. Más específicamente, podrían ser comprendidos como “valores o condiciones valiosas, favorables, ventajosas, benéficas y por lo tanto deseables para el Estado o Nación, que se busca preservar y perfeccionar, si ya se tienen, o lograr, en caso contrario”. Un listado no exhaustivo de intereses nacionales compartidos por todos los Estados, más allá de sus características particulares, y que impregnan el quehacer internacional, incluye los siguientes valores, formulados de modo abstracto: poder, riqueza, respeto, bienestar, seguridad y libertad, entre otros¹⁷.

No existe un único criterio de clasificación de intereses, aunque es usual dividirlos en vitales y secundarios. Los *intereses vitales* son aquellos que se vinculan en forma directa con la supervivencia del Estado y, en consecuencia, este último podría llegar (en un punto extremo) a emplear la fuerza por los mismos. Ejemplo de esto, los inventarios de intereses vitales de todos los Estados suelen incluir la preservación del territorio y el resguardo de su prestigio contra un gran descrédito. Por último, suele decirse que estos intereses son usualmente *conservadores*, debido a que, aunque pueden abarcar metas que hasta ese momento no se fijaron u obtuvieron, por lo general están ligados a la preservación de un statu quo. *Por contraste*, los *intereses secundarios* de un Estado son aquellos que no se vinculan en forma directa con su supervivencia y que, por consiguiente, difícilmente deriven en un empleo de la fuerza. También se dice de ellos que, en tanto son *transables*, pueden ser materia de negociación en el contexto de una política exterior.

Definidos y discriminados los intereses, podría esbozarse una primera aproximación a la política exterior, entendiendo

¹⁷ Von Chrismar, Julio, *Los objetivos nacionales. Base de la política nacional de los estados*, Academia de Guerra del Ejército de Chile, Santiago de Chile, 2010, p. 47 a 50.

que implica, como requisito previo, “una selección de intereses nacionales, presumiblemente formulados de modo tal que constituyan un todo lógicamente coherente que, luego, se pone en práctica”¹⁸. Hablar en este punto de aproximaciones preliminares, en lugar de definiciones, obedece a que los intereses seleccionados para su formulación en la política exterior del Estado no necesariamente se plasman en ella de manera automática. Por el contrario, previamente tiene lugar un proceso por el cual esos intereses se compatibilizan con la cantidad y calidad de medios y recursos estatales que los pueden respaldar, factores éstos que pueden denominarse *potencialidad del Estado* y que constituyen su capacidad. Entonces sí, teniendo en cuenta la capacidad del Estado, podemos obtener una definición más precisa acerca del significado de la política exterior, que es la que adoptaremos como propia: “el conjunto de acciones que el Estado produce hacia el ambiente internacional, en función de sus intereses y capacidades”¹⁹.

En este punto resulta necesario indicar que, aun cuando la política exterior se basa en intereses, en un plano práctico se despliega en función de objetivos. Es usual la confusión entre los conceptos interés y objetivo, siendo que los segundos se obtienen a partir de la operacionalización del primero. En uno de los escasos trabajos existentes sobre este punto, se indica que los objetivos nacionales constituyen la expresión formal y concreta de las legítimas aspiraciones nacionales, basadas en valores compartidos, derivados de las necesidades e intereses nacionales, que se determinan y formulan para su ulterior cumplimiento por parte del Estado, orientando su accionar. Y se agrega que es precisamente el Estado quien debe formularlos, con la asistencia de diferentes órganos y organismos especializados, y una amplia participación ciudadana.

Al igual que en el caso de los intereses, los objetivos nacionales también son pasibles de una calificación, que en este

¹⁸ Hartmann, Frederick, *Las relaciones internacionales*, IPN, Bs. As., 1986, p. XXIV y XXV.

¹⁹ Dallanegra Pedraza, Luis, *La problemática del orden*, en Dallanegra Pedraza, Luis *et al.*, “Geopolítica y relaciones internacionales”, Pleamar, Bs. As., 1981, p. 6 y 7.

caso diferencia entre objetivos permanentes y no permanentes. Los primeros, que nítidamente derivan de los intereses vitales, que son formulados por el Estado en el momento mismo de su constitución como tal, o cuando es refundado sobre bases constitucionales diferentes de las que ostentaba hasta ese momento. Por su parte, los objetivos no permanentes deben ser formulados cada vez que sea necesario, sea debido a cambios importantes en la realidad, al logro de las metas perseguidas hasta ese momento o a la necesidad de introducir modificaciones en las orientaciones vigentes, entre otras posibilidades²⁰.

El conjunto de objetivos nacionales derivados de los respectivos intereses, constituye el núcleo de la agenda del gobierno, entendida como un programa orientado a “lo cotidiano y concreto”, con referencia al conjunto de cuestiones y temas a tratar y resolver por la élite gobernante. Esta perspectiva sugiere que existe un nexo directo entre las agendas y la élite, siendo que las agendas pueden sostener a las élites, mientras éstas hacen lo propio con las agendas. En este vínculo, la calidad de la agenda incidirá en forma directamente proporcional en la percepción de legitimidad de la élite: agendas deficientes o no explicitadas erosionan a la élite, que puede terminar actuando por inercia. Lo inverso es igualmente válido: élites incapaces de articular una agenda, o ejecutarla de manera eficiente, se ven severamente cuestionadas e incluso podrían desaparecer. Todo este entramado de vínculos y relaciones es válido en el campo de la política exterior²¹.

Cabría preguntarse qué acontece con las acciones que el Estado emite hacia el ambiente internacional, que no guardan relación con sus intereses, ni consecuentemente con sus objetivos. En ese caso, de acuerdo con algunos enfoques, no sería acertado hablar de política exterior sino de *política interna*

²⁰ Dallanegra Pedraza, *La problemática del orden*, en Dallanegra Pedraza, *et al.*, “Geopolítica y relaciones internacionales”, p. 3 a 44.

²¹ Galtung, Johann, *Geopolítica después de la Guerra Fría. Un ensayo sobre la Teoría de la Agenda*, en AA.VV., “Geoestrategia y relaciones internacionales”, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 2002, p. 49 a 66.

cional, dado que este último concepto enfatiza en el cuadro de interacciones que se registran entre los actores del tablero internacional, sin indagar necesariamente en sus intereses²².

A partir de esta aproximación al significado de la política exterior, basado en dos factores nodales, (intereses-objetivos y capacidades), es posible avanzar hacia el análisis de sus *procesos de articulación*. Desde la perspectiva de Radel, la capacidad de un actor –en este caso, un Estado– puede descomponerse en una estructura de tres factores fundamentales y concurrentes. En primer lugar, en una cantidad dada de *poder*, especialmente localizado para su uso en un área en particular; segundo, la misma está limitada a un período de *tiempo*, durante el cual el mencionado poder es aplicable; en tercer término, ambos factores deben ser complementados con la mayor y más variada *información*.

¿Información sobre qué? Básicamente, respecto del objetivo hacia el cual va dirigida la política exterior, así como del contexto internacional. En forma permanente, un Estado debe mantener actualizado su conocimiento sobre lo que Zeev Maoz ha denominado “Ambiente Internacional Políticamente Relevante”, más conocido por sus siglas en inglés PRIE. El PRIE ha sido definido como “el grupo de unidades políticas cuyas estructuras, conductas y políticas tienen un impacto directo en los cálculos estratégicos y políticos del Estado focalizado”. Usualmente incluye a todos los países contiguos y a aquellos poderosos capaces de interactuar con el Estado focalizado²³.

Definida la capacidad, ella es evaluada en la *preparación* de la política exterior, fase en la cual se establece el objetivo de la misma. Sólo una porción de tal capacidad es empleada e incluida en la siguiente fase, que es la *planificación*; a ésta sigue la fase de *implementación*, en su mayor parte a cargo del cuerpo diplomático estable, de la cual emergerán

²² Pons, Luis, *Claves del Siglo XXI*, IUN-Dunken, Bs. As., 2000, p. 53.

²³ Ver Maoz, Zeev, *Domestic sources of global change*, University of Michigan Press, Ann Harbor (MI) 1996; también en Maoz, Zeev - Russett, Bruce, *Normative and Structural Causes of Democratic Peace, 1946-1986*, “American Political Science Review”, 87:3 (1993), p. 624 a 638.

los correspondientes *resultados*. Debido a que la política exterior es una actividad ininterrumpida, los resultados deben ser meticulosamente evaluados para determinar su efecto, positivo (incremento) o negativo (reducción), en las capacidades, recomenzando un nuevo ciclo de preparación o planificación de política exterior. Así, a partir de las fases planificación, implementación y obtención de resultados, el autor determina que la estructura de una política exterior responde a una *imagen triádica*²⁴.

Cabe agregar aquí, para una mejor comprensión de este proceso de articulación, que normalmente el establecimiento en las fases de preparación y planificación, así como su posterior búsqueda en la implementación, implica priorizar determinados intereses nacionales y subordinar otros, excluyendo su alternativa, en una relación de costo-beneficio, donde los beneficios potenciales del interés elegido son mayores que los de la alternativa descartada, ocurriendo exactamente lo contrario respecto de los costos. Esta elección ha sido denominada *contrabalance de intereses nacionales*²⁵.

Los procesos de articulación descriptos indican que en la mayoría de los casos una política exterior encierra en realidad varias *políticas exteriores específicas*, sucesivas unas a otras, pudiéndose agregar que cuantas menos sean mejor labor de preparación, planificación e implementación hubo. Esto es así debido a que una finalidad accesoria de la política exterior, y en realidad de toda política, es tornar más predecibles y consistentes decisiones futuras, protegiendo al decisor de la contingencia de aplicar cambios cotidianos a la misma, reduciendo su consistencia y efectividad²⁶.

Desde el realismo, con su concepción del Estado como actor racional y unitario, se formuló un conjunto de normas

²⁴ Para este planteo teórico, ver Radcliff, Lucien, *Reconstructing the Western Alliance. Europe & the USA*, Lakesider Publishing Comp., Appleton (WI), 1990, p. 12 y 13.

²⁵ Hartmann, *Las relaciones internacionales*, p. 19.

²⁶ Deutsch, Karl, *The analysis of international relations*, Prentice Hall Inc., New Jersey, 1968, p. 77.

cuyo cumplimiento contribuiría de manera decisiva a un efectivo ejercicio de la política exterior. Esa formulación corrió por cuenta de Morgenthau, quien consideró que en todo actor estatal deberían observarse estrictamente nueve reglas íntimamente asociadas a la política de poder que rige la dinámica entre las naciones. La primera de esas reglas indica que la diplomacia debe ser desprovista de “espíritu de cruzada” o, dicho de otro modo, debe abandonar discursos de corte moral de “suma cero”, donde no se concibe otro desenlace posible que la imposición total de la propia postura, para concentrarse en la resolución práctica de problemas políticos concretos. Segunda regla, reflejo fiel de los principios que hicieron famoso a su autor, los objetivos de la política exterior deben ser definidos en términos de interés nacional, con énfasis en la cuestión de la seguridad, y sustentarse en un adecuado poder. La tercera, que la diplomacia debe mirar a la escena política externa desde el punto de vista de otras naciones, con el claro objetivo de identificar convergencias o colisión de intereses respecto de los objetivos propios. Una cuarta regla sostiene que las naciones deben mostrarse proclives a adquirir compromisos con la contraparte en todos aquellos aspectos que resultan secundarios, aun cuando esta conducta sea contraria a la natural tendencia a buscar la imposición de la postura propia, a efectos de concentrar el esfuerzo en el logro de los objetivos vitales.

Las restantes reglas son denominadas “prerrequisitos de compromiso” por su autor. La primera de este lote –a la sazón, la quinta del listado general– tiene un claro sentido práctico, al indicar que la búsqueda o el ejercicio de un “derecho sin valor” no deben predominar a la obtención de una ventaja real; dicho de otra manera, una nación no debe pensar en términos legalistas ni propagandísticos, sino fácticos. La sexta regla alude a la conocida idea del “punto sin retorno”, al sostener que ninguna nación se debe colocar en una posición en la cual no pueda retroceder sin padecer importantes costos, ni avanzar sin correr graves riesgos. La preservación de la capacidad decisoria propia, en el marco de alianzas con socios dotados de menos poder, es el punto al cual apunta la

séptima regla. En octavo lugar, denotando la nítida influencia de las vicisitudes de la Guerra Fría en el enfoque del autor, se recuerda que las Fuerzas Armadas son una herramienta de la política exterior, pero que en modo alguno la formulan ni controlan. Finalmente se argumenta que el gobierno debe tomar debidamente en cuenta a la opinión pública, a la hora de llevar adelante su política exterior, pero que de ninguna manera debe supeditarse a los cambios y fluctuaciones de aquella²⁷.

Aun cuando pueda parecer una obviedad, no está de más remarcar que en todo este planteo, permeado por la lógica realista, los considerandos morales no tienen lugar y la cuestión de los intereses monopoliza la escena. Sobre esto se ha argumentado que las funciones, los compromisos y las obligaciones morales de los gobiernos difieren de los de los individuos: mientras estos últimos experimentan impulsos morales que guían su accionar, la obligación primordial del gobierno consiste en servir a los intereses de la sociedad que representa, sin inmiscuirse en la conciencia de quienes la integran. Esos intereses, que carecen de cualidad moral, y consecuentemente no están sujetos a la clasificación de “buenos” o “malos”, consisten en la seguridad, la integridad de la vida política y el bienestar de la propia ciudadanía. Cerrando este planteo, si eventualmente las acciones de un gobierno en materia de política exterior han de juzgarse de acuerdo con criterios morales, esos criterios deben ser los del propio país y no los que provienen de un escenario internacional donde no parece existir un código de conducta claro y aceptado por todos los actores²⁸.

Una cuestión clave dentro del estudio moderno de la política exterior remite a los procesos de toma de decisiones que conlleva. El análisis de la mecánica decisoria en este campo de estudio ayuda a conocer aristas otrora soslayadas, dado que ataca al largamente vigente postulado realista del Estado unitario y racional; es decir, considerar a los Estados como

²⁷ Morgenthau, Hans - Thompson, Kenneth, *The future of Diplomacy*, en Strategy and Force Planning Faculty, “Strategy and Force Planning” (IInd edition), Naval War College Press, Newport, 1997, p. 267 a 277.

²⁸ Kennan, George, *Moralidad y política exterior*, “Política Exterior”, n° 100, jul.-ago. 2004, p.53 a 68.

únicos protagonistas de la política internacional, de carácter monolítico, cuyos gobiernos siempre despliegan un comportamiento unívoco, producto de una racionalidad común. Bajo influencia del pluralismo, los estudios de los procesos de toma de decisiones comenzaron a alejarse de lo que Escudé denomina “falacia antropomorfa”; esto es, considerar al Estado como una suerte de individuo, dotado de una racionalidad propia²⁹.

Los Estados, lejos de exhibir en materia de política exterior una conducta unívoca, originada en una racionalidad común, tienen comportamientos propios e intransferibles, producidos por la interacción de diferentes factores. Al tope de esos factores seguramente se encuentren las llamadas “fuerzas profundas”, concepto que emplean Duroselle y Renouvin para hacer referencia a factores que a lo largo de la historia han formado el marco de relación entre diferentes grupos humanos, y que en la actualidad influyen el devenir de la política exterior estatal, orientándola. Entre las posibles determinantes de ese tipo, estos autores franceses incluyen las condiciones geográficas, los movimientos demográficos, las cuestiones económicas (con sus aspectos comerciales y financieros) y la mentalidad colectiva, agregando en este último caso el “sentimiento nacional”. Así presentadas, las fuerzas profundas inciden en los decisores, quienes no pueden ignorarlas ni pasarlas por alto, aunque sí pueden modificarlas, si se presentan las circunstancias propicias³⁰. Desde el punto de vista de quien esto suscribe, al tope de las fuerzas profundas que inciden en la política exterior del Estado se encuentran las que derivan de la historia y la geografía; es precisamente a través del factor geográfico que se establece el vaso comunicante entre la política exterior y la *geopolítica*.

²⁹ Ese autor nos recuerda un recurrente error en el campo de las relaciones internacionales, consistente en el empleo de metáforas, organicistas o mecanicistas, que aluden al cuerpo humano para referirse a los Estados, sus características y conductas. Ver, por ejemplo, Escudé, Carlos, *El realismo de los Estados débiles*, Grupo Editor Latinoamericano, Bs. As., 1995, p. 47 a 77.

³⁰ Renouvin Pierre & Jean Baptiste Duroselle, *Introducción a la historia de las relaciones internacionales*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 9 a 12 y 380 a 382

Precisamente, mientras Kjellen conceptualiza a la geopolítica como una disciplina (es demasiado presuntuoso considerarla una ciencia) que estudia las vinculaciones del Estado con el territorio, Haushoffer indica que es la conciencia geográfica del Estado, proporcionando herramientas para la política exterior. La orientación que indica el erudito alemán puede plantearse de manera simplificada, indicando que la geopolítica refiere al impacto de determinados factores geográficos en la política exterior del Estado³¹.

Por otro lado, contrariando el postulado del Estado unitario, el mencionado estudio de los procesos de toma de decisiones dejó de analizar al Estado como algo monolítico, para considerarlo una entidad conformada por personas o grupos que toman las decisiones en representación de aquél, interactuando entre sí y con otros actores no gubernamentales. De acuerdo con algunos autores, este cambio de enfoque ha sido tan importante, que lo consideran una verdadera revolución en el campo de las relaciones internacionales³².

Un importante aporte a la comprensión de la toma de decisiones en política exterior lo constituye la identificación de estructuras y dinámicas propias de ese proceso. En este sentido, existe una *dinámica decisoria* que aborda el proceso que discurre entre las fases de planificación e implementación (o más bien en la primera de estas etapas), en el cual intentan influir en el decisor otros actores, locales o externos, gubernamentales o no; por otro lado, la *estructura decisoria* alude al número de actores gubernamentales que intervienen en ella, así como sus características³³.

Tanto la dinámica como la estructura decisorias son mejor comprendidas a la luz del fenómeno de la *interdependen-*

³¹ Kelly, Phillip, *Checkerboards & Shatterbelts. The geopolitics of South America*, University of Texas Press, Austin, 1997, p. 1.

³² Wilhelmy, Manfred (comp.), *Política internacional: enfoques y realidades*, GEL, Bs. As., 1988, p. 51 y 52.

³³ Nos referimos a *Política exterior y toma de decisiones en América Latina: aspectos comparativos y consideraciones teóricas*, en Russell, Roberto (comp.), *Política exterior y toma de decisiones en América Latina*, GEL, Bs. As. 1990, p. 255 y siguientes.

cia compleja. Sin abordarlo en forma pormenorizada, por cuanto es ajeno al tema de esta investigación, cabe recordar que el mismo se compone de tres características principales, la tercera de las cuales (rol menor de la fuerza militar) no resulta de interés para este trabajo; las otras dos aluden a la multiplicidad de canales de interconexión entre actores y la ausencia de jerarquía entre cuestiones de agenda. Las sociedades, y por ende los actores, se encuentran interconectados por múltiples canales informales.

Estas interconexiones informales alcanzan a las élites gubernamentales, los funcionarios del servicio exterior, élites no gubernamentales y organizaciones transnacionales; a través de estos canales los actores societales transmiten sus demandas a los actores incorporados a la estructura decisoria de la política exterior, constituyendo para estos últimos una de las tres corrientes de información a la cual están expuestos: la corriente de información del *mundo exterior*, que también incluye la proveniente del ambiente internacional. Sobre este punto, enfoques desarrollados tras el fin de la Guerra Fría han indicado que el fenómeno de la globalización incrementa la importancia de los actores no estatales en la formación de los intereses del Estado; dicho de otro modo, los intereses estatales son producto de relaciones sociales establecidas tanto en el ámbito doméstico como en el internacional.

Con mayor detalle, este planteo indica que los actores fundamentales de las relaciones internacionales son individuos y grupos privados, actores racionales que promueven sus propios intereses, pretendiendo influir en el Estado para que éste los haga suyos. Así, todos los gobiernos representan algún segmento de esa sociedad doméstica, cuyos intereses y preferencias se reflejan en las políticas estatales. Siguiendo esta lógica, la acción de un Estado en materia internacional será más predecible en la medida en que puedan identificarse los individuos y grupos que tienen preeminencia en su interior. Tres elementos distintivos de esta perspectiva confirman su esencia liberal: se diluye la separación entre las esferas políticas interna y externa; se remarca la existencia de otros actores internacionales, además del Estado y focali-

za el análisis en el gobierno, antes que en el Estado que lo contiene³⁴.

Las otras dos corrientes de información que impactan en los participantes de la estructura decisoria son las que provienen del interior del propio actor estatal, aunque no de esa estructura, así como de su propia memoria y experiencia. Consideradas en conjunto, estas tres corrientes de información serán las que definirán la conducta de un actor determinado de la estructura decisoria, en un proceso que Karl Deutsch ha denominado *combinación de nueva información con viejas memorias*³⁵.

La ausencia de jerarquía entre diversas cuestiones de la agenda, en tanto implica, a los fines de este trabajo, que en la misma se instalan cuestiones originalmente encuadradas en el ámbito político interno; que muchas veces ellas no afectan directamente al Estado, sino a los intereses particulares de un actor no gubernamental; que son manejadas por diferentes actores gubernamentales y a distintos niveles, con probable participación de actores no gubernamentales, y que en esa fragmentación tanto la descoordinación como la diferencia de percepciones puede redundar en situaciones conflictivas. Las interconexiones informales, la ausencia de jerarquía entre diversas cuestiones, la falta de relación entre los temas de agenda y los intereses del Estado y la fragmentación de decisores en diversos organismos y niveles, son elementos que complican la aplicación de uno de los *issues* más tradicionales de la toma de decisiones en política exterior: la vinculación entre cuestiones, o *linkages*³⁶.

Finalmente, es imposible de soslayar, en el estudio de los procesos de toma de decisiones en política exterior, la perso-

³⁴ Moravcik, Andrew, *Liberal international relations theory: a social scientific assessment*, Weatherhead Center for International Affairs, Harvard University, Working Paper n° 01-02, April 2001.

³⁵ Deutsch, p. 74 y 75.

³⁶ Keohane, Robert - NYE, Joseph, *Complex interdependence and the role of force*, en Art Robert - Jervis, Robert (eds.), "International politics. Enduring concepts and contemporary issues", Harper Collins College Publishers, New York, 1996, p. 236 a 245.

nalidad de quienes ocupan puestos de relevancia en la estructura decisoria, especialmente del decisor propiamente dicho. La importancia de esta cuestión fue tempranamente señalada por Duroselle, aunque la circunscribía únicamente al decisor, considerado como “estadista”. Según su perspectiva, la personalidad de un individuo está compuesta por factores innatos y adquiridos, y se expresa con una actitud o comportamiento especial frente a una determinada situación, entendiéndola a esta última como la “constelación de fuerzas” en que se halla implicado. Frente a la misma situación, individuos con distinta personalidad responden de diferente manera. En consecuencia, decía este historiador galo que la personalidad del estadista merece un estudio científico que ayude a su clasificación y a la elaboración de tipologías desde aristas caracterológicas. De este modo podría comprenderse su reacción frente a determinadas situaciones, y prever su conducta futura³⁷.

Tres conclusiones parciales se desprenden de todo lo visto hasta el momento. La primera, aunque suene como una obviedad, que es el Estado el protagonista central de la política exterior, la cual es llevada adelante en forma simultánea por múltiples vías y a través de diferentes órganos u organismos, aun cuando existe una institución especialmente creada a ese efecto. La segunda, que la concepción realista del Estado como actor unitario y racional resulta insuficiente para explicar su conducta en el plano externo, con prescindencia de otras variables y factores. Finalmente, que la estructura triádica de una política exterior (planificación, implementación y obtención de resultados) hace que ésta, lejos de ser lineal, esté compuesta por varias etapas o ciclos concatenados, cada uno de ellos influenciado por el anterior y determinante directo del siguiente.

Vista desde esa triple perspectiva, la política exterior, o diplomacia, distan de ser algo nuevo. Por el contrario, sus antecedentes trascienden a la consolidación del Estado westfaliano para remontarse mucho antes en la historia, hasta lle-

³⁷ Duroselle, Jean B., *Europa de 1815 a nuestros días. Vida política y relaciones internacionales*, Nueva Clío, Barcelona, 1983, p. 140 a 147.

gar a la época de las ciudades-Estado de la antigua Grecia (*Hellas*), es decir, la zona meridional de los Balcanes y los archipiélagos de los mares Egeo, Adriático y Mediterráneo Oriental; aunque esos núcleos urbanos no conformaban una unidad política, constituían una unidad cultural basada en ancestros comunes y lenguaje, religión y estilo de vida compartidos. Desde ese momento hasta la actualidad, a través de un largo derrotero de veinticinco siglos, la política exterior ha experimentado importantes modificaciones en sus contenidos y formas, que permiten diferenciar entre una etapa *antigua*, previa a la consolidación del Estado westfaliano, y otra posterior a ese acontecimiento; este último lapso, a su vez, puede ser dividido en sendas fases etapas *tradicional* y *moderna* de esta actividad.

Un criterio práctico para diferenciar los períodos tradicional y moderno arriba mencionados consiste en efectuar una comparación entre ambos en torno a los conceptos de *estructura*, *proceso* y *agenda*. Los tres conceptos ya fueron empleados en pasajes previos del presente trabajo. La diplomacia tradicional no contaba con una estructura que la ejecutase, recayendo usualmente esa responsabilidad en personas designadas *ad hoc*, normalmente del círculo cercano al mandatario, primando a la hora de su selección cuestiones tales como la lealtad y la confianza personales, probablemente antes que la idoneidad y la capacidad. El proceso de ejecución no estaba normado y estaba caracterizado por el secreto, que lo eximía del control ciudadano. Finalmente, en la agenda de temas ocupaban una posición descollante las cuestiones vinculadas a la paz y la guerra; es decir, a la seguridad.

En líneas generales, la diplomacia tradicional mantuvo su vigencia hasta la Primera Guerra Mundial. La finalización de esta contienda marca el inicio de la diplomacia moderna, signada por dos características distintivas: por un lado, la apertura de la política exterior al control y escrutinio ciudadano, adoptando un carácter predominantemente público; por otra parte, su accionar en el marco de flamantes organizaciones multilaterales de funcionamiento permanente que carecían de antecedentes en el pasado, como fue el caso de la Sociedad

de las Naciones. En materia de estructura, la etapa moderna de la diplomacia se caracteriza por la constitución en el seno del Estado de organismos especialmente concebidos y diseñados para el ejercicio de la política exterior; normalmente, ministerios o secretarías de Relaciones Exteriores o Asuntos Externos. Estas carteras se integran por personal especializado, incorporado en función de sus antecedentes y capacidades, privilegiando factores meritocráticos. Por otro lado, ese personal se forma y capacita en institutos educativos especialmente diseñados a tal efecto.

Por último, la agenda de la diplomacia moderna se caracteriza por la heterogeneidad de su contenido, donde las cuestiones asociadas a la paz y la guerra ceden espacio frente a temas otrora relegados al campo de la baja política, como la economía y la cooperación internacionales. Además, la referida agenda se encuentra en permanente cambio, como reflejo de la dinámica de los asuntos internacionales. Los cambios que se registran en la agenda de la política exterior repercuten de manera directa en la estructura tanto de los organismos encargados de ejecutarla, modificando su organización interna, como de las instituciones de formación de su personal especializado, alterando los conocimientos que allí se imparten³⁸.

Es válido preguntarse, en lo que parece ser un juego de palabras, hasta qué punto es moderna la diplomacia moderna; o si la vertiginosidad y las exigencias de los asuntos internacionales de hoy no tornan necesaria una actualización. El desarrollo del transporte y las comunicaciones ha jugado un rol central en esta situación: los embajadores desplegados en el exterior ven reducido su protagonismo en la construcción de relaciones bilaterales, tornándose en meros ejecutores de políticas aplicadas y monitoreadas desde sus capitales, en cuyo diseño no participaron. Al mismo tiempo, el avance de los procesos de integración y la participación de los países en instituciones multilaterales de diferente tipo, en un table-

³⁸ White, *Diplomacy*, en Baylis - Smith, "The globalization of world politics", p. 249 a 261.

ro global signado por una creciente interdependencia, erosiona la capacidad decisoria de sus gobiernos. En un contexto como el descrito, compete a los expertos de las relaciones exteriores optimizar una *diplomacia de interdependencia* que logre los mejores resultados para el país, en un marco donde el Estado enfrenta crecientes restricciones para ejercer el poder sobre un número cada vez mayor de áreas.

Esos mejores resultados a los que hicimos referencia suelen diferir de las expectativas de la ciudadanía. Esto es así porque, en tanto los ciudadanos omiten o subestiman la interdependencia existente, actuando como si los gobiernos actuales tuvieran una soberanía absoluta, no aceptan los frenos y condicionamientos que imponen las actuales reglas de juego internacionales. De ahí que se aluda al ingrato papel del diplomático de la actualidad, condenado a comunicarle a su superior la mala nueva de su limitado poder decisorio³⁹.

Con un claro sesgo prescriptivo, un investigador sobre los desafíos que enfrenta la práctica diplomática, Shaun Riordan, señala al menos seis ejes en torno a los cuales deberá reformularse esta actividad. En primer lugar, el desarrollo de una estrategia integrada y holística para lidiar de manera eficiente con las cuestiones que dominan la alta política de la agenda internacional actual (terrorismo, cambio climático y degradación ambiental, criminalidad transnacional, etc.), enfatizando en la cooperación interestatal; segundo, y asociado con el mencionado énfasis en la colaboración entre Estados, el despliegue de una suerte de *diplomacia del diálogo*, orientada a captar la ayuda de otros gobiernos en temas de interés común, basada en el convencimiento (aparece aquí solapada la idea de *soft power* de Nye); en tercer término, la promoción a través de un diálogo abierto de ideas y valores que no sean patrimonio de ninguna cultura o posición sectaria, sino que conciten –al menos nominalmente– adhesión universal. Sobre este último punto, el autor remarca que la credibilidad que alcance el mencionado diálogo se vinculará a la adopción de

³⁹ Gómez, Albino, *Interdependencia, diplomacia y política*, “Archivos del Presente” 3:10 (1997), p. 141 a 149.

una posición flexible y conciliadora dado que, en sus propias palabras, “el esfuerzo de convencer se incluye en un contexto de escuchar”.

Un cuarto eje que propone este antiguo funcionario del *Foreign Office* británico consiste en explorar nuevos canales y agentes –esencialmente no gubernamentales– para desarrollar *diplomacia pública*, es decir, actividades diplomáticas que no están orientadas a otros gobiernos y élites políticas, sino a las sociedades civiles de esos países (*vide supra*). En quinto lugar, la diplomacia debería aprender de la experiencia del sector privado y promover la elaboración de evaluaciones innovadoras que trasciendan el corto plazo para planificar escenarios de mediano y largo alcance. Por último, los diplomáticos destacados en el exterior deberán operar como *empresarios diplomáticos*, detectando oportunidades para establecer relaciones y captando élites políticas, incluyendo comunicadores sociales y formadores de opinión⁴⁰.

Indudablemente, una actualización tanto del estudio como de la práctica de la política exterior debe tomar debida nota del creciente protagonismo que han adquirido unidades políticas subestatales en este aspecto. Si en pasajes tempranos de este ensayo se remarcó que los Estados llevan adelante la política exterior a través de múltiples órganos u organismos, ahora cabe agregar que estas acciones no sólo las lleva adelante el Poder Ejecutivo nacional, sino también los gobiernos provinciales o estatales, así como también las autoridades de alcaldías o municipios. Incursionamos, así, en el campo de la *paradiplomacia*, que ha sido explicada como la capacidad regional o local de dialogar de manera directa con diferentes actores externos⁴¹; otra manera de entender este concepto es a partir de la creciente gravitación que adquirieron actores que tradicionalmente carecían de incidencia en las relaciones internacionales, originando otro tipo de vinculaciones externas e impulsando nuevos escenarios en este campo.

⁴⁰ Riordan, Shaun, *La nueva diplomacia*, “Foreign Policy” (ed. española), n° 7, feb.-mar. 2005.

⁴¹ Zeraoui, Zidane, *Qué es la paradiplomacia*, “Safe Democracy”, 20/2/07.

En el surgimiento y expansión de las prácticas paradiplomáticas incidieron diferentes factores, destacándose la descentralización administrativa que acompañó numerosos procesos de modernización y democratización del Estado. También tuvo una fuerte influencia la globalización, exacerbando las identidades locales. Entendida en este contexto, la paradiplomacia rompió el supuesto según el cual la esfera de la política exterior es monopolizada por los gobiernos centrales. Consecuentemente, sus protagonistas se orientaron a la representación, defensa o reivindicación allende las fronteras de sus sociedades particulares y sus respectivos intereses, de manera directa y sin esperar a que lo hagan los Ejecutivos nacionales. Paralelamente, los gobiernos locales o regionales incrementaron su capacidad de influencia sobre los contenidos y formas de ejecución de la política exterior llevada adelante por el Ejecutivo nacional⁴².

La articulación entre la política exterior que lleva adelante el Estado nacional, con las iniciativas paradiplomáticas de provincias o ciudades, es motivo de especial atención, debido a las fricciones que puede producir. Así, se habla de *paradiplomacia positiva* para aludir a aquellas situaciones en las cuales las acciones de ambos niveles es coincidente y complementaria, mientras una *paradiplomacia negativa* sería aquella que colisiona con la conducta que en esa materia ejerce el gobierno central. Un criterio que sirve al mismo tiempo para reducir las posibilidades de fricción, y para ordenar los ámbitos de actuación de la diplomacia nacional y la paradiplomacia, destaca que la primera se ocupa de la *alta política*, entendiendo de esta manera lo que refiere a la visión global del país, a la suscripción de tratados, la defensa, etcétera. Por contraste, queda abierto para la paradiplomacia el campo de la *baja política*, donde la agenda se articula en torno a cuestiones económicas y culturales, entre otras.

⁴² Miranda, Roberto, *Paradiplomacia y gobierno local: indicios de un modo diferente de hacer relaciones internacionales*, "Anuario 2005", Instituto de Relaciones Internacionales (IRI), Universidad Nacional de La Plata (UNLP).

PARLASUR: UNA MIRADA DESDE LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA

PABLO PARENTE*

1. *Introducción*

Las nuevas democracias latinoamericanas buscan consolidarse en un contexto de inestabilidad política y de gran heterogeneidad social. Gobernabilidad e integración regional definen marcos de desarrollo institucional y cualifican costos y los beneficios de su sostenimiento (Gajate, 2009, p. 33).

Una de las cuestiones que se han planteado como debate en nuestra región con los nuevos gobiernos democráticos, gira en torno al modo de gobernabilidad, ya sea en base a los gobiernos de carácter “presidencialistas”, características de los países latinoamericanos, o bien los que buscaron ir hacia un sistema parlamentario, desde la reforma de la Constitución en nuestro país, en los noventa y aún no se ha podido llevar a la práctica.

Con la conformación del Mercosur, a partir de la firma del Tratado de Asunción, en 1991, comenzó a debatirse el alcance como los Estados miembros por ese momento pueden delegar sus competencias en organismos supraestatales, sin contradecir lo que emanan las constituciones de los distintos países.

Como párrafo aparte merece ser mencionada la incorporación de Venezuela, siendo un proceso controvertido y que todavía genera opiniones encontradas, si bien este país ha

* Licenciado en Comercio Internacional, Universidad Nacional de Quilmes. Maestrando del Instituto de Integración Latinoamericana, UNLP.

mostrado a lo largo de su historia una vocación por la integración regional, pues la Constitución de 1961 ya la comprometía a promover, favorecer y consolidar la integración latinoamericana y caribeña.

Además, el presidente Chávez explicitaba que la incorporación al bloque regional era un “objetivo estratégico” de la política exterior venezolana. El presidente venezolano partía desde las ideas integracionistas de Simón Bolívar, quien convocara el Congreso Anfictiónico de Panamá en 1826, con el objeto de defender la soberanía e independencia de las naciones sudamericanas e impulsar sus intereses comunes, por lo cual desde su discurso Chávez criticaba duramente a los que tenían un enfoque netamente comercialista de la integración.

Ahora bien, para poder analizar las implicancias de la supranacionalidad, analizaremos a partir de las facultades que emanan de las distintitas constituciones.

Podemos decir que la Constitución del Paraguay posibilita la configuración de un orden supranacional, el cual garantice la vigencia de los derechos humanos, la paz y la justicia, etc., basados en la igualdad de los Estados.

En tanto, la Constitución de Uruguay apunta expresamente en sentido de la “defensa común de sus productos y de las materias primas”.

Desde la Constitución del Brasil se destaca la conformación de una “Comunidad Latinoamericana de Naciones”, aunque no queda demasiado claro sobre un mayor grado de integración.

La Constitución de la Argentina evidencia un mayor avance en esta materia, facultando al Congreso nacional la aprobación de tratados que deleguen competencias y jurisdicción a tratados internacionales.

Por último, la Constitución de Venezuela sostiene “la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región”. Además, como la Constitución de la Argentina, da un paso más y afirma que “la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración”.

PARLASUR: UNA MIRADA DESDE LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA

<i>Constitución de la Rep. Oriental del Uruguay (1967)</i>	<i>Constitución de la Rep. Federativa del Brasil (1988)</i>	<i>Constitución de la Rep. del Paraguay (1992)</i>	<i>Constitución de la Rep. Argentina (1994)</i>	<i>Constitución de la Rep. Bolivariana de Venezuela (1999)</i>
<p><i>Art. 6º, parte 2º</i> – La República procurará la integración social y económica de los Estados latinoamericanos, especialmente en los que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas.</p>	<p><i>Art. 4º</i> – La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, social y cultural de los pueblos de América Latina, aprobando la conformación de una Comunidad Latinoamericana de Naciones.</p>	<p><i>Art. 145.</i> – La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural.</p> <p>Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.</p>	<p><i>Art. 75, inc. 24.</i> Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.</p> <p>La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.</p> <p>La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.</p>	<p><i>Art. 161.</i> – La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conlucen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supra-nacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración.</p> <p>Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.</p>

Fuente: elaboración propia a base de los textos de las constituciones actuales.

La integración no es un proceso exclusivamente económico, intergubernamental o interestatal, sino que es multidimensional. Necesita la participación de los actores políticos de la sociedad civil para adquirir vigencia en el marco de sistemas de principios y valores de la ciudadanía en el proceso de integración, lo cual es un factor de legitimidad y una condición al éxito. Si sólo participan los gobiernos, el proceso se estanca y fracasa.

Por ello, esa situación implica un avance en la opción de legitimar las decisiones de la integración con una base poblacional. “El déficit democrático que padecen los proceso de integración sudamericanos radica en la concentración de poder en los órganos intergubernamentales y en la reducción de funciones y autonomía de los órganos de carácter comunitario” (Gajate, 2012, p. 109). Esta situación lleva a profundizar la fragilidad democrática sucediéndose un concentración de poder en los organismos intergubernamentales y una disminución notable en las funciones y atribuciones de los órganos deliberativos.

En la última década la región ha vivido cambios importantes a los sucedidos en los noventa, producto de la asunción de gobiernos denominados por algunos de corte “populistas” o bien, por otros, llamados de liderazgo nacional, sobre todo en los miembros permanentes del Mercosur, los cuales han virado en la concepción de que sólo se centraba la actividad en la dimensión comercial, pasando de ser un bloque de neto corte comercialista a darle una impronta productivista a sus países, enfocando sus políticas a darle valor agregado a sus materias primas.

Asimismo, como producto de estos nuevos bríos, también se buscó imprimirle una nueva impronta al fortalecimiento del Mercosur en otras dimensiones, tales como la creación del Parlamento del Mercosur en diciembre de 2006, en reemplazo de su antecesora Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC), a los fines de poder generar, basada en la ciudadanía, iniciativas que fortalezcan la integración y permitan darle un salto de calidad democrática a las decisiones del bloque.

2. *Parlamento del Mercosur*

Con la firma del Tratado de Asunción, que constituyó al Mercado Común del Sur (Mercosur), en su art. 24 fue previsto el establecimiento de la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur, cuyo objetivo era insertar al Poder Legislativo en el proceso de implementación del bloque, siendo la Comisión un canal de comunicación entre los Poderes Ejecutivos y los Legislativos de los Estados parte.

Con la profundización del proceso de integración, quedó clara la necesidad de una mayor participación de los Legislativos nacionales; en el año 2003 la Comisión Parlamentaria Conjunta celebró con el Consejo del Mercado Común un acuerdo interinstitucional para agilizar la tramitación, en los Congresos nacionales, de toda temática que exigiese la aprobación legislativa para su recepción por los ordenamientos jurídicos de los respectivos Estados miembro del Mercosur. Luego, el Consejo del Mercado Común aprobó el Programa de Trabajo 2004-2006, que previó en su capítulo “Mercosur Institucional” la elaboración de una propuesta relativa al establecimiento del Parlamento del Mercosur.

El Parlamento del Mercosur (Parlasur) fue constituido el 6 de diciembre de 2006, como sustituto de la Comisión Parlamentaria Conjunta, y es el órgano por excelencia, representativo de los intereses de los ciudadanos de los Estados parte, entrando en pleno funcionamiento el 7 de mayo de 2007. Cabe agregar que el Parlasur será un órgano unicameral.

3. *Competencias*

El Parlamento del Mercosur representa a los pueblos de la región. El respeto a la pluralidad ideológica y política en su composición es uno de los pilares de esta institución.

Su legitimidad política, a través del voto ciudadano, le confiere la responsabilidad en la promoción y defensa permanente de la democracia, la libertad y la paz.

El Parlamento tiene un compromiso importante en garantizar la participación de los actores de la sociedad civil en el proceso de integración, impulsando el desarrollo sustentable de la región con justicia social y respeto a la diversidad cultural de su población.

De esa forma, se pretende estimular la formación de una conciencia colectiva de valores ciudadanos y comunitarios, consolidando y profundizando la integración latinoamericana.

Según el art. 4 del Protocolo Constitutivo, el Parlamento del Mercosur tiene determinadas competencias, entre las que se destacan las siguientes:

- Velar en el ámbito de su competencia por la observancia de las Normas del Mercosur.
- Velar por la preservación del régimen democrático en los Estados parte, de conformidad con las Normas del Mercosur, y en particular con el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile.
- Elaborar y publicar anualmente un informe sobre la situación de los derechos humanos en los Estados parte, teniendo en cuenta los principios y las Normas del Mercosur.
- Invitar, por intermedio de la Presidencia Pro Témpore del CMC, a representantes de los órganos del Mercosur, para informar o evaluar el desarrollo del proceso de integración, intercambiar opiniones y tratar aspectos relacionados con las actividades en curso o asuntos en consideración.
- Realizar reuniones semestrales con el Foro Consultivo Económico-Social, a fin de intercambiar informaciones y opiniones sobre el desarrollo del Mercosur.
- Organizar reuniones públicas, sobre cuestiones vinculadas al desarrollo del proceso de integración, con entidades de la sociedad civil y los sectores productivos.
- Emitir declaraciones, recomendaciones e informes sobre cuestiones vinculadas al desarrollo del proceso de

integración, por iniciativa propia o a solicitud de otros órganos del Mercosur.

- Con el fin de acelerar los procedimientos internos correspondientes de entrada en vigor de las Normas en los Estados parte, el Parlamento elaborará dictámenes sobre todos los Proyectos de Normas del Mercosur que requieran aprobación legislativa en uno o varios Estados parte, en un plazo de noventa días de efectuada la consulta.
- Los Parlamentos nacionales, según los procedimientos internos correspondientes, deberán adoptar las medidas necesarias para la instrumentación o creación de un procedimiento preferencial para la consideración de las Normas del Mercosur que hayan sido adoptadas de conformidad con los términos del dictamen del Parlamento, mencionado en el párrafo anterior.
- Elaborar estudios y anteproyectos de normas nacionales, orientados a la armonización de las legislaciones nacionales de los Estados parte, los que serán comunicados a los Parlamentos nacionales a los efectos de su eventual consideración.
- Fomentar el desarrollo de instrumentos de democracia representativa y participativa en el Mercosur.

La polivalencia funcional del Parlamento se manifiesta particularmente a través de cuatro competencias principales: legislativa, de control –y presupuestaria–, representativa, y de legitimación.

4. *Acciones del Parlasur*

Desde sus inicios en 2007, el Parlasur ha expresado posturas declarativas con respecto a iniciativas presentadas por los legisladores de los distintos países, tales como la Declaración de Apoyo al Régimen Institucional de Bolivia, o la Declaración de Respaldo a los Derechos de los Argentinos sobre las Islas Malvinas, entre otras.

También dio un paso más allá por fuera del Mercosur, y en 2008 emitió una Declaración de Felicitación al Grupo Río y a la Organización de los Estados Americanos, por condenar la violación del territorio ecuatoriano por parte de fuerzas militares de Colombia.

La acción más sustanciosa del Parlasur, desde su creación, se dio en octubre del 2010, al sancionar el Código Aduanero del Mercosur, por el cual destacó el canciller argentino Héctor Timerman “importantes logros en materia de integración y que el Código Aduanero, aprobado en la última Cumbre de San Juan, brindará seguridad y certeza a exportadores e importadores”.

La aprobación del Código Aduanero del Mercosur convirtió a la Argentina en el primer país del bloque en ratificar la norma mercosureña, que conformará la unión aduanera más grande del mundo.

El texto del nuevo Código parte del Código Aduanero del Mercosur (CAM), aprobado a fines de 2012, que a su vez se realizó basándose en el Código Aduanero argentino, que era el más moderno. El CAM es un Código “lo suficientemente amplio”, según el director general de Integración y Mercosur del Ministerio de Relaciones Exteriores del Uruguay, Álvaro Ons, “para que cada país pueda introducir sus marcos particulares”, pero tiene “bastantes agujeros”. En este sentido, consideró que recoge diversos instrumentos “de vanguardia”, incluyendo la preferencia por sistemas informáticos y la transmisión electrónica de datos, que el Código Aduanero de la República Oriental del Uruguay (CAROU) contempla.

Asimismo, Ons destacó que es “imprescindible” consolidar el proceso de modernización aduanera hacia la “facilitación del comercio”. En particular, este último consideró que, “cuanto más facilitemos, mayores serán las posibilidades de insertarnos en cadenas globales y expandir nuestra capacidad logística”, pero para esto es necesario incrementar la transparencia y ampliar el elenco de agentes relacionados con la administración; por ejemplo, la nueva figura de Operador Económico Calificado y la de auxiliar de la función aduanera.

“La aprobación del Código permitirá superar la etapa de zona de libre comercio y avanzar en el camino hacia la Unión Aduanera”, destacó Ricardo Echegaray, titular de la AFIP (Administración Federal de Ingresos Públicos) en la República Argentina, tras la aprobación del proyecto que incorpora el Código Aduanero del Mercosur al ordenamiento jurídico nacional.

Por estos días, el presidente del Parlamento del Mercosur, Rubén Martínez Huelmo, junto con la mesa directiva del Parlamento del Mercosur, visitaron el Parlamento argentino, en el marco de la causa argentina contra los fondos buitres, los cuales brindaron su apoyo a la misma. “Nosotros creemos profundamente en la integración, por eso el tema de los fondos buitres y la causa Malvinas son asuntos permanentes en el Parlamento del Mercosur”. Y afirmó que “no son sólo causas de la Argentina, sino de toda América del Sur”.

5. *Parlamentarios*

El protocolo de Constitución del Parlasur en su, art. 6, inc. 2, establece que la designación de los parlamentarios debe garantizar una adecuada representación por género, etnias y regiones. Además, se tiene en cuenta en el art. 7 que los Estados que no son miembros plenos (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú) tengan voz pero no voto.

El mecanismo de elección de los Parlamentarios y sus suplentes se regirá por la legislación prevista de cada Estado parte, la cual procurará asegurar una adecuada representación por género, etnias, según las realidades de cada Estado.

Ahora bien, a partir del acuerdo político de fecha 29 de abril de 2009¹, establece criterios de representación, por lo cual desecha la proporcionalidad directa debido a las grandes asimetrías poblacionales entre los miembros, dando así una excesiva representación a Brasil y la Argentina.

¹ Parlamento del Mercosur, *Criterios de representación ciudadana para el Parlasur*, acuerdo político, 28/4/09.

Este acuerdo político alcanzado logró establecer una proporcionalidad menguada, indicando un modo gradual para alcanzarla. En este orden, Brasil deberá seleccionar 37 parlamentarios, pero el número se incrementará en 75 al momento de la elección. En tanto, nuestro país tendrá que elegir a 26 legisladores mercosureños, pero para las elecciones posteriores deberá ascender la cantidad a 43. La República Bolivariana de Venezuela contará con 33, mientras que Paraguay y Uruguay permanecerían con 18 legisladores. Los parlamentarios tendrán un mandato común de cuatro años, contados a partir de la fecha de su asunción en el cargo, y podrán ser reelectos.

El Consejo de Mercado Común, a través de la dec. 11/14², a propuesta de la recomendación 03/13, del Parlamento del Mercosur, aprobó la “prórroga del período de transición establecido en la dec. 18/11” y extender la etapa de transición única hasta el 31 de diciembre de 2020, según lo dispuesto en el acuerdo político de criterio de representación ciudadana de 2009.

Cabe agregar que la incorporación de Bolivia al bloque económico ya fue aprobada por Venezuela, Paraguay y Uruguay y fue publicado el 3 de septiembre en el Boletín Oficial de la Argentina la aprobación del Protocolo de Adhesión del Estado Plurinacional de Bolivia al Mercosur, ley sancionada por el Congreso el 2 de julio y promulgada el 21 de agosto de este año.

El protocolo había sido firmado por los miembros plenos con Bolivia el 7 de diciembre del 2012, pero para concretar la incorporación plena es necesaria la ratificación de los parlamentos de cada uno de los países que integran el bloque. El único que todavía no lo hizo fue Brasil.

Actualmente son dieciocho legisladores por país –cabe destacar que, a partir de la incorporación de Venezuela al bloque, tiene el mismo número de representantes–, los cuales han sido designados en forma indirecta, a través de los dis-

² Consejo del Mercado Común, dec. 11/14, Funcionamiento del Parlamento del Mercosur, 2/6/14.

tintos Congresos Nacionales, con la excepción de Paraguay, que en 2008, mediante votaciones directas, eligió sus representantes.

En este sentido se torna fundamental la elección popular de los miembros del Parlasur por el voto directo. Porque los diputados que nos representarán en el nuevo parlamento van a ser electos por regiones, por sectores geográficos, van a poder vincular el proceso de integración a los pueblos de esas regiones, van a tener que salir a hacer campañas, deberán plantear cuál es la importancia del Mercosur para la región y qué demandas de la región podrán canalizar hacia el proceso de integración. Todo ello implicará un gran dinamismo en la vida del bloque regional (Vittar, 2011, p. 22).

6. *Situación de la Argentina*

El Congreso Nacional dio sanción definitiva a la ley que permite elegir por voto directo de los ciudadanos a los legisladores del Parlasur en la sesión del 29 de diciembre de 2014. El proyecto impulsado por el gobierno fue aprobado con 37 votos a favor, mientras que 12 senadores se manifestaron en contra.

Ahora bien, el proyecto establece una reforma del Código Electoral para la elección de los 43 legisladores ante el Mercosur. Los candidatos al denominado Parlasur ocuparán el segundo cuerpo de la boleta, es decir, estarán a continuación del postulante presidencial. De esta manera, habrá 24 representantes (uno por provincia más la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) más 19 ciudadanos elegidos por un distrito único que representarán a la Argentina ante el organismo regional.

En tanto, entre los fundamentos se sostiene que los Parlamentos y Congresos han asumido en las modernas democracias representativas un rol fundamental, en cuanto son espacios para el ejercicio mediado de la soberanía popular, para la búsqueda pacífica del consenso, de la resolución de conflictos y diferencias en sociedades complejas y para la legitimación del proceso político. Este rol ha estado vinculado

históricamente al desempeño de determinadas funciones (representativa, de legitimación, legislativa y de control) que no son cumplidas de la misma forma ni a partir de los mismos principios, por los poderes ejecutivos.

También se afirma en la argumentación de la iniciativa que el Parlamento del Mercosur deberá ser la usina generadora de propuestas que tengan como sujeto al ciudadano y que posibiliten la construcción de una identidad regional, en forma paralela a la nacional. Asimismo deberá cumplir el rol de espacio regional concebido en clave democrática como un instrumento para el desarrollo con inclusión, donde todas las voces sean oídas.

Cabe destacar que la elección de parlamentarios del Mercosur se realizará el Día del Mercosur Ciudadano. Entre las disposiciones transitorias se aclara que, mientras no se establezca por los organismos competentes el Día del Mercosur Ciudadano, las elecciones de parlamentarios del Mercosur se realizarán simultáneamente con las elecciones nacionales inmediatas anteriores a la finalización de los mandatos.

En 2015, la elección de parlamentarios del Mercosur se realizará en simultáneo con las próximas elecciones presidenciales, las cuales serán convocadas para la misma fecha.

7. *Consideraciones finales*

En las instituciones de carácter legislativo como el Parlasur, hasta que no se produzca una modificación en su carácter de consultivo y no vinculante, y se adecuen sus competencias poco relevantes, poco podrá esperarse un aporte al fortalecimiento democrático de la gobernabilidad regional.

Para ello será necesario avanzar sobre los impedimentos de las legislaciones nacionales con el fin de progresar hacia la supranacionalidad, para que la integración deje de ser un sistema de interpresidencialismo sin controles de los demás poderes estatales.

Hasta estos días, la labor del Parlasur fue sólo la elaboración de declaraciones y recomendaciones, tales como el forta-

lecimiento de la democracia o bien sobre cuestiones políticas coyunturales, con la excepción de la creación del Código Aduanero Mercosur, que aún se encuentra en un lento proceso de adhesión por todos los Congresos nacionales, donde sólo la Argentina ya lo ratificó.

Es necesario que los Estados miembros adecuen sus legislaciones electorales –con la excepción de Paraguay que ya eligió sus representantes por voto directo– para que se produzcan las elecciones de parlamentarios del Mercosur a través del voto directo, secreto y universal, otorgando así más ciudadanía. De esta manera se podrá ampliar el Mercosur como un verdadero proyecto regional integracionista, superando la dimensión comercial que tiene por estos días.

Con esta situación se podrá clarificar al elector sobre la importancia de la consolidación del bloque para nuestro país, lo significativo de su participación en el proceso electoral, así como también el compromiso por parte de los “candidatos” a no sólo explicar por qué está en esa condición, sino que deberán indicar a la sociedad los beneficios que se obtendrán para la región del país que represente, en la dimensión económica, política o social. De esta manera podremos dar un paso más hacia el sentido de crear identidad mercosureña y acercar los beneficios de la integración al ciudadano.

Bibliografía

- Consejo del Mercado Común, dec. 11/14, *Funcionamiento del Parlamento del Mercosur*, www.mercosur.int/.
- Gajate, R. (2009), *Los Parlamentos de la CAN y Mercosur. ¿Garantía de gobernabilidad para los bloques?*, en Mellado, B., “Gobernabilidad e instituciones en la integración regional”, Córdoba, 2009, p. 33 a 58.
- Gajate, R. (2012), *Los Parlamentos de la UNASUR, CAN y Mercosur. ¿Mayor gobernabilidad en la integración sudamericana?*, en Mellado, B., “Instituciones, comercio y cooperación monetaria en la integración sudamericana: sus efectos sobre la gobernabilidad regional”, Lerner, Córdoba, 2012, p. 93 a 109.
- Parlamento del Mercosur, www.parlamentodelmercosur.org.
- Parlamento Mercosur, *Criterios de representatividad ciudadana*, acuerdo político, 28/4/09, www.parlamentodelmercosur.org.

- Parlamento Mercosur, Prórroga del Período de Transición establecido en la dec. 18/11, 2/12/13, www.parlamentodelmercosur.org.
- “Revista de Integración y Cooperación Internacional”, oct.-dic. 2009, Centro de Estudios de Relaciones Internacionales de Rosario, www.cerir.com.ar.
- Vittar, J. (2011), en las Jornadas Sistemas Políticos e Integración Regional. Parlamento del Mercosur, auspiciadas por la Maestría en Integración Latinoamericana de la Universidad de Tres de Febrero.

LAS GLOBALIZACIONES JURÍDICAS

ERNESTO GRÜN*

*“El arte de la vida consiste en adaptarse
constantemente a lo que nos rodea”*

(OKARA KUKUZO)

La frase del epígrafe sintetiza la actitud que, creo, debemos adoptar frente a los nuevos y complejos retos que nos presentan ciertos fenómenos que aceleradamente se producen en el ámbito de nuestros estudios y quehaceres jurídicos. Por ello, en este trabajo desarrollaré este tema de actualidad: la globalización y, más específicamente, el de las globalizaciones en el ámbito del derecho, porque el fenómeno de la globalización trae una revolución en el ámbito jurídico, que está llevando a nuevas demandas y a la creación de nuevas instituciones donde éstas puedan solucionarse.

Se ha dicho que la aparición de esta nueva era histórica, de carácter global, implica una quiebra de los supuestos del conocimiento: una ruptura epistemológica. El cambio del contexto mundial modificó la forma de pensar. El pensamiento lineal, secuencial, cartesiano, que durante siglos se ha usado para enfocar los problemas científicos, políticos y jurídicos no sirve ya, actualmente, para describirlos, analizarlos, ni mucho menos para actuar sobre el derecho.

Por ello he adoptado, hace ya años, un enfoque sistémico y cibernético de los fenómenos jurídicos¹.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA).

¹ Para mejor comprensión de este trabajo y la aplicación en él de conceptos sistémicos y cibernéticos, ver Grün, Ernesto, *Una visión sistémica y*

Hace ya muchos años que me ocupo del tema de la globalización jurídica; mi primer trabajo en este sentido, publicado en Internet, se remonta a 1998. Posteriormente lo he ampliado y actualizado; expuse sobre él en el Congreso sobre Sistemas Jurídicos Comparados que tuvo lugar en Mexico, en 2004, y modifiqué y amplié mi libro sobre una visión sistémica y cibernética del derecho, publicado originalmente por Abeledo-Perrot en 1995.

Oportunamente, un trabajo del profesor Güenther Teubner actuó como disparador para repensar algunas cosas y, aunque no comparto el enfoque filosófico-jurídico del profesor Teubner, basado en una versión modificada del systemicismo de Niklas Luhmann, su trabajo aportó nuevos elementos a este tema que, si bien reciente en la literatura jurídica, en estos últimos años ha sido objeto de una abundante producción científica, la cual, centrado en los aspectos sistémicos y cibernéticos de los fenómenos, yo no había estudiado con detención.

Es así que encontré, navegando por Internet, otro estudio de un investigador mexicano, Miguel Carbonell (*Globalización y derecho*), quien dice que la globalización, así, en singular, no existe y que en realidad no hay una sino varias globalizaciones, cada una de las cuales obedece a su propia lógica y a sus propios ritmos.

Asimismo, se ha hablado de la contradicción entre dos procesos de mundialización o globalización, uno de los cuales tiende hacia la uniformización y el otro hacia la fragmentación, y así aparece un riesgo de incoherencia relacionado, ante todo, con la multiplicación de las fuentes normativas, ya sean éstas de origen público o privado. Es así que en el ámbito del comercio internacional se observa que el derecho estatal o interestatal es remplazado por la “ley del mercado”, aplicada por árbitros nombrados a título privado, como veremos.

cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI, UNAM-LexisNexis, Bs. As., 2006, y varios de los trabajos que integran el sitio web <https://sites.google.com/site/egruensistemicacibernetica/>.

En todos mis trabajos a los que hacía referencia antes, siempre había hablado de “la” globalización jurídica, pero al hacerlo incurrí (como, dicho sea de paso, muchos otros autores) en un reduccionismo contraproducente. Porque el reduccionismo implica “reducir” todo a elementos últimos, a partir de los cuales se explica luego el resto. Se pensó, durante largo tiempo (desde los griegos a nuestros días), que ellos eran, por ejemplo, en física los átomos, y más modernamente en biología la célula y en la sociedad el individuo. Pero los modernos descubrimientos en todos estos campos demostraron la falsedad de la existencia de tales últimos elementos. Y así, en este tema de la globalización, el reduccionismo implica desconocer los variados matices y aspectos que cobran los fenómenos de la globalización o, como otros la llaman, la mundialización. Y es curioso que ello me haya sucedido, porque ya en mis primeros trabajos sobre el tema citaba al ex secretario de las Naciones Unidas Butros Gali, que expresaba que en realidad existen diversos fenómenos de globalización en diferentes áreas: la económica, la cultural, la de las enfermedades, etcétera. Y que ellos se encuentran interrelacionados e interactúan. Afirmaba que no existe una sino muchas globalizaciones; por ejemplo, la de la información, de las drogas, de las pestes, de la ecología y, naturalmente –ante todo–, la de las finanzas. Aparece también una gran complicación –decía– porque las globalizaciones avanzan con velocidades muy diferentes.

Profundizando en el tema se puede ver que lo que sucede en el ámbito general también pasa en el ámbito más específico del derecho. Y también he advertido la profunda incidencia que esta situación tiene con respecto a la filosofía del derecho y a la teoría del derecho.

Pero antes de ir a esos diversos procesos, con sus variantes y matices, ¿qué es, básicamente, la globalización?

Una caracterización, de alguna manera de humor negro, la define así: “El mejor ejemplo lo tenemos en el caso de la princesa Diana: se trata de una ex princesa británica, con un novio egipcio, que usa un celular sueco, que choca en un túnel francés, en un auto alemán, con motor holandés, maneja-

do por un conductor belga, que estaba excedido de whisky escocés. A ellos les seguía de cerca un *paparazzi* italiano, en una motocicleta japonesa. ¿Está claro qué es la Globalización?”.

Yendo a una más seria, ha sido definida como el proceso de desnacionalización de los mercados, las leyes y la política, y se sostiene que debemos distinguirla de la internacionalización, que es definida como el medio para posibilitar a las naciones-Estados de satisfacer sus intereses nacionales, en áreas en las cuales son incapaces de hacerlo por sí mismas. La internacionalización implica cooperación entre Estados soberanos, mientras que la globalización está minando o erosionando la soberanía.

Es un error muy común erigir a la globalización económica y financiera como la que abarca a las demás globalizaciones, motiva su aparición y moldea su estructura y funcionamiento. Sin dejar de reconocer que es la más visible, y que tiene una gran influencia sobre las otras, en una visión sistémica del fenómeno no podemos decir que exista la primacía de un determinado sistema sobre los otros.

Es que, como ha señalado el doctor Alberto Montbrun, la realidad no está hecha de elementos que interactúan, sino de procesos en retroalimentación dinámica y multinivélica. Anthony Giddens, a su vez, ha señalado específicamente, en lo que se refiere a la globalización, que es una serie compleja de procesos.

Las globalizaciones jurídicas, sea que se generen o no en las áreas tradicionales del derecho estatal, conforman procesos que, si los observamos, advertiremos que ellos son complejos y poseen múltiples relaciones y retroalimentaciones entre sí y con diversos otros sistemas del mundo.

Un ejemplo fue la epidemia del síndrome agudo respiratorio severo o SARS, que ocurrió en 2003, felizmente superada con rapidez. Son múltiples los problemas de orden médico, económico, social, entre otros, que la rápida expansión del SARS había causado, debido a la acelerada globalización de los medios que permiten su difusión, particularmente la navegación aérea y, en el orden económico, la incidencia

en la producción de empresas multinacionales en diversas partes del mundo. Asimismo el SARS tuvo implicancias en el derecho humanitario internacional, las regulaciones internacionales de salud de la Organización Mundial de la Salud, en la afectación de libertades civiles por parte de los tribunales, como ha sucedido en China, con cuestiones de derecho intelectual vinculadas al desarrollo, por parte de empresas privadas de tecnologías de diagnóstico, terapias antivirales o vacunas para tratarlo. En China se había prohibido la adopción de niños por extranjeros para evitar la difusión del mal. Esto, como en otros órdenes, afectaba el derecho de familia.

El estrés al que se vio sometido el derecho por la aparición de la “neumonía atípica” ha hecho surgir nuevas instituciones y mecanismos jurídicos, que se adecuan a la nueva situación social (y sanitaria) en el mundo, del cual es un ejemplo, como lo son el sida y, ultimamente, el ébola, entre otros.

Los múltiples aspectos y problemas que suscitó la reciente epidemia del ébola muestran la íntima conexión entre sistemas nacionales, internacionales y transnacionales, económicos, políticos, sanitarios, sociales y jurídicos que necesitan una más eficiente y rápida legislación y jurisprudencia global para encarar éste y otros problemas semejantes, que se irán produciendo ineludiblemente en el mundo globalizado de comienzos de este siglo XXI.

Han aparecido en este nuestro mundo ya globalizado algunos sistemas jurídicos que han nacido y se han desarrollado fuera de los canales tradicionales de producción del derecho, como, por ejemplo, la *lex mercatoria* y la *lex retis* –esto es fuera del ámbito y del “paraguas” del Estado soberano–, y también, por lo menos en ciernes, han surgido otros, como las regulaciones internas de las corporaciones multinacionales y particularmente los sistemas normativos de las organizaciones no gubernamentales o, como son conocidas por sus siglas, las ONG.

Porque, como se ha señalado, las ONG se han establecido como importantes actores en las relaciones internacionales, y este desarrollo ha sido descripto como la emergencia de una sociedad civil internacional.

Especialmente interesante es el caso del Comité Olímpico Internacional, ya que dicho Comité actúa autónomamente dentro del orden legal de los Juegos Olímpicos, siendo reconocido como una organización no gubernamental internacional, que asume un poder jurisdiccional supremo para actuar en el área de la *atlética amateur*.

Parece que la práctica de los Estados es aceptar la autonomía relativa del orden legal enmarcado y ejecutado por el COI. Por ejemplo, decisiones concernientes a la selección de las ciudades para los Juegos Olímpicos han sido tratadas como soberanas y los tribunales y las cortes estatales son reacias a otorgar protección legal contra decisiones punitivas del COI, como ser, por ejemplo, la prohibición de participar en los juegos olímpicos, lo cual en una era de deportes completamente profesionalizados puede implicar una denegación de derechos fundamentales, como el de la libre elección y ejercicio de una profesión. Por lo que se ha dado en llamar al Comité las “Naciones Unidas” o “el gobierno mundial” en el campo del deporte.

Éstos son sistemas que han surgido directamente en el espacio global. Pero hay otros cuya globalización es consecuencia de la acelerada evolución de determinados sectores del derecho estatal hacia un derecho internacional de nuevas características o, más bien, de un derecho transnacional.

¿Cuáles son los principales procesos de estas modalidades de globalización jurídicas?² Sin que haya un orden preciso, podemos enumerar los principales, que a mi juicio son los siguientes: el derecho penal, el derecho ambiental, los derechos humanos. En cada una de estas esferas se dan diferentes estadios de evolución y diversas formas y peculiaridades de conexiones con los derechos estatales.

En el caso del derecho penal ya existen tribunales internacionales autónomos, como el Tribunal Penal Internacional

² Adviértase que he dicho “procesos de globalización jurídicos” y no “procesos de globalización del derecho”, porque de esta manera evitamos “cosificar” el *derecho*, que es una de las razones que lleva a actuar en forma reduccionista.

de La Haya y sus antecesores. Se está perfilando un sistema de justicia penal global para juzgar los ataques más graves contra los valores humanos fundamentales.

Frente a la negación sistemática de derechos humanos básicos, y a la masificación de la crueldad, ha surgido la necesidad vital de un sistema de justicia penal que trascienda los subsistemas nacionales o tribales. La globalización de la justicia penal se concreta en una serie de actos legislativos y judiciales que obran como elementos de un sistema destinado a la supervivencia del género humano y a la prevención del riesgo global involucrado hoy en día por sectarismos que pretenden justificar su acción destructiva con argumentos del tipo nacionalista, étnico o religioso. El Tribunal Penal Internacional cumple la función de reorganizar el sistema jurídico internacional a un nivel más complejo, agregándose a las organizaciones ya existentes que otorgan al derecho internacional moderno una creciente preeminencia sobre los tribunales nacionales. Contribuye así a la elaboración de una nueva legalidad internacional.

La creación del Tribunal Penal Internacional estuvo precedida por una serie de pasos fundamentales, orientados hacia la formación de una nueva justicia global. Por ejemplo, la decisión del Tribunal Criminal Internacional para Ruanda, que constituye la primera condena pronunciada por un tribunal internacional en un caso de genocidio. Tanto el trabajo de dicho tribunal como el creado para juzgar los crímenes cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia representan etapas fundamentales en la lucha para erradicar “la cultura de impunidad, en la cual era más fácil ajusticiar a alguien por matar una persona que por matar cien mil”. Asimismo, los últimos años han sido testigos de que el crimen se desliza de una esfera local hacia una global. Desde este punto de vista, concebir el mundo como una red jerárquica aparece como un modelo anticuado de control social. El crimen organizado es reemplazado por el crimen transnacional. Por ello parece necesario actuar contra este tipo de actuaciones en términos de “localismos globalizados” y “globalismos localizados”, según la ingeniosa denominación de Wanda de Lemos Capeller.

Es decir, se trata de uno de los aspectos de lo que se ha dado en llamar “glocal” y sobre lo cual diremos algo más adelante.

En la misma línea, recuerdo un interesante e impresionante artículo de Mario Vargas Llosa comentando el hecho de que comienza a difundirse la extensión de la jurisdicción para ciertos crímenes aberrantes, relatando el caso “Amnon Chemouil”, donde un pedófilo francés fue condenado por haber transgredido el Código Penal de 1994, perpetrando una violación sexual a una menor... en Tailandia, y ello en virtud de una ley francesa del 17 de junio de 1998, que autoriza a los tribunales de ese país a juzgar las agresiones sexuales cometidas en el extranjero y aun cuando los hechos imputados al acusado no sean considerados delitos en el país donde se cometieron. Acota Vargas Llosa que la globalización no es sólo la creación de mercados mundiales y de compañías transnacionales; es también una interdependencia planetaria que permite extender la justicia y los valores democráticos a las regiones donde todavía impera la barbarie y la impunidad para los crímenes sexuales y políticos³. Es que, tradicionalmente, los tribunales de un Estado sólo tenían jurisdicción sobre las personas que habían cometido un delito en su propio territorio, pero el derecho internacional ha ido reconociendo que los tribunales pueden tener ciertas formas de jurisdicción extraterritorial, como son las que se ejercen sobre los delitos cometidos fuera de su territorio por los nacionales de un Estado, sobre los delitos contra los intereses esenciales de un Estado en materia de seguridad, y sobre los delitos cometidos contra los nacionales del propio Estado. Esto es lo que se ha denominado “jurisdicción universal”.

En cuanto al derecho ambiental, la globalización aparece quizás en su forma más dramática y precisa, por cuanto se vieron cada vez más claramente las expresiones de la degradación ambiental cruzando los límites nacionales y que algunos de ellos, como la disminución de la capa de ozono, eran fenómenos específicamente globales y que, paralelamente, se producían aceleraciones en la normativa del derecho

³ “La Nación”, 4/11/00.

ambiental a nivel nacional, así como los esfuerzos de normativas proteccionistas del medio ambiente multinacionales o internacionales. Por su parte, dada la uniformidad global de las tecnologías industriales que amenazan el medio ambiente polucionándolo, se ha producido una considerable uniformidad, incluso en normas de derecho ambiental nacionales. Particularmente mediante la formalización de los llamados convenios-marco.

En esta esfera jurídica no se ha llegado aún a la evolución que sufrió el derecho penal, pero se ha dicho que ya llegó la hora de ponernos a la altura de las circunstancias y proceder a impulsar la creación de un Tribunal de Medio Ambiente Internacional.

En el ámbito de los derechos humanos, por su parte, desde hace varias décadas se ha ido perfilando como una suerte de nuevo derecho, en lo que se ha denominado la “comunidad internacional”. Este nuevo derecho no atiende a ésta en cuanto formada por Estados, sino que reconoce directamente a la persona o a la personalidad humana, y no es parte del derecho internacional tradicional, sino que, de alguna manera, ha tenido la misión globalizadora de que los distintos Estados reconozcan la necesidad de la protección de la persona humana.

En el campo de los derechos humanos es donde comienza a notarse con mayor fuerza la aparición de mecanismos e instituciones jurídicas globales. A través de las organizaciones internacionales, de los tratados y otras formas de interrelación y cooperación internacional, se ha formado un subsistema jurídico-institucional, que regula cibernéticamente el sistema social constituido por esta comunidad internacional. Dicho subsistema asegura la estabilidad y seguridad de la comunidad global. Garantiza no solamente la coexistencia pacífica, sino también la cooperación para la solución de graves problemas transnacionales que amenazan la supervivencia del sistema humano global.

En lo referente a aquellos sistemas que, como hemos dicho, han nacido directamente en el mundo globalizado y por fuera de la normación estatal, en estos nuevos sistemas se

nos presenta una estructura diferente, particularmente en los casos de la *lex mercatoria* y la *lex informatica* o *lex retis*.

La *lex mercatoria* es, hoy en día, el ejemplo más prominente de un derecho mundial sin Estado, de un derecho mundial que se ha generado más allá de la política nacional o internacional. Y se trata de un ordenamiento jurídico global producido en un proceso legal autónomo y que continuamente se sigue desarrollando.

Se ha caracterizado a la *lex mercatoria* diciendo que en las relaciones comerciales internacionales existen reglas consuetudinarias internacionales, o derecho a-nacional o tercer derecho. Empresas multinacionales celebran entre sí contratos que ya no someten a ninguna jurisdicción nacional ni a ningún derecho material nacional. Convienen en someter sus contratos a un arbitraje independiente de los derechos nacionales, pero los cuales, a su vez, deben aplicar normas de un derecho comercial transnacional⁴.

Evidentemente se ha establecido aquí una práctica jurídica que funciona por fuera de los órdenes jurídicos nacionales y de las convenciones de derecho internacional, con un sistema normativo y jurisdicción propias, que no puede ser ubicado dentro de la jerarquía normativa clásica del derecho nacional e internacional.

Lo que ha sucedido es que la globalización de las finanzas y de los negocios tiene ramificaciones en la política y los sistemas legales se adaptan a la era global.

A su vez, y a diferencia de la *lex mercatoria*, la *lex informática* tiene ramificaciones y conexiones con la globalización de las comunicaciones, particularmente referidos a los conflictos, delitos y situaciones de todo tipo, surgidas de la explosiva expansión de la Internet. He aquí nuevamente una semejanza, por una parte, y una diferencia estructural, por la otra, de las dos globalizaciones, la de la *lex mercatoria* y la *lex informática*.

⁴ En los últimos veinte años el arbitraje comercial internacional se ha convertido en el principal instrumento de resolución de las controversias comerciales transnacionales. Con respecto a este tema, ver Sassen Saski, *Fuori controllo*, Il Saggiatore, 1998, p. 33, nota 1.

Ambos sistemas, la actual *lex mercatoria* y la *lex retis*, tienen mucho en común, pero su evolución ha seguido parámetros distintos, a su vez, de las otras globalizaciones, como la del derecho penal, del ambiental o de los derechos humanos. En efecto, tanto el sistema de la *lex mercatoria* como el de Internet son sistemas complejos que se han ido autoorganizando y por ello debemos empezar a entender que, como lo señala Norbert Bolz, el sentido de los sistemas complejos no es el resultado de proyectos ordenatorios como los que son característicos de los derechos nacionales. Cuanto más complejo es un sistema menos se lo puede gobernar con órdenes. E indudablemente tanto la *lex mercatoria* como la *lex retis* lo son en alto grado. Por ello debemos aprender a manejarlos a través del caos, y esto es lo que está sucediendo con ambos sistemas. Para ello habrá que tener presentes las cuatro reglas básicas del manejo de éste que son: *a)* la conversión de organización a orden espontáneo; *b)* la autorganización en vez de la planificación; *c)* la estabilidad a través de la flexibilidad, y *d)* la autonomía con dependencia de la retroalimentación del entorno.

Con relación a Internet se habla de un proceso descentralizado, emergente; el mecanismo que Daniel Bell llamó derecho policéntrico y que se conecta con la forma en que han sido concebidos y puestos en funcionamiento los protocolos técnicos de la red, dando lugar a un complejo sistema adaptativo. Uno de los aspectos más importantes de una visión sistémica es el énfasis sobre las interconexiones de un sistema con otros, lo que tiene importancia en la conformación de su estructura. Como dicen Marcelo Arnold y Francisco Osorio, profesores de la Universidad de Chile, “las relaciones entre los elementos de un sistema y su ambiente son de vital importancia para la comprensión del comportamiento de sistemas”. En el caso de ambos sistemas ellos muestran conexiones con otros sistemas de su entorno. La *lex mercatoria* se conecta con los órdenes jurídicos nacionales, para poder hacer cumplir las resoluciones arbitrales. Y, en el caso de la *lex informática*, se conecta con los sistemas técnicos que hacen a la formulación de los protocolos; lo que Lessig llama la “ar-

quitectura” o el “código”. Este código, en el espacio virtual, como la arquitectura en el espacio real, determina cómo la gente interactúa. El ciberespacio está regulado por leyes, pero no únicamente por ellas. Las especificaciones técnicas serían, de algún modo, parte del “derecho del ciberespacio”; la propia esencia de la red está definida por estos “protocolos de la red” y, consecuentemente, la persona o entidad que está en la posición de dictar el contenido de estos protocolos es, en primera instancia, al menos, un “hacedor de reglas” primario con relación a la conducta en la red.

Enfocando la cuestión desde otros ángulos totalmente diferentes, hay que señalar que han aparecido en la práctica profesional los grandes estudios jurídicos internacionales o globales, también producto de estos fenómenos nuevos. Se ha señalado que esto tiene profundas consecuencias para el sistema jurídico global y que las firmas internacionales de abogados constituyen un componente importante en el motor de la globalización. Y se está dando una gran transformación en lo que se refiere a la jurisprudencia y la doctrina que, en forma creciente, y gracias a los nuevos medios de comunicación, particularmente Internet, trascienden los límites nacionales para ser incorporados rápidamente, en ámbitos geográficos y culturalmente distantes de los originarios, influenciando de manera notoria la creación y aplicación del derecho. Basta leer nuestras publicaciones jurídicas impresas o virtuales.

Hay otro aspecto que hace a esta situación de la existencia de diferentes globalizaciones jurídicas que marchan a velocidades diferentes y presentan aspectos estructurales y funcionales también diferentes. Y es estudiar la posibilidad o, más bien, la ventaja o desventaja de la futura existencia de una Constitución Supranacional o Universal.

En este sentido dice Alberto R. Dalla Vía, en un trabajo significativamente titulado *¿Hacia la Constitución supraconstitucional?*, que la transformación desde el Estado-nación hacia una versión ampliada de la Comunidad o la Región, como sujeto político, nos obliga también a repensar el concepto clásico de la Constitución y algunos de sus conceptos claves, que tal vez deban comenzar a pensarse fuera de la idea del

Estado-nación. O, como señalaba Alberto Spota, “la característica típica del constitucionalismo de la segunda mitad de este siglo xx, radica en que ha tenido que abrir sus puertas al derecho comunitario dando prelación a ese derecho comunitario sobre la normativa nacional. La globalización trae modificaciones sustanciales al derecho constitucional. Es muy difícil pronosticar cómo será el derecho constitucional frente al poder globalizado. E inclusive si existirá un derecho constitucional de la globalización. El derecho constitucional de la globalización tiene final abierto”.

Elmar Altvater y Birgit Mahnkopf, en su libro *Los límites de la globalización*, han señalado que es verdaderamente dudoso que pueda existir un molde, es decir, una Constitución, en el cual pueda caber un Estado mundial. Es que el problema consiste en que se trata de forma acrítica de trasladar los esquemas, problemas y estructuraciones del concepto de Constitución que se han aplicado al Estado nacional al ámbito de la sociedad mundial y a un hipotético Estado mundial, mediante, por ejemplo, la conversión de la carta de las Naciones Unidas en un derecho constitucional mundial, que sería puesto en vigencia por la comunidad internacional y que legitimaría el empleo de la coacción política mundial.

Günther Teubner, en este sentido, expone la tesis de que la Constitución en la sociedad mundial evoluciona no hacia una Constitución Supraconstitucional, sino hacia la constitucionalización de una multiplicidad de sistemas sociales mundiales, parciales y autónomos.

La creación de derecho también se produce fuera de las clásicas fuentes del derecho internacional; por ejemplo, en contratos entre “jugadores globales”, en regulación privada del mercado por empresas multinacionales, creación de normas por parte de organizaciones internacionales, sistemas de conferencias interorganizacionales que se desarrollan parcialmente en mercados, parcialmente en procesos de negociaciones de organizaciones. Todo lo cual implica que los nuevos fenómenos de una juridización global produzcan procesos de constitucionalización también por fuera de instituciones estatales y políticas.

Finalmente, una somera referencia a lo que se ha dado en llamar “glocal”. Es decir, si bien por una parte el Derecho global se desvincula del territorio, y asume, o pretende asumir, un valor universal y transnacional, por el otro se fragmenta en múltiples “dialectos” jurídicos. Por eso se ha usado la gráfica imagen de que lo que es un derecho glocal: un ciempiés que apoya sus patas en muchos lugares para conectar los extremos del globo. Lo glocal se ha resumido también en una frase: “pensar globalmente y actuar localmente”.

Si observamos todo este complejo panorama de diversos procesos globalizadores y globales en la esfera de lo jurídico, desarrollándose con pautas muy disímiles y aun contradictorias, en algunos casos, a velocidades muy diferentes y con propósitos propios en los diferentes ámbitos, desde el ángulo de la filosofía y la teoría del derecho se hace sumamente difícil, casi utópico, pensar en una teoría general, clara y sistemática como la que se pretendía construir en el siglo xx. Porque estamos asistiendo a una auténtica mutación genética del Derecho: cambian los actores del proceso jurídico, cambian las modalidades de producción y funcionamiento de las reglas jurídicas. Lo jurídico se transforma radicalmente. Como hemos observado al principio y con esto, con la circularidad característica de lo sistémico y cibernético, concluyo: debemos tener presente que cambia la epistemología del Derecho en general, pero en particular cambia de episteme del Derecho forjado en la tradición iuspositivista.

Como dijo ese gran escritor y pensador que fue Arturo Uslar Petri, “habrá que repensar las estructuras del gobierno y del Estado que, en lo esencial, son las mismas que la civilización occidental adoptó en los siglos xviii y xix y que evidentemente no corresponden a la compleja estructura de las sociedades actuales. Hay que repensar el gobierno, hay que repensar el Estado y hay que repensar la sociedad para encontrar maneras valaderas de hacerlos más eficaces y más adecuados a la complejidad de nuestro tiempo”.

Y yo agregaría: hay que repensar el derecho.

Bibliografía

- Altvater, Elmar - Mahnkopf, Birgit *Grenzen der Globalisierung*, Westfälisches Dampfboot, 2000.
- De Prada García, Aurelio, *Apuntes para una teoría glocal del derecho*, "Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho", n° 5, 2002.
- Delmas-Marty, Mireille, *Por un nuevo orden jurídico mundial*, "Label France", ene. 2000, n° 38.
- Díaz Müller, Luis T., *Globalización y principio de jurisdicción universal*, México, "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", n° 105, sep.-dic. 2002, p. 859 a 879.
- Günther, Klaus, *Anwaltsimperien*, en "Kursbuch", Rowohlt, 2004, 1 a 13.
- Lessig, Lawrence, *The laws of cyberspace*, <http://code-is-law.org/main.html>.
- Moreno, Francisco, *Derecho de la globalización sin Estado*, www.liberalismo.org/articulo423/258.lexmercatoria.derecho.globalizacion.estado.
- Rotman, Edgardo, *Consideraciones acerca del Tribunal Penal Internacional desde un punto de vista sistémico y cibernético*, en "Ensayos sobre sistémica y cibernética", Dunken, Bs. As., 2003.
- Spota, Antonio A., *Globalización, integración y derecho constitucional*, LL, 1999-A-905.
- Teubner, Günther, *Globale Zivilverfassungen*, en "Kursbuch", Rohwolt, 2004, p. 91 a 96.

Miscelânea

Eventos destacados del año 2014

HONORIS CAUSA DR. RICARDO LORENZETTI

El Dr. Ricardo Lorenzetti, presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sido distinguido con la entrega del Doctorado Honoris Causa, el pasado 10 de septiembre de 2014, en el Salón Auditorio de la UM.

En el evento participó el señor Rector de nuestra Casa de Altos Estudios, Dr. Héctor Norberto Porto Lemma, el Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Dr. Bruno Oscar Corbo, autoridades de la Universidad, miembros de la Corte Suprema de la Nación, representantes del Poder Judicial de la Provincia de



Buenos Aires y del Fuero Federal, e invitados especiales. Dicha locución latina significa “por causa de honor”, una cualidad que es visible en el magistrado, por la contracción al cumplimiento de sus deberes públicos, respeto a sus semejantes y por la clara reputación que sigue a su virtud, su mérito y su vocación de servicio, lo que trasciende a personas e instituciones.

Este alto honor se le confiere a una persona de testimonio social, reconocido e intachable como lo es el alto magis-

trado. En el haber de nuestra querida Universidad pasará a integrar la selecta lista compuesta por científicos, investigadores, pensadores o artistas de prestigio distinguidos con el Doctorado Honoris Causa, algo que constituye, probablemente, uno de los mejores escaparates de su potencial académico y de investigación.

DISERTACIÓN DEL DR. MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

El Sr. Profesor Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani, gran jurista, filósofo del Derecho, investigador, académico y escritor; profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires, profesor



titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, y que entre otras cosas dirige el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social Facultad de Derecho Universidad Nacional de Ro-

sario, fue invitado por el señor Decano de la Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales Dr. Bruno Corbo, para disertar en la UM sobre un tema de gran relevancia: *La Estrategia Jurídica*.

El encuentro tuvo lugar el día 29 de octubre de 2014, en el aula "República de Venezuela". Asistieron gran cantidad de alumnos de las carreras de abogacía y las licenciaturas en seguridad, en criminalística y en relaciones internacionales, colmando el lugar donde se realizó la jornada.



JUEGOS INTERUNIVERSITARIOS DE SIMULACIÓN ESTRATÉGICA Y MANEJO DE CRISIS

Entre los días 18 y 20 de septiembre de 2014 se realizaron en la localidad de Tandil, provincia de Buenos Aires, los *Juegos Interuniversitarios de Simulación Estratégica y Manejo de Crisis "General Manuel Belgrano"*.

- La versión XXVI de nuestros Juegos Interuniversitarios de Simulación Estratégica y Manejo de Crisis "General Manuel Belgrano", se desarrolló en Tandil con la amable localía de la Universidad del Centro y en instalaciones del Comando de la 1ª Brigada Blindada del Ejército Argentino.

Este juego estuvo destinado a estudiantes de las carreras de Relaciones Internacionales, Ciencia Política y Derecho de las siguientes universidades argentinas:

- Universidad de Morón
- Universidad Nacional del Centro (sede Tandil)
- Universidad Nacional del Centro (sede Azul)
- Universidad Nacional de La Plata (maestría RRII)
- Universidad Nacional de La Plata (licenciatura RRII)
- Universidad Nacional de La Matanza
- Maestría de Estrategia y Geopolítica de la Escuela Superior de Guerra.



- Tal como la versión anterior, los alumnos participaron activamente, con mucho entusiasmo y con solvencia intelectual. La aplicación del método de razonamiento estratégico fue una constante en todas las apreciaciones y resoluciones, siendo estas últimas de buen acierto metodológico y excelente calidad en sus contenidos. Posteriormente se entregaron certificados de participación.
- Participaron en total 70 personas, entre ellos, 9 profesores universitarios, 2 oficiales del Ejército del Brasil, 1 oficial del Ejército de Chile, 1 oficial del Ejército del Perú, 2 oficiales del Ejército de Venezuela, 2 oficiales del Ejército Argentino, personal diplomático y estuvo presente el subdirector de la ESG.

El éxito del Juego fincó tanto en la correcta aplicación del lenguaje y el método de la Estrategia para la resolución de problemas de diferentes naturalezas como en la integración resultante del trabajo en común de civiles y militares, en el campo académico y social.



- Las alumnas que participaron de la Universidad de Morón fueron Ludmila Gutiérrez Lagomarsino; Carolina López; Virginia Gasali; Elsa Coronel, junto con los profesores de la UM Dr. Justino Bertotto y el Dr. Román Jorge Vera.

Novidades bibliográficas

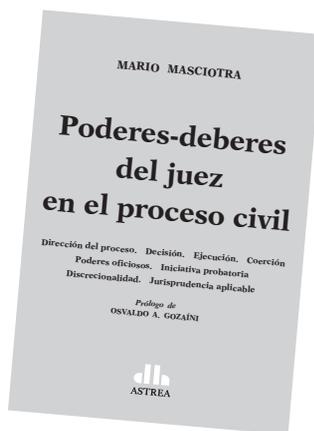
MARIO MASCOTRA

*Poderes-deberes del juez
en el proceso civil*

(Astrea)

Se presenta aquí una didáctica investigación tendiente a contribuir a la concientización de las bondades del ejercicio real y efectivo de los poderes-deberes jurisdiccionales contemplados e impuestos en los ordenamientos procesales.

El doctor Masciotra determina con claridad y precisión los alcances, la extensión y los límites de esos poderes-deberes y las correlacionables facultades de las partes. Fundamenta criteriosa y sólidamente la ampliación razonable y controlada de los poderes instructorios del juez tendientes a verificar la realidad de los hechos litigiosos, presupuesto indispensable para aplicar el derecho a fin de lograr la solución justa del conflicto en debate. Frente a la inercia judicial por la declinación de potestades esenciales y la pasividad de los operadores jurídicos –fenómeno universal– que signa negativamente en la eficacia de la justicia, el desarrollo y tratamiento puntual de las potestades que despliega el autor configura una respetuosa pero firme exhortación a aquéllos a abandonar posturas tradicionales apegadas a cierto conservadurismo forense, alentándolos para que no tengan prevenciones, inhibiciones ni ataduras en ejercerlas con plenitud.

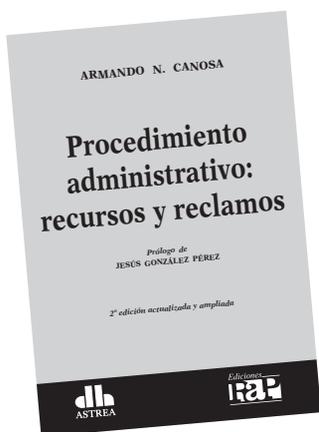


ARMANDO N. CANOSA

*Procedimiento administrativo:
recursos y reclamos*

(Astrea - Rap)

Este libro tiene como característica central el análisis del procedimiento administrativo en el orden nacional mediante la explicación del diseño normativo de los recursos y reclamos administrativos.



Se trata de otorgar importancia al cauce formal de la actividad administrativa, señalando diferencias con los aspectos formales que rodean a la actividad de los poderes Legislativo y Judicial.

Se busca remarcar la importancia del procedimiento administrativo con relación a la protección de los derechos de los particulares y para todo aquello que hace al buen funcionamiento de los órganos administrativos.

Resulta útil la actualización de la interpretación de la normativa en materia de recursos y reclamos administrativos, a la luz de la jurisprudencia aparecida a lo largo de los más de cuarenta años de vigencia de la normativa nacional que rige a estos institutos, sobre todo la emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Se advierte la necesidad de adecuar la regulación del procedimiento administrativo a los cambios operados con la reforma constitucional de 1994, que trajo “procedimientos eficaces” (art. 42) y la constitucionalización de la noción de “Administración pública”, entre otras cosas.

Además, se analizan los denominados procedimientos administrativos especiales y el autor propone mejoras en la regulación de los recursos y reclamos administrativos e insinúa ir hacia un régimen de tipo optativo con relación a ellos.

FERNANDO TOMELO

Redes sociales y tecnologías 2.0

(Astrea)

Las redes sociales han generado un cambio sustancial en las relaciones humanas. Nada de lo que era será igual. Facebook y Twitter han abierto un nuevo camino en la comunicación del cual no hay retorno.

Las tecnologías 2.0 son fuente de distintas situaciones que impactan en la vida de las personas afectando su trabajo, sus relaciones de pareja, su honor, su intimidad y el tesoro más preciado: nuestros hijos.

A ello se suman nuevos delitos informáticos como el “grooming” y el robo de identidad digital, un importante debate vinculado a la responsabilidad de Google y Yahoo! por contenidos publicados por terceros, y los novedosos casos de Tarin-ga!, Cuevana, Megaupload, Wikileaks y PRISM con directas consecuencias para la industria del cine, la música, la libertad de información y nuestra propia privacidad. La reputación se juega en Internet, y Google define la identidad digital: somos lo que Google dice que somos.

El autor, en un texto claro, concreto y de ágil lectura, analiza con rigor científico y abundante jurisprudencia todas las problemáticas que plantea el universo 2.0.

