

BICENTENARIO 1810-2010



XVI CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS

“ABOGADOS: A PENSAR EL PAÍS”

SAN ISIDRO 7, 8, 9 Y 10 DE ABRIL DE 2010

EN HOMENAJE AL DR. AUGUSTO MARIO MORELLO

LIBRO DE PONENCIAS



**FEDERACION ARGENTINA DE
COLEGIOS DE ABOGADOS**

Avda. de Mayo 651 2°
1084 Ciudad Autónoma
de Buenos Aires
4331-8008/8009/6134
www.faca.org.ar



**COLEGIO DE ABOGADOS
DE SAN ISIDRO**

• Martín y Omar 339 - 1642 San Isidro
- Prov. de Buenos Aires - 4732-0303
• Acassuso 442 - 1642 San Isidro -
Prov. de Buenos Aires - 4743-5720
www.casi.com.ar



**Ministerio de
Ciencia, Tecnología
e Innovación Productiva**
Presidencia de la Nación

Resolución 110/10

Ministerio de
Justicia



Buenos Aires
LA PROVINCIA



Ministerio de
**Justicia, Seguridad
y Derechos Humanos**
Presidencia de la Nación



Banco Ciudad

te quiere ver crecer

LIBRO DE PONENCIAS

**XVI Conferencia Nacional de Abogados.
Bicentenario 1810-2010. Abogados: a pensar el País
En homenaje al Dr. Augusto Mario Morello
San Isidro, 7 al 10 de abril de 2010.**

Reglamento de la Conferencia

“Artículo 16. Propiedad de los trabajos. La Federación Argentina de Colegios de Abogados adquiere la propiedad intelectual y los derechos electrónicos de todos los temas o trabajos tratados en la Conferencia sin cargo alguno, pudiendo contratar la posterior edición de los mismos en la forma que estime conveniente. Sin perjuicio de ello, como es de práctica, los autores de los trabajos y ponencias podrán publicarlos con su firma en las revistas especializadas o integrando trabajos afines.”

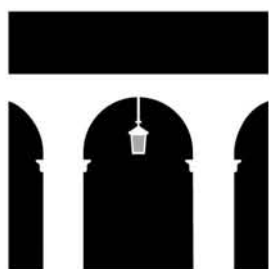


COLEGIO DE
ABOGADOS DE
SAN ISIDRO

BICENTENARIO
1810-2010



FEDERACION
ARGENTINA DE
COLEGIOS DE
ABOGADOS



XVI CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS

SAN ISIDRO, 7, 8, 9 Y 10 DE ABRIL DE 2010

“ABOGADOS: A PENSAR EL PAÍS”

EN HOMENAJE AL DR. AUGUSTO MARIO MORELLO

LIBRO DE
PONENCIAS

ÍNDICE

PÁG.

COMISIÓN I.**LA ABOGACÍA FRENTE A LA ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL**

LA OBSERVANCIA DEL ESTADO DE DERECHO EN ARGENTINA	DR. ENRIQUE PEDRO BASLA	15
DE HERMANA MAYOR A CENICIENTA, UNA POSTERGACIÓN INEXCUSABLE	DR. ALBERTO O. PISANO	21
JEFE DE GABINETE DE MINISTROS. ANÁLISIS DE SU ORIGEN, FUNCIONES Y PROYECCIÓN INSTITUCIONAL.	DR. JAVIER INDALECIO BARRAZA	25
DE LA DEMOCRACIA UTÓPICA A LA DEMOCRACIA EUTÓPICA	DRA. MARÍA VERÓNICA PICCONE	33
LA CALIDAD INSTITUCIONAL, UNA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LOS ABOGADOS	DR. LUIS MARIA SANTOS	39
DECADENCIA DEL RÉGIMEN FEDERAL	DRES. JUAN CARLOS GHIRINGHELLI Y FERNANDO ROGEL CHALER	49
LA COPARTICIPACIÓN FEDERAL DE IMPUESTOS. FEDERALISMO ECONÓMICO	DR. JULIO J. CARRILLO	55
PROPUESTAS PARA PENSAR UN NUEVO RÉGIMEN DE COPARTICIPACIÓN FEDERAL DE IMPUESTOS	DR. ROMAN GUILLERMO JAUREGUI	63
EL CONGRESO. DELEGACIÓN DE PODERES. DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA.	DR. HECTOR OSCAR MÉNDEZ	71
“DEBE RESGUARDARSE LA INSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA EVITANDO LA PROLIFERACIÓN DE IMPUESTOS SIN LEY. A PROPÓSITO DE LOS “CARGOS” Y “RETENCIONES”.	DRA. GABRIELA INÉS TOZZINI	79
EL ACUSATORIO EN LA FASE DE EJECUCIÓN. POTENCIALIDADES EN TORNO AL NUEVO ART. 105 DEL RITUAL PENAL BONAERENSE.	DR. JUAN FERNANDO GOUVERT	97
LAS LIBERTADES PÚBLICAS. GARANTÍAS Y DERECHOS INDIVIDUALES. EL SISTEMA ACUSATORIO EN EL PROCESO PENAL. JUICIO POR JURADOS.	DR. LUIS DEL VALLE MORENO	107
UNA BUENA Y UNA MALA. (REFLEXIONES DE UN CIUDADANO - QUE ADEMÁS ES ABOGADO- DIRIGIDAS A LOS INTEGRANTES DEL FUERO PENAL)	DR. ADOLFO ROCHA CAMPOS	115

COMISION II.**LA ABOGACÍA Y LA JUSTICIA. EL ROL DEL ABOGADO EN SU CONTRALOR**

LOS JUECES SUBROGANTES. UNA PERSPECTIVA DESDE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	DR. ENRIQUE PEDRO BASLA	125
CONSEJO DE LA MAGISTRATURA. NORMAS CONSTITUCIONALES, EQUILIBRIOS Y DESEQUILIBRIOS. INTEGRACIONES ¿IGUALDAD EN LAS REPRESENTACIONES? LAS EXPERIENCIAS DESDE 1994.	DR. HÉCTOR OSCAR MÉNDEZ	135
LOS CONSEJOS DE LA MAGISTRATURA. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES: EQUILIBRIOS Y DESEQUILIBRIOS. INTEGRACIONES. ¿IGUALDAD EN LA REPRESENTACIÓN? LAS EXPERIENCIAS DESDE 1994. PARTICIPACION DE LOS ABOGADOS	DR. LUIS ENRIQUE PEREIRA DUARTE	145
LA REPRESENTACIÓN DE LA ABOGACÍA EN EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA EN LA PROVINCIA DE SAN JUAN – LA PARTICIPACIÓN DEL FORO DE ABOGADOS EN LA SELECCIÓN DE JUECES.	DRES .CONRADO SUÁREZ JOFRÉ - ALEJANDRA ROJO SANZ	151

XVI Conferencia Nacional de Abogados

PROCESOS COLECTIVOS: UNA RESPUESTA A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.	DRA.PATRICIA CANELA DE FERRARI	161
LA ABOGACÍA Y LA JUSTICIA. EL ROL DEL ABOGADO EN SU CONTRALOR. EL ABOGADO Y LA FUNCIÓN DE CONTRALOR DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL, LÍMITES Y RIESGOS.	DR.CARLOS ALBERTO LÓPEZ DE BELVA	171
EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS PROCESOS COLECTIVOS	DR. PEDRO MOLLURA	179
EL ACCESO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL PROCESO TRIBUTARIO CONFORME EL BLOQUE CONSTITUCIONAL. NECESIDAD DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE	DRA. GABRIELA INÉS TOZZINI	181
LA ABOGACÍA Y LA JUSTICIA. EL ROL DEL ABOGADO EN SU CONTRALOR. LA ACCIÓN DE AMPARO Y LOS PLAZOS DE CADUCIDAD	DR.DIEGO PAULO ISABELLA	197
COMISION III. LA ABOGACÍA Y LOS DESAFÍOS DEL SIGLO XXI		
EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ANTE LOS DESAFÍOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS	DRAS. SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS; LUCIANA B. SCOTTI; MÓNICA S. RODRÍGUEZ; FLAVIA A. MEDINA	205
RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO CONVENIENCIA DE REFORMAR EL ARTÍCULO 22 DE LA LEY 25.675	DR. HÉCTOR MIGUEL SOTO	215
DIFICULTADES AXIOLÓGICAS DE LA LEY NACIONAL 26.549	DR. RODOLFO CAPÓN FILAS	223
SUPERAR LA PROPIA INCAPACIDAD	DRA. MARÍA CRISTINA MOURELLE DE TAMBORENEA	231
UNA VISIÓN DE LA LEY DE CONCURSOS IDEAL	DR. ADOLFO ROCHA CAMPOS	237
LA ECONOMÍA Y EL DERECHO. INTERDEPENDENCIAS, SUPREMACÍAS Y CONSECUENCIAS	DRA. LILIANA COSTANTE	245
LA ECONOMÍA Y EL DERECHO. EL DESAFÍO DE LA NUEVA CENTURIA	DR. HUGO O. H .LLOBERA	253
LA FAMILIA, GRUPO HUMANO NECESITADO DE ESPECIAL E INTEGRAL PROTECCIÓN, EN LA REPÚBLICA ARGENTINA	DRA. SUSY BELLO KNOLL	257
“GLOBALIZACIÓN GÉNERO Y DERECHO, UN DESAFÍO PARA EL ACCESO A UNA CIUDADANÍA COMPLETA	DRA. ADRIANA ESTELA MAGGIO	265
LA CRISIS GLOBAL	DR. HECTOR OSCAR MÉNDEZ	271
LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS Y LAS RELACIONES MULTILATERALES. ASIMETRÍAS Y PROBLEMÁTICA	DR. DANIEL ALBERTO ANDRADE	281
LA IRRUPCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD EN EL PROCESO: EL ABOGADO DEL NIÑO	DRES. PEDRO DI LELLA- MARÍA CRISTINA M. DE TAMBORENEA- PATRICIA SESÍN – LUCILA I. CÓRDOBA	289
(GRUPOS VULNERABLES). NORMAS ÉTICAS Y EL ABOGADO DEL NIÑO	DRA. DIANA FIORINI	299
ABORTO NO PUNIBLE. ANALISIS DEL ARTÍCULO 86 DEL CÓDIGO PENAL	DRA. NELLY MINYERSKY	303
COMISION IV. LA ABOGACIA Y SU MISIÓN		
MANUEL BERNARDO GONNET. FUNDADOR DE FACAs. PRESIDENTE DE LA PRIMERA CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS	DR. PEDRO ENRIQUE BASLA	311

LA HABILITACIÓN PROFESIONAL. UN TEMA TRASCENDENTE, QUE LA ABOGACÍA ARGENTINA MANTIENE PENDIENTE.	DR. JORGE FRANCISCO CHIALVA	315

ACCESO A LA PROFESIÓN: AYER, HOY, CÓMO SIGUE	DRA. MABEL BEATRIZ CAPORELLI	323

DEFENSA DE NUESTRAS INCUMBENCIAS	DRA. ALICIA S. MUTILVA	335

LAS INCUMBENCIAS PROFESIONALES DE LOS ABOGADOS	DR. GUILLERMO SEBASTIÁN AUIL	339

EL COLAPSO JUDICIAL. ALTERNATIVAS NO JUDICIALES PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS Y LA AGILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.	DRA. BERTA P. FURRER	349

SOBRE LA PRETENSIÓN DE IMPLEMENTAR LA SUCESIÓN NOTARIAL	DR. RUBÉN FERNANDO FARFAN	353

NECESIDAD DE LOGRAR LA REFORMA DE LA SECCIÓN 2 DEL CAPÍTULO 3 DE LA LEY DE EDUCACIÓN SUPERIOR (24.521), COMO UNA DE LAS REFORMAS NECESARIAS PARA COMENZAR A SUPERAR LA CRISIS EN FORMACIÓN DE GRADO Y LA DETERMINACIÓN DE LAS INCUMBENCIAS	DR. GERARDO LUENGO	359

EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO	DRA. ANGELA C. M. PINACCHIO	365

EDUCACION LEGAL. FORMACION PROFESIONAL: CONOCIMIENTOS, COMPETENCIAS Y HABILIDADES NECESARIAS PARA EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LOS JOVENES ABOGADOS	DRA. MÓNICA GRACIELA TORRES	369

ETICA DEL ABOGADO-MEDIADOR	DRES. PEDRO MARTIN AUJE - ROSARIO MARCELA SÁNCHEZ	373

APRENDIZAJE – SERVICIO SOLIDARIO PARA LA CARRERA DE ABOGACÍA. EL DESAFÍO DE APRENDER CON COMPROMISO SOCIAL.	DRA. MARÍA ALEJANDRA PASQUET	379

ÉTICA PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS: VALOR MORAL PERDIDO?	DR. ALBERTO VILLALBA	387

EL ACCESO A LA PROFESIÓN DE LOS ABOGADOS	DR. JERÓNIMO SHANTAL MORSUCCI	391

LA SINDICATURA CONCURSAL DEMANDA EN EL ORGANO PERTINENTE LA ACTUACION EXCLUSIVA DE LOS ABOGADOS.-	DRAS. SILVINA A. CARNERO Y SILVANA DE GREGORIO	401

SOBRE LA “MISION PUBLICA DE LA ABOGACIA”, LA FORMACION PROFESIONAL Y EL ROL DE LA COLEGIACIÓN.	DR. FERNANDO VARELA	403

HACIA UN NUEVO PARADIGMA EN EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: EL MODELO DE ANÁLISIS Y GESTIÓN ESTRATÉGICA DE CONFLICTOS.	DR. RUBÉN ALBERTO CALCATERRA	409

PERFIL DEL ABOGADO DE PARTE Y DEL MEDIADOR EN LA MEDIACIÓN PREJUDICIAL DE LA LEY 13.951	DRAS. MARIA ROSA AVILA – YAMILA CABRERA	419

GESTIÓN, ADMINISTRACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. MEDIOS ALTERNATIVOS. MEDIACIÓN, ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. ROL DEL ABOGADO. CUESTIONES DE ÉTICA	DRA. MARÍA CRISTINA CAVALLI	429

GESTIÓN, ADMINISTRACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. MEDIOS ALTERNATIVOS. MEDIACIÓN, ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. ROL DEL ABOGADO	DRA. MARIA BELEN ORTIZ ISAIA	437

¿MIRANDO EL ÁRBOL O EL BOSQUE? CLAVES PARA LA GESTIÓN DE CONFLICTOS EN EMPRESAS FAMILIARES	DR. RENE LLAPUR	443

LA ABOGACÍA Y SU MISIÓN. LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE EN ARGENTINA. - EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL. PROCESO Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL.	DR. HECTOR OSCAR MÉNDEZ	449

NECESIDAD DE LA FORMACIÓN EN ARBITRAJE DEL MEDIADOR.	DRAS. ANA MARÍA BARGIELA - MARÍA INÉS BUR	459

XVI Conferencia Nacional de Abogados

PRESUPUESTOS Y PREJUICIOS DE DOS DEBATES. CONSIDERACIONES PARA UN NUEVO MODELO DE ABOGADO	DR. RAUL CALVO SOLER	465
EL ROL DEL ABOGADO EN LA PREVENCIÓN, GESTIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS MEDIANTE EL EMPLEO DE LOS DENOMINADOS “MEDIOS ALTERNATIVOS”, CON ESPECIAL REFERENCIA AL ARBITRAJE.	DRA. MARÍA ROSA CATTANEO	473
GARANTÍAS Y DEBERES EN EL EJERCICIO PROFESIONAL. EL VALOR DE LA SOLIDARIDAD Y DE LA EQUIDAD. LA SEGURIDAD Y LA PREVISIÓN SOCIAL DE LOS ABOGADOS.-LA PREVISIÓN SOCIAL Y LA SEGURIDAD SOCIAL DEL ABOGADO: UN IDEAL MUNDIAL	DR. HÉCTOR PÉREZ CATELLA	481
LA ABOGACÍA Y LA INTEGRACIÓN REGIONAL Y LATINOAMERICANA.EL EJERCICIO PROFESIONAL A NIVEL NACIONAL, INTERNACIONAL Y EN ZONA DE FRONTERA. LA CIRCULACIÓN DE PERSONAS, BIENES Y SERVICIOS. LOS TRATADOS DE INTEGRACIÓN MERCOSUR Y UNASUR	DR. HÉCTOR PÉREZ CATELLA	485
EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LA LIBRE CIRCULACIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	DRA. LILIANA BERTONI	487
EL ABOGADO FRENTE A LA INTEGRACIÓN REGIONAL. SU ROL PROTAGÓNICO- LA NECESIDAD DE COMPRENDER LA GLOBALIZACIÓN Y LOS DESAFÍOS QUE PLANTEA LA INTEGRACIÓN REGIONAL AL COMENZAR EL SIGLO XXI.- APUNTES E INFORMACIONES BIBLIOGRÁFICAS PARA SU ESTUDIO Y DEBATE	DR. JOSÉ CARLOS G. DE PAULA	493
UNASUR UN HITO EN EL CAMINO: CONSTRUYENDO LA INTEGRACIÓN. “DESDE EL MERCOSUR HACIA LA PATRIA GRANDE” APUNTES CRONOLÓGICOS PARA UN ANÁLISIS REGIONAL, HISTÓRICO, POLÍTICO, SOCIAL, ECONÓMICO Y CULTURAL. DE LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA.	DR. JOSÉ CARLOS G. DE PAULA	501
EL PARLAMENTO DEL MERCOSUR, LA REPRESENTACIÓN DE SUS CIUDADANOS Y SU ROL EN LA CREACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA MERCOSUREÑA: ¿ÓRGANO VIRTUAL O VERDADERO ÓRGANO PARLAMENTARIO REPRESENTATIVO CREADOR DE NORMAS JURÍDICAS?	DR. FERNANDO SOUSTIEL	509

COMISIÓN I

LA ABOGACÍA FRENTE A LA ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL

La república. La representación. El federalismo. El estado democrático y social de derecho. Sistema constitucional a partir de la reforma de 1994. Finanzas públicas.

La coparticipación federal y la legislación aún pendiente. El federalismo hoy, su sustentabilidad fiscal. Los sistemas electorales.

Los organismos de control (Auditoría General de la Nación, SIGEN, Oficina Anticorrupción).

El Congreso: Delegación de poderes. Decretos de necesidad y urgencia.

Los partidos políticos. Democracia interna, cumplimiento de los mandatos representativos. El nepotismo. Financiamiento y la consiguiente reforma legislativa.

Las libertades públicas: Garantías y derechos individuales. El sistema acusatorio en el proceso penal. Juicio por Jurados.

La libertad de prensa. Anomia

LA OBSERVANCIA DEL ESTADO DE DERECHO EN ARGENTINA

Dr. ENRIQUE PEDRO BASLA

COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PLATA

"...construir sobre aquellas bases sólidas que son los elementos que nos unen y no sobre la fragilidad de aquello que nos separa y divide. Este es el gran cambio que demanda el Bicentenario, una visión mucho más amplia de todos nosotros. Centrarnos en aquellos valores, principios y pilares básicos que unen a los argentinos y que hacen que sigamos viviendo juntos en este país".

Ricardo Lorenzetti¹

LA OBSERVANCIA DEL ESTADO DE DERECHO EN ARGENTINA

No es una tarea sencilla establecer los parámetros y criterios para evaluar la Observancia del Estado de Derecho, toda vez que de lo que se trata es de echar una mirada simultánea a un sinnúmero de circunstancias, cambiantes y dinámicas por naturaleza. Tampoco lo es el establecer un “punto de corte”, un “hasta aquí llegamos”, cuando la realidad que se examina no es lineal ni unívoca, y se presenta con marchas y retrocesos que es preciso considerar analíticamente.

De todos modos, la cuestión nuclear es verificar las tensiones entre libertad y poder, desde una perspectiva que enfatiza el reconocimiento de la dignidad de todas las mujeres y hombres, no como un privilegio, por el que “cada miembro de la sociedad tenga un dominio propio en donde sea su propio señor. Y, como corolario, que el Poder esté colocado en una zona de influencia de la que no se salga”.²

La observación tampoco puede limitarse a la actividad del “gobierno”, concepto de por sí complejo y multiforme. Debe abarcar una diversidad de actores sociales, que aún expresando intereses particulares, aspiran a erigirse como expresión del interés general.

Por otra parte, el carácter representativo característico de la democracia y de la vida republicana, impulsa en muchos casos a los gobernantes a entenderlo como un derecho monopólico, olvidando que la cuestión no sólo tiene que ver con la legitimación genética o de origen, si no también con aquella que deviene del ejercicio del poder que, como cuestión dinámica, exige la reválida constante y permanente de la opinión de los representados.

“El Poder democrático no reconoce ningún otro Poder en la sociedad, y pretende ir tan lejos como le lleva o finja que le lleva el `voto general’”.³

Esta concepción pone en crisis la idea de “autoridad”, al producirse la extensión de la fuerza más allá de las atribuciones que tiene conferidas.

Esto se ve claramente cuando el Poder Ejecutivo, lejos de encontrar en el Poder Legislativo una limitación natural, lo sojuzga para potenciar su propio poder. Ni hablar cuando la tendencia hegemónica se hace sentir en el Poder Judicial y en una diversidad de estamentos de la sociedad.

Estas tensiones entre la libertad y poder, constituyen la lucha por la democracia. Cuando la representación deja de abarcar grandes sectores de la sociedad, estos corren el riesgo de ser literalmente

¹ Del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ricardo Lorenzetti, en el marco de la apertura del “Año Judicial”, 16/2/2010.

² Bertrand de Jouvenel, “El Poder”, Ed. Nacional, Madrid, 1956, p. 295.

³ Bertrand de Jouvenel, op. cit. p. 304.

aplastados. Se desarrollan metodologías que tienden a generar la captación y cooptación de voluntades y votos. Los dirigentes buscan convertirse en los dueños de electores y elegidos.

LA OBSERVANCIA DEL ESTADO DE DERECHO

La observancia del Estado de Derecho ha sido definida reiteradamente como el objetivo para la preservación y reafirmación de los valores democráticos y republicanos, y la vigencia plena de las instituciones. Una cuestión que hace al interés de todos y cada uno de las mujeres y hombres de nuestros países de Iberoamérica y que, lejos de ser “una cuestión de los otros”, se vincula directamente con la calidad de vida y con el futuro.

¿Qué es lo que debemos examinar para verificar el rumbo positivo o negativo en el que estamos?

En primer lugar la promoción y defensa de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en particular los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos de las personas discriminadas, pobres o desfavorecidas, (lo que contribuirá a reducir la pobreza y la exclusión social) y el apoyo a las minorías, a los grupos étnicos y a los pueblos originarios, a las instituciones, incluidas las ONGs, que desempeñen actividades relacionadas con la protección de los derechos humanos.

Para estos fines es preciso la promoción de la igualdad de oportunidades, la incorporación del enfoque de género en el diseño y ejecución de las políticas, y de las prácticas no discriminatorias, incluidas las medidas para la lucha contra el racismo y la xenofobia; el fomento y la protección de las libertades fundamentales; el respeto a la naturaleza multicultural y a la pluralidad étnica de nuestras naciones como factor esencial en la formación de las nacionalidades y la identidad histórica de nuestros países, el apoyo a las organizaciones que ofrezcan ayudas concretas a las víctimas de violaciones de los derechos humanos y a los centros de rehabilitación para las víctimas de la tortura.

Una segunda cuestión radica en el desarrollo de los procesos de democratización, tema que hoy ocupa el centro de la escena en Ibero América, y del que nadie puede dejar de hacerse responsable.

Debemos estar muy atentos, en particular, del fomento y fortalecimiento del Estado de Derecho, de la separación de poderes, del pluralismo, de la gestión correcta y transparente de los asuntos públicos y la lucha contra la corrupción, de la participación de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones. Es esencial el apoyo a los procesos electorales donde el criterio democrático, la igualdad de oportunidades y el acceso a la representación estén garantizados en todos sus tramos, sin subterfugios, transfugismos ni mistificaciones.

Muchos de nuestros sistemas son de carácter representativo, republicano y también, en muchos casos, federal. Los principios que inspiran a la República son: una Constitución escrita, la separación de poderes, la elegibilidad de los gobernantes y la periodicidad de los mandatos, la responsabilidad de los funcionarios, la publicidad de los actos de gobierno y la existencia de partidos políticos.

El federalismo es una forma de gobierno por la cual varios estados reunidos bajo un gobierno común conservan sus gobiernos locales autónomos. La unión se concreta por medio de pactos o constituciones, que fijan expresamente las facultades del gobierno nacional.⁴

En el régimen federal, coexisten dos clases de gobierno: el nacional o federal, soberano, cuya jurisdicción abarca todo el territorio de la nación, y los gobiernos locales, autónomos, cuyas jurisdicciones abarcan exclusivamente sus respectivos territorios.

El federalismo descentraliza, pues libera al gobierno nacional de atribuciones y deberes que pertenecen a los gobiernos locales. Toda concentración de poder que tenga como finalidad cercenar la

⁴ El artículo 121 de la Constitución Nacional Argentina expresa que "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".

autonomía de los gobiernos locales obligándolos a acompañar o apoyar –sin debate alguno- políticas de corte nacional que pudieran afectar intereses provinciales, a riesgo –en caso de no hacerlo- de colocarse en una situación de gravedad institucional, va contra el espíritu y la letra de la Constitución, configurando formas autocráticas y autoritarias.

Estas cuestiones están relacionadas y repercuten en la vida cotidiana de todos. Aunque en algún momento no nos demos cuenta.

Los gobernantes (cualquiera sea su bandera política) no pueden pretender quedarse en sus cargos para siempre, deben explicar qué es lo que hacen y cómo lo hacen, rindiendo cuenta de sus actos de gobierno, los que deben contar con la debida publicidad para poder ejercer sobre ellos el insoslayable control.

El Poder Legislativo (Congreso, Legislatura) debe desarrollar su propio protagonismo; los “levanta – manos” que convalidan sin sana crítica ni debate las determinaciones del poder, otorgando facultades al Poder Ejecutivo que se aproximan a la suma del poder público, no cumplen con su deber de representación.

Los Jueces deben ser realmente independientes, para lo que es menester que los sistemas de designación o de control no permitan al mandón de turno el ejercicio de la arbitrariedad.

"La función de los jueces es poner límites a las decisiones de las mayorías cuando contradicen a la Constitución, cuando afectan los derechos individuales. Los otros poderes del Estado no deben judicializar sus decisiones innecesariamente. Lo que cada uno debe hacer es cumplir la función que le adjudica la Constitución" ⁵

Existen muchas acciones posibles de fomento al respeto de los derechos humanos y a la democratización, especialmente el apoyo al desarrollo de las capacidades, el sustento de medidas destinadas a equilibrar las oportunidades y a superar las disparidades existentes entre distintos grupos de identidad, y las que faciliten la reconciliación pacífica de los grupos de interés.

La inserción de nuestras comunidades en el mundo, impone, además, la promoción del Derecho Internacional Humanitario y su observancia, el apoyo a las organizaciones internacionales, regionales o locales, incluidas las ONGs, que intervengan en materia de prevención y resolución de conflictos y tratamiento de sus consecuencias, el apoyo al Tribunal Penal Internacional y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y una clara y solidaria actitud frente a las grandes crisis humanitarias.

Esto se emparenta con las acciones que permitan el alivio de la deuda externa para los países que sufren su agobio, favoreciendo la lucha que libran contra la pobreza y la extrema pobreza. Por eso resulta determinante el sustento de acciones solidarias de concertación política, rápidas y eficaces, en defensa de los intereses de nuestros países.

Este compromiso debe alcanzar al diseño y coordinación de políticas ambientales, económicas y sociales para que nuestros países se encaminen hacia el desarrollo sostenible; a la cooperación en casos de desastres naturales; a las acciones respecto del problema mundial de la droga y delitos conexos, el tráfico ilícito y el uso criminal de las armas de fuego, el creciente peligro que representa el crimen organizado, así como el problema general de la violencia en nuestras sociedades.

Los abogados –con base en criterios como los expuestos- hemos aprobado la creación y organización de un Observatorio para el Estado de Derecho en Iberoamérica. ⁶

Todos somos protagonistas. La corrupción, la exclusión, la polución, la discriminación son las distintas caras de la injusticia, que a todos alcanza, pero que se ensaña con los más pobres, con los chicos, con los ancianos, con los que tienen dificultado el acceso a la educación.

Poder Ciudadano ha sostenido que: *"La Argentina no escapa a la realidad latinoamericana de descontento y desilusión ante el funcionamiento del sistema democrático. En este sentido, los argentinos*

⁵ Del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ricardo Lorenzetti, en el marco de la apertura del "Año Judicial", 16/2/2010.

⁶ Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, Río Grande, Puerto Rico, Septiembre de 2004

nos encontramos cada vez más lejos de la política, los políticos y los asuntos públicos. En nuestro país esta insatisfacción se refleja tanto en la falta de credibilidad en las instituciones políticas como en el bajo nivel de participación ciudadana en los asuntos públicos, y en la percepción negativa que los ciudadanos tienen de la política y los políticos.” (<http://www.poderciudadano.org.ar/?do=temas&id=84>)

Ricardo Lorenzetti, un hombre llegado desde la abogacía para presidir la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dijo recientemente que los jueces no deben tener miedo ni hacer caso de las presiones.

Partiendo de ese pensamiento nos permitimos afirmar que, ejercitando la fortaleza y la templanza, todos debemos pensar de un modo imparcial e independiente. Depende de cada uno de nosotros la vigencia y lozanía de nuestras instituciones.

PROPUESTA

Para el fomento de la calidad institucional y fortalecimiento del Estado de Derecho proponemos:

Promoción y defensa de los derechos humanos, las libertades fundamentales, (derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales).

Protección de los derechos de las personas discriminadas, pobres o desfavorecidas.

Apoyo a las minorías, a los grupos étnicos y a los pueblos originarios

Respaldo a las instituciones, incluidas las ONGs, que desempeñen actividades relacionadas con la protección de los derechos humanos.

Promoción de la igualdad de oportunidades.

Incorporación del enfoque de género en el diseño y ejecución de las políticas, y de las prácticas no discriminatorias.

Adopción de medidas para la lucha contra el racismo y la xenofobia.

Respeto a la naturaleza multicultural y a la pluralidad étnica de nuestras naciones como factor esencial en la formación de las nacionalidades y la identidad histórica de nuestros países.

Apoyo a las organizaciones que ofrezcan ayudas concretas a las víctimas de violaciones de los derechos humanos y a los centros de rehabilitación para las víctimas de la tortura.

Desarrollo de los procesos de democratización.

Resguardo de la separación de poderes.

Consolidación del pluralismo, de la gestión correcta y transparente de los asuntos públicos y la lucha contra la corrupción, de la participación de la población en los procesos decisorios.

Respaldo a los procesos electorales donde el criterio democrático, la igualdad de oportunidades y el acceso a la representación estén garantizados en todos sus tramos, sin subterfugios, transfuguismos o mistificaciones.

Respeto por los principios que inspiran a la República: una Constitución escrita, la separación de poderes, la elegibilidad de los gobernantes y la periodicidad de los mandatos, la responsabilidad de los funcionarios, la publicidad de los actos de gobierno y la existencia de partidos políticos.

Ejercicio de las facultades del gobierno nacional⁷ con sujeción al régimen federal evitando toda concentración de poder en mérito a la cual los gobiernos locales no tengan otra alternativa que la de comer de la mano del gobierno central contradiciendo el espíritu y la letra de la Constitución, y configurando formas autocráticas y autoritarias.

La pronta sanción de una nueva ley de coparticipación federal que respete los principios establecidos en la Constitución Nacional con especial aplicación del criterio finalista que exige que una parte de los recursos coparticipables estén destinados “... al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad

⁷ El artículo 121 de la Constitución Nacional Argentina expresa que "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".

de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional” (artículo 72 inc. 2º, 3er. párrafo), en consonancia con los principios básicos establecidos en el artículo 75 inc. 19º, 2ª parte y artículo 75 inc. 23º 1ª parte de la Constitución Nacional.⁸

Práctica de la periodicidad y la transparencia: los gobernantes (oficialismo u oposición) no pueden pretender quedarse para siempre, deben explicar qué es lo que hacen y cómo lo hacen, rindiendo cuenta de sus actos, los que deben tener la adecuada publicidad.

Consolidación del Poder Legislativo (Congreso, Legislatura), que debe desarrollar su propio protagonismo; los legisladores que convalidan sin sana crítica ni debate las determinaciones del poder, otorgando facultades al Poder Ejecutivo que se aproximan a la suma del poder público, no cumplen con su deber de representación.

Defensa de la Independencia: los Jueces deben ser realmente independientes, para lo que es menester que los sistemas de designación o de control no permitan al gobierno de turno el ejercicio de la arbitrariedad.

Apoyo al desarrollo de las capacidades, al sustento de medidas destinadas a equilibrar las oportunidades, a superar las disparidades existentes entre distintos grupos de identidad, y a facilitar la reconciliación pacífica de los grupos de interés.

Inserción de nuestras comunidades en el mundo, promoviendo la promoción del Derecho Internacional Humanitario y su observancia, el apoyo a las organizaciones internacionales, regionales o locales, incluidas las ONGs, que intervengan en materia de prevención y resolución de conflictos y tratamiento de sus consecuencias, el apoyo al Tribunal Penal Internacional y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y una clara y solidaria actitud frente a las grandes crisis humanitarias.

Realización de acciones que permitan el alivio de la deuda externa para los países que sufren su agobio, favoreciendo la lucha que libran contra la pobreza y la extrema pobreza, mediante el sustento de acciones solidarias de concertación política, rápidas y eficaces, en defensa de los intereses de nuestros países.

Diseño y coordinación de políticas ambientales, económicas y sociales para que nuestros países se encaminen hacia el desarrollo sostenible; a la cooperación en casos de desastres naturales; a las acciones respecto del problema mundial de la droga y delitos conexos, el tráfico ilícito y el uso criminal de las armas de fuego, el creciente peligro que representa el crimen organizado, así como el problema general de la violencia en nuestras sociedades.

Las reflexiones y debates programados que propone el temario de esta XVI Conferencia Nacional de Abogados, organizada por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, en conmemoración del Bicentenario 1810-2010, en este histórico Colegio de Abogados de San Isidro bajo el lema: “Abogados: A pensar el país” en homenaje al Dr. Augusto Mario Morello, nos permiten afirmar que, consecuentes con los objetivos establecidos y ejercitando la fortaleza y la templanza, todos –en particular los abogados y nuestros Colegios y Asociaciones- debemos cumplir con la propuesta de un modo imparcial e independiente. En tal virtud, depende de cada uno de nosotros la vigencia y lozanía de nuestras instituciones.

8 Conclusión de la XIV Conferencia Nacional de Abogados, Santa Fe – Paraná, 2003

DE HERMANA MAYOR A CENICIENTA, UNA POSTERGACIÓN INEXCUSABLE

Dr. ALBERTO O. PISANO
COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO.

Nuestra Constitución Nacional de 1853/60 estableció un método claro para la representación del Pueblo de la Nación en el Congreso Federal. Fue así que en su art. 33, luego 37 y hoy 45, dispuso que la Cámara de Diputados habría de componerse de representantes elegidos en forma directa por el Pueblo de las Provincias y de la Capital, considerando a cada una de tales entidades como distritos electorales de un solo Estado.

A tal fin se estableció que la proporción de representantes respecto de la población de cada distrito sería en razón de un (1) representante o diputado por cada 20.000 habitantes o fracción no menor de 10.000.

Fue con la enmienda de 1898 donde se produce la primera modificación al referido art. 33 ya con su numeración como art. 37. En dicha reforma se eleva el número de habitantes que sería representado por cada diputado pasando a ser el mismo el de 33.000 o fracción no menor a 16.500. Corresponde destacar que conformó el texto del artículo con la referencia a que luego de ocurrido cada censo, el Congreso debería ajustar la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar la base de cálculo pero no disminuirla. En términos prácticos no se podría disminuir el número de habitantes representado por cada diputado.

En la historia constitucional de nuestro país, la cuestión fue abordada nuevamente en la reforma de 1949 mediante la cual se incorpora nuevos elementos al texto básico del art. 37 que quedaría conformado como el nuevo art. 42 y en el cual se fija un nuevo piso por representante, que en este caso pasó a ser de 100.000 habitantes o fracción no menor a 50.000. El texto constitucional de 1949 adicionó complementariamente que no habría representación por distrito que fuera menor a dos diputados.

Luego de la abrogación en 1956 de la Constitución Nacional de 1949 y la reinstalación del texto de 1853 con las reformas de 1860, 1866 y 1898, la cláusula integradora por la cual no correspondía representación menor a dos diputados por distrito perdió vigencia.

Es sabido que la enmienda de 1957 no abordó la cuestión del piso mínimo de diputados por distrito. Sin embargo se mantuvo la interpretación doctrinaria que afirmaba que una lectura armoniosa e integradora de los artículos originarios de 1853 enumerados como 33 y 34 no habilitaban otra posibilidad que contemplar un mínimo de dos diputados por distrito. Ello así, puesto que el constituyente de 1853 había asignado esa cantidad de representantes, aunque no lo mencione así, cuando en el art. 34 describe, en una cláusula transitoria, como será la conformación de la primera legislatura. Es así que asigna distintas proporciones a las diferentes provincias y en ninguno de los casos la suma de diputados es menor a dos.

Cabe recordar que desde 1853 existió una manda constitucional, originariamente art. 35, luego 39 en el texto de 1860, por la cual para las siguientes legislaturas se debería realizar un censo general y arreglarse a él el número de diputados, renovándose el censo cada diez años.

Como se puede apreciar dos artículos de la Constitución Nacional explicitan claramente la necesidad de la realización de los censos generales y el ajuste a los mismos de las representaciones populares en el Congreso.

No siempre se cumplió con el mandato constitucional de realizar los censos generales cada decenio. Se llegó al extremo de tener que adaptar la base de representación de cada distrito por vía de reforma

constitucional, tal como lo fue en el caso de 1898 donde se ajustó la base a 33.000 o fracción no menor de 16.500 habitantes.

Hemos referido anteriormente que en la enmienda de 1949 sí se abordó el tema de base representativa pasando a ser la cifra de 100.000 habitantes o fracción no menor a 50.000 la que legitimaba a cada diputado.

Con la reforma de 1957 y el retorno al texto de 1898 por sustitución de la Constitución de 1949, la representación quedó plasmada con la relación poblacional vigente a principio del siglo XX. Es en ese contexto que se sanciona en 1959 la ley 15.264 que aseguró un mínimo de dos representantes por cada provincia independientemente de la real población de cada distrito. Abierto el debate doctrinario en cuanto a la constitucionalidad de dicha mínima representación volcada en la ley, la opinión prevaleciente fue que la norma reproducía el mínimo fijado arbitrariamente, ante la inexistencia de censos por los constituyentes de 1853 quienes como lo hemos dicho en la cláusula transitoria hubieron de fijar que todas las provincias tendrían por lo menos dos diputados en el Congreso de la Nación.

Por nuestra parte entendemos que, al contemplarse una renovación parcial cada milenio, resulta salu- dable institucional y políticamente que la compulsa electoral tenga el alcance para todos los distritos aun- que sea por lo menos en uno de sus dos representantes.

Hasta esa etapa de la evolución normativa todo parecía ajustarse a los parámetros constitucionales en cuanto al mínimo de diputados por provincia sin entrar a considerar la relación población-representan- te cuando superara ese mínimo.

Sin embargo a partir de 1972 los gobiernos de facto, con clara intencionalidad política de licuar las expresiones mayoritarias de la ciudadanía, introducen como regla que la representación mínima de cada provincia sería de tres diputados. Ello queda plasmado en la ley 19.862 del 3 de octubre de 1972, dicta- da en el marco de vigencia del denominado "Estatuto Fundamental" emitido el 24 de agosto de 1972, por la Junta de Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas. En dicho Estatuto el número de Senadores por provincia se elevaba a 3 y se suprimía la renovación parcial de la Cámara de Diputados cada dos años. Efímero fue el referido Estatuto, más no así la ley manteniéndose por ello la representación mínima de tres diputados por provincia que llegó para quedarse, consagrando en los hechos, una mutación constitu- cional por la cual se deja de lado la base de población para elegir los diputados.

Nuevamente el facto, el 23 de Junio de 1983, promulga sendas reglas, la 22.838 derogatoria de la 19.862 y la 22.847 mediante la cual dispuso un mínimo de cinco diputados por distrito salvo el caso de Tierra del Fuego que todavía no era provincia y que elegía tres. El argumento que se utilizó para justifi- car la distorsión producida en la relación población-representantes fue que con ello se compensaban "las peculiares diferencias entre una y otra provincia". Por otro lado, dicha norma estableció un nuevo piso de 161.000 habitantes o fracción no menor a 80.500 a utilizarse para fijar el número de diputados por cada distrito tomando como referencia las cifras surgidas del censo nacional de 1980.

Con el contenido de la ley 22.847 y el resultado del censo de 1980 el número de diputados quedó establecido en 254 pasando luego a 257 con la creación de la provincia de Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur.

Han pasado 30 años y dos censos nacionales y el esquema sigue sin adecuarse a la realidad pobla- cional del Bicentenario. En tal sentido se ha conservado una distorsión producto de la desactualización y del mantenimiento de una sobrerrepresentación de 80 diputados establecidos por el facto producto de la exagerada elevación de número mínimo de representantes por distrito. El desapego a las pautas constitu- cionales mas allá de la violación en si misma encierra un desprecio del principio de igualdad de los argen- tinos ya que el voto de cada ciudadano no tiene el mismo valor al asignarse la representación en la Cámara de Diputados.

Hoy en el Bicentenario de Mayo y conforme a la distorsión en la integración poblacional de la Cámara de Diputados de la Nación se puede afirmar que aquella "Hermana Mayor" quien asumiera la representación del todo el pueblo de Virreinato en la gesta revolucionaria ha pasado a ser la "Hemana Cenicienta" postergada a su expresión popular más desfavorable.

En la actualidad la población de la Provincia de Buenos Aires está en el orden del 38% del total nacional, conforme al último censo del 2001. Sin embargo con sus 70 diputados a la Cámara Popular su representación significa respecto del total de la misma -257 diputados- tan solo el 27% de las bancas. Si se tomara el Censo del 2001, con la distribución fijada en la base establecida por la ley 22.847 -un diputado cada 161.000 habitantes o fracción no menor a 80.500-, la cantidad de diputados a elegir por la Provincia de Buenos Aires debería ser de 86 diputados y no los 70 que actualmente la representan. Ello significa un subrepresentación de casi el 20%. Contrariamente ninguno de los restantes distritos debería superar los 19 diputados, sin embargo la Ciudad Autónoma de Buenos Aires elige 25, número que supera en 8 a los 17 que en razón de la población y la base referida le correspondería. La única provincia que también cuenta con una subrepresentación es la de Córdoba que envía 18 diputados cuando deberían ser 19. Santa Fe, Mendoza y Salta son las únicas provincias donde la relación diputados-población conserva una plena identidad con lo prevista en la Constitución Nacional y la ley 22.847.

Si se suman las sobrerrepresentaciones de las restantes provincias y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires llegamos a un excedente de 48 diputados. Estos 48 diputados respecto del total actual del cuerpo -257- significan un 18,67% de las bancas. Consecuentemente podemos afirmar que casi el 20% de los diputados de la nación han sido nominados sin el respectivo sustento poblacional que los legitime.

Ahora bien, continuando con las cifras de población surgidas del Censo del 2001 y considerando la relación entre población de cada distrito respecto a la base de representatividad vigente -1 diputado por cada 161.000 o fracción no menor a 80.500- obtendríamos que la cantidad de diputados sería de 226, mas si respetamos el mínimo de dos diputados por distrito aceptado histórica y doctrinariamente sumaríamos dos diputados mas, o sea 228. Estos dos últimos se los asignaríamos a Santa Cruz y Tierra del Fuego ya que en ambos casos la cantidad de habitantes da para nominación de un solo diputado.

Con esta última cantidad de diputados la Cámara disminuiría en 29 miembros y la representación popular se acercaría a los parámetros de la Carta Magna equilibrando el valor de cada sufragio en su peso relativo. Así entonces los 86 diputados correspondientes a la Provincia de Buenos Aires significarían un 37,7% del total de miembros del Cuerpo y guardarían una sincera correlación con el 38% de la población nacional que tendrían que representar.

En vísperas del Censo del 2010 resulta más que oportuno requerir que la expresión de la Abogacía organizada manifieste su preocupación para que los poderes públicos de la Nación, ejerciendo sus deberes constitucionales y sus responsabilidades políticas, adecuen la normativa hoy vigente rectificando la postergación de la población bonaerense asignándole el grado de representatividad que genuinamente le corresponde en la integración de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

JEFE DE GABINETE DE MINISTROS. ANÁLISIS DE SU ORIGEN, FUNCIONES Y PROYECCIÓN INSTITUCIONAL

Dr. **JAVIER INDALECIO BARRAZA**
Colegio Público de Abogados de Capital Federal

La institución Jefe de Gabinete de Ministros ha sido inspirada en los modelos parlamentarios de Europa Continental, y en sectores políticos afines a tales modelos. Sin embargo en nuestro país, ha adquirido rasgos particulares donde la Jefatura sigue en cabeza del Presidente de la Nación, mientras que el ejercicio de la administración general del país es llevado a cabo por el Jefe de Gabinete.

El objetivo de instaurar una figura de tales características fue brindar respuesta a las crisis institucionales, tratando de fortalecer al Congreso. En suma, se trataba de introducir “un fusible político”, para enfrentar a las crisis institucionales del país, sin que implicaran un desgaste de la figura presidencial¹. Es por ello que a fines del año 1985, con la Creación del Consejo para la Consolidación de la Democracia², comienzan a bosquejarse distintos criterios que desembocaron en la creación de la institución.

Es evidente, que la instauración del Jefe de Gabinete de Ministros sin llegar a alterar el sistema presidencialista de gobierno, buscaba atenuar.

CRÍTICAS A LA INSTITUCIÓN

En primer lugar se consideraba que con su instauración se alteraría el sistema presidencialista. Y, en segundo término, se planteaba que la introducción del mencionado Jefe en el juego institucional originaría una superposición de funciones con el Poder Ejecutivo Nacional que no siempre se podría determinar claramente.

Asimismo, se ha manifestado que el Presidente concentra un cúmulo de tareas y responsabilidades que muy difícilmente puede asumir el Jefe de Gabinete de Ministros, en forma satisfactoria, por carecer la nueva institución de la flexibilidad necesaria para adecuarse a situaciones de tensión y de crisis graves.

Por último, se señalaba que la figura del Jefe de Gabinete de Ministros, no favorece una relación fluida y de cooperación entre el Presidente y el Congreso.

ARGUMENTOS A FAVOR DE LA INSTITUCIÓN

Entre los propulsores de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros se encuentran aquellos que han criticado el sistema presidencialista argentino llegando a denominarlo “hiperpresidencialista”. En tal sentido, se ha sostenido que el régimen hace depender en demasía toda la gestión del gobierno en las condi-

¹ Américo Ghioldi introdujo en nuestro país la concepción de “fusible político” donde bregaba aludiendo a la experiencia histórica argentina por la creación de la figura de un primer ministro. (“El futuro, el parlamentarismo y la concentración del poder económico” Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Económicas, 1967 citado por Roberto Andrés Gallardo y Mario Justo López (h) en su artículo “El Jefe de Gabinete en la Constitución Nacional reformada” publicado en la revista jurídica El Derecho Tomo 161, pág. 947).

² Podemos observar que existieron diferencias de criterios en cuanto a la ubicación político institucional, de la figura a crearse. En el seno de dicho Consejo se señaló: “En concreto, se trata de introducir una forma de gobierno más flexible y adecuada a la realidad latinoamericana, vale decir, una forma de gobierno semipresidencial, introduciendo un dualismo en el Ejecutivo con un Jefe de Estado y un Jefe de Gobierno, aún manteniendo en el seno del Ejecutivo una cierta jerarquización, que dejaría al Presidente de la República como un moderador político, siendo el Primer Ministro y su gabinete el responsable ante el parlamento por la ejecución de las políticas gubernamentales concretas....”

ciones personales de una persona -el Presidente de la Nación-, por lo que la falta de condiciones del mismo, tornaría más vulnerable la quiebra de las instituciones, al hacerlas tambalear con la amenaza de la sustitución violenta del Presidente.

Con relación al hiperpresidencialismo, se ha señalado que los poderes del presidente se fueron ampliando históricamente por una serie de circunstancias prácticas, por interpretaciones concesivas de los tribunales, por la pérdida de peso del Congreso a medida que sus procedimientos se volvieron más lentos, y por la situación similar del Poder Judicial debida a sus mecanismos vetustos. A todo ello debía agregarse el efecto de los golpes de Estado que, ..creaban la imagen de un presidente omnímodo que luego se transportaba a los presidentes constitucionales...³

Es verdad que la introducción de esta figura fue inspirada en las monarquías parlamentarias europeas, donde se observa una separación tangencial entre la jefatura de Estado y la jefatura de gobierno. Sin embargo, la sustitución de nuestro sistema presidencialista por un sistema ajeno a nuestras tradiciones, hubiera constituido una innovación demasiado sustancial, provocando un desfase en el complejo de instituciones que nos rigen. En este sentido, cabe recordar que las normas jurídicas son normas culturales, lo cual significa que las normas responden a la idiosincrasia y sentir de un pueblo. Es por ello, que los constituyentes optaron por establecer un sistema, que permitiera superar las debilidades funcionales del régimen presidencialista, el que concentraba una serie de facultades que no podía ejercerlas satisfactoriamente, descargando tales funciones en una figura llamada Jefe de Gabinete de Ministros.⁴

Lo expuesto, no implica una negación a introducir modelos de instituciones que han conseguido un gran desarrollo en otros países. Ocurre, que al insertar una nueva realidad, debe tenerse en consideración, la historia, la costumbre, y la cultura de un pueblo. Y es en este punto donde queremos reflejar que la República Argentina, es un país que siempre ha tendido a adoptar figuras presidenciales fuertes, por lo que la inserción de un sistema parlamentario, hubiera significado una reforma significativa que desconocería nuestra realidad político-institucional.

Asimismo, el sistema presidencialista que fuera establecido en el siglo pasado, ha sufrido una modificación que no lo desvirtúa en su génesis.

La reforma constitucional, ha tenido como fin atenuar el sistema presidencialista, descargando una parte de las tareas que otrora eran ejercidas por el Presidente de la Nación y que son netamente de administración, en cabeza del Jefe de Gabinete de Ministros, permitiéndole de esta forma al Primer Magistrado que la mayor cantidad de su tiempo, la consagre a cumplir funciones que hacen a la conducción estratégica y política del Estado, dejando en un funcionario -el Jefe de Gabinete- la dedicación exclusiva de la labor administrativa, en donde no pasa el centro de gravedad de la acción política, pero cuya actividad en forma eficiente o deficiente, incide fundamentalmente en el éxito o fracaso de la acción de gobierno.

Así, de las cinco jefaturas a cargo del Presidente de la Nación, a saber: a) del Estado, b) administración general del país, c) del gobierno, d) la de las fuerzas armadas y e) de la Capital Federal; ha pasado, a ejercer -luego de la reforma constitucional- solamente, y en forma plena, tres de ellas, esto es, la del Estado, la del gobierno y la de las fuerzas armadas.

En efecto, es indiscutible que el Presidente de la Nación, es el Jefe de Estado, de gobierno y de las fuerzas armadas. Es más con relación a la jefatura de gobierno, el texto de la Constitución reformada expresamente dispone que “El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: 1. Es el jefe supremo de la Nación, *jefe del gobierno* ⁵ y responsable político de la administración general del país.”

³ GARCIA LEMA, Alberto Manuel, *La reforma por dentro. la difícil construcción del consenso constitucional*, Buenos Aires, Planeta, 1994, p. 163 y 164.

⁴ Raúl Alfonsín, manifestaba que a fines de 1985, cuando el gobierno de la Unión Cívica Radical creó el Consejo para la Consolidación de la Democracia, que fuera un organismo asesor pluralista, se le encomendó al referido Consejo un estudio acerca de la conveniencia de una reforma constitucional. Las conclusiones a que arribara ese Consejo, fue la necesidad de desconcentrar el cúmulo de poderes del Presidente de la Nación, pues esa concentración tornaba al sistema argentino, hiper-presidencialista. Del discurso que pronunciara el citado ex-Presidente y que fuera incorporado al Diario de Sesiones de la 21ª reunión, Sesión Ordinaria, 1 de agosto de 1994.

Con esta aclaración los convencionales constituyentes clarificaron cualquier duda que hubiera podido suscitar si estábamos en presencia de un sistema presidencialista o no.

Cabe preguntarse ¿Qué se entiende por Jefatura de Estado? La figura del jefe de Estado, se encuentra reconocida en las constituciones de países, que sostienen regímenes de gobiernos, distintos al presidencialista. Así, se ha dicho: “El jefe de Estado representa interna e internacionalmente la unidad del estado como persona jurídica. Que la constitución diga que es el jefe ‘supremo’ no quiere significar erigirlo en gobernante omnipotente, ni colocarlo por encima de los otros órganos del poder como dominador o árbitro, ni despojar a los demás órganos de su independencia. La supremacía, en este caso, no es superioridad sino exclusivamente expresión de la calidad de ‘único’ jefe de estado. Ni el congreso ni la corte Suprema invisten esa jefatura, que es excluyente, y no compartida ni compartible. Por eso, al presidente se los llama también ‘primer’ mandatario, no porque mande más, sino porque preside el estado como jefe del mismo”.⁶

Una de las jefaturas que ha perdido el Poder Ejecutivo Nacional es la de la Ciudad de Buenos Aires, al rezar el texto constitucional que la jefatura de la Capital Federal será ejercida por un jefe de gobierno electo por el pueblo⁷.

Del mismo modo la administración en su ejercicio ha quedado en cabeza del Jefe de Gabinete, con lo cual se observa que se han resignado algunas jefaturas, para que el Presidente pueda cumplir con la conducción estratégica del Estado. Sin embargo, el Poder Ejecutivo Nacional, no se ha desentendido de la administración general del país, ya que la Ley Fundamental prevé expresamente que éste es el responsable político de aquella, y que además supervisa el ejercicio de facultades del Jefe de Gabinete de Ministros⁸, y que puede pedir informes a empleados de la Administración.

RELACIÓN ENTRE EL PODER EJECUTIVO NACIONAL Y EL JEFE DE GABINETE DE MINISTROS ⁹

La relación entre el Poder Ejecutivo Nacional y el Jefe de Gabinete de Ministros, ha sido definida como una “relación jerárquica”, en tanto que otros sostienen que estamos en presencia de una “relación de supervisión” o “vínculo de control administrativo”. La tesis que ha prevalecido es aquella que afirma que estamos en presencia de una relación jerárquica.

⁵ La locución “jefe de gobierno”, se encontraba inserta en el Proyecto de Constitución del Dr. Juan Bautista Alberdi, cuando en el artículo 85, expresaba: “El presidente de la Confederación tiene las siguientes “atribuciones”: *En interior*: 1º Es el jefe supremo de la Confederación y tiene a su cargo la administración y *gobierno* general del país.” (la letra itálica utilizada en la voz gobierno es introducida por los autores de este ensayo a los efectos de su distinción).

⁶ BIDART CAMPOS Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, El Derecho Constitucional del Poder*. Buenos Aires, Ediar, 1993, T. II.

⁷ En efecto el artículo 129 de la Constitución Nacional establece: “La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad.

Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires, sea capital de la Nación. En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones”.

⁸ El artículo 99 inciso 10 de la Constitución Nacional establece que el Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: “Supervisa el ejercicio de la facultad del jefe de gabinete de ministros respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión, con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales”.

⁹ GARCIA LEMA, Alberto Manuel, *La Reforma por dentro. La difícil construcción del consenso*, Buenos Aires, Planeta, 1994. El referido jurista, señala que sobre este punto, prestigiosos estudios han ensayado que “...el propósito de la reforma no ha sido dejar de lado el sistema presidencialista sino únicamente atenuarlo, acrecentando el poder de contralor del Congreso Nacional, por un mecanismo diferente al utilizado en los Estados Unidos de América, donde se requiere el acuerdo del Senado para el nombramiento de los ministros (denominados allí “secretarios”) propuestos por el presidente. En la reforma diseñada se ha optado por no seguir el procedimiento norteamericano, a fin de mantener la libertad del presidente en la elección y remoción de sus ministros”.

LA RELACIÓN JERÁRQUICA

Una de las características fundamentales que nos conduce a sostener que la relación entre el Poder Ejecutivo Nacional y el Jefe de Gabinete de Ministros es jerárquica, es la contundencia del artículo 99 inciso 7° de la Constitución Nacional, que faculta al Presidente de la Nación a nombrar por sí solo y de remover al Jefe de Gabinete de Ministros.¹⁰

Es decir, y en esto se diferencia la figura instituida con los ordenamientos constitucionales europeos, ya que no existen sistemas de consultas, ni intervención legislativa, que permitan aseverar lo contrario. Por lo contrario la ausencia de tales sistemas, vuelcan claramente la opinión, en el sentido de considerar al Jefe de Gabinete de Ministros como un subordinado del poder ejecutivo, nombrar y remover es una expresión de la jerarquía.

El razonamiento expuesto, no pierde de vista lo dispuesto en el artículo 101 de nuestra Ley Fundamental que prevé la facultad del Honorable Congreso de la Nación de interpelar al Jefe de Gabinete de Ministros a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y su remoción por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras. Pero esta facultad del Congreso nacional se limita a la remoción del Jefe de Gabinete, no habiéndose contemplado la posibilidad de participación de nuestro Parlamento en su designación.

Por lo expuesto, conviene sobre este punto efectuar una pequeña digresión y expresar que en el sistema italiano, el Presidente del Consejo de Ministros es nombrado por el Presidente de la República, siendo del caso destacar que éste es elegido por el parlamento. Así, se podría afirmar, que es necesaria la concurrencia de dos circunstancias, por un lado una cuestión de tipo formal, cual es el nombramiento que lo efectúa el jefe del Estado, y por otro lado, una cuestión de tipo sustantiva, es decir la confianza de las Cámaras del órgano Deliberativo, que se traduce en la elección del Presidente del Consejo de Ministros. Aspecto sin el cual, el nombramiento efectuado por el presidente carecería de fundamento.

Por otra parte, en el sistema francés también se encuentran diferencias con nuestro Jefe de Gabinete que es designado por la sola voluntad del Poder Ejecutivo Nacional y removido por el Presidente de la Nación, o por el Congreso nacional siguiendo el procedimiento trazado en el artículo 101 de nuestra Constitución Nacional¹¹. La diferencia radica en lo siguiente dado que en aquél país, si bien es cierto que el Presidente de la República Francesa nombra y remueve al Primer Ministro, en el segundo supuesto, no lo puede hacer cesar y solo es viable, cuando el Primer Ministro presenta su dimisión. Es del caso destacar que la dimisión del gobierno que pone fin a las funciones del Primer Ministro, puede ser un acto voluntario de éste, o como consecuencia de la aprobación de la Asamblea de una moción de censura o de la desaprobación de su programa o de una declaración de política general del Gobierno, según lo establece la Constitución de Francia.

Luego, de estas aclaraciones, y con el objeto de mostrar la singularidad de nuestro Jefe de Gabinete, en donde su designación depende exclusivamente del Presidente de la Nación, lo cual trasunta un vínculo de jerarquía; trataré lo relativo a sus funciones y su repercusión en la relación entre ambas figuras.

¹⁰ El artículo 99 inciso 7° de la Constitución Nacional, establece que el Presidente de la Nación tiene la siguiente atribución: "Nombrar y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado, por sí solo nombra y remueve al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros del despacho, los oficiales de su secretaría, los agentes consulares y los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por esta Constitución".

¹¹ Sobre el particular el artículo 101 de la Constitución Nacional establece que: "El jefe de gabinete de ministros debe concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar de la marcha del gobierno, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 71. Puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras."

DIFERENCIA ENTRE RESPONSABILIDAD POLÍTICA Y EJERCICIO DE LA ADMINISTRACIÓN

En este sentido, se ha manifestado: “...el Presidente gobierna y el Jefe de Gabinete administra. Lo expuesto quiere decir que el Presidente ejerce la acción de impulso direccionado, mientras que el Jefe de gabinete ejerce esa acción permanente, concreta, normalmente particularizada, de oficio, heterogénea que se denomina administración”¹².

Asimismo, se advierte que el Poder Ejecutivo ha conservado su carácter de unipersonal, habiéndose reforzado esta concepción con fórmulas que suponen la existencia de una relación jerárquica entre el Presidente y el Jefe de Gabinete. Esa relación encuentra apoyo en varias prescripciones constitucionales...”¹³.

A juicio de Bianchi, no resulta claro, que el presidente sea el responsable de la Administración y el jefe de gabinete tenga el ejercicio de la administración general. Así expresa que “esta dicotomía de funciones parece desprenderse que al Jefe de Gabinete le corresponderá a partir de ahora, ejercer las funciones que antiguamente ponía en cabeza del Presidente el inciso 1º del artículo 86. No es perfectamente claro, sin embargo, qué significa ser el responsable político de la administración. Parecería que el Presidente retiene la Jefatura de la Administración, pero con el ‘gerenciamiento administrativo’ del Jefe de Gabinete”.¹⁴

OTRAS ATRIBUCIONES QUE PUEDE EJERCER EL PRESIDENTE DE LA NACIÓN RESPECTO DEL JEFE DE GABINETE, LO CUAL IMPLICA UN VÍNCULO JERÁRQUICO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 99 inciso 2 de nuestra Ley Fundamental, el Presidente de la Nación, expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias. Así el Primer Magistrado, podría impartirle instrucciones al Jefe de Gabinete de Ministros, tendiente a poner en ejecución aquellas leyes, dicha facultad no se encuentra en el texto constitucional atribuida al referido Jefe.

Por su parte, el artículo 100 inciso 4º de nuestra Carta Magna, faculta al Jefe de Gabinete de Ministros a ejercer las funciones y atribuciones que le delegue el Presidente.

No solo el Presidente puede delegar en el Jefe de Gabinete sino que también el inciso 4º del citado artículo, lo faculta a indicarle las cuestiones que debe resolver.

Por lo demás y en lo que a la materia presupuestaria respecta, el artículo 99 inciso 10 de la Ley Fundamental, dispone que, el Poder Ejecutivo Nacional supervisa el ejercicio de la facultad del Jefe de Gabinete de Ministros respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión, con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales.

De la lectura del precitado artículo surgen dos fundamentos que permitan aseverar que el Jefe de Gabinete se encuentra vinculado al Presidente de la Nación mediante una relación jerárquica. En primer lugar, debemos recordar que el presupuesto es el instrumento de dirección de la política económica de la Nación, el grado de dirección depende de los cambios que pueden realizarse en la magnitud y en el contenido del presupuesto con el propósito de influenciar la cantidad y el carácter de las actividades económicas¹⁵. La fijación del gasto queda en cabeza del Congreso de la Nación, como lo dispone el artículo 75 inciso 8 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de ello, le compete al Poder Ejecutivo Nacional, elaborar el proyecto de ley de presupuesto, esta facultad no podría estar en cabeza del Jefe de Gabinete de

¹² BARRA, Rodolfo Carlos, *El Jefe de Gabinete en la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot S.A., 1994.

¹³ CASSAGNE, Juan Carlos, *En torno al Jefe de Gabinete*, artículo publicado en la revista jurídica La Ley el 5 de diciembre de 1994.

¹⁴ BIANCHI, Alberto, *Una primera aproximación a la reforma constitucional*, artículo publicado en la revista jurídica El Derecho, tomo 159, p. 1002 y sigtes.

¹⁵ BARRAZA, Javier Indalecio, *El control de la Administración Pública*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 43 y sigtes.

Ministros, puesto que de tal forma, podría establecer la política económica de la Nación, cuestión que por cierto, no se ha querido poner bajo su competencia, por ser inherentes a la jefatura de gobierno.

Esto es así por cuanto, lo que si se ha dejado bajo la órbita del Jefe de Gabinete de Ministros es la ejecución de esa política preestablecida. Este es un aspecto más, en el cual queda confirmada la relación jerárquica.

El segundo fundamento, es la facultad de contralor que tiene el Presidente respecto de aquella ejecución, tal facultad de control del Primer Magistrado, sólo es comprensible en una relación de jerarquía. En definitiva el control es una manifestación del poder de mando propio de la relación jerárquica.

ANTECEDENTES QUE REFUERZAN EL CRITERIO EXPUESTO

Se observa que en la Constitución Nacional de 1853-60, el artículo 86, prescribía: “El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: 1º Es el jefe supremo de la Nación y *tiene a su cargo* la administración general del país”.

Mientras que, la Constitución, en su actual redacción, dispone en el artículo 100 inciso 1: “Al Jefe de Gabinete de Ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde...1. *Ejercer* la administración general del país...” En tanto que, el artículo 99 inciso 1º del mismo cuerpo legal, prevé: “El Presidente de la Nación...es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y *responsable político* de la administración general del país.”

Existe una diferencia terminológica entre el anterior artículo 86 inciso 1º y el actual 100 inciso 1. En consecuencia la norma citada en primer término, establece “tiene a su cargo”, mientras que el artículo referido en segundo lugar, reza “ejerce”; lo que induce a manifestar que entre ambas expresiones existe una diferencia de grado.

OTRAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES QUE AVALAN LO EXPRESADO

Así, en el artículo 99 inciso 17 de la Constitución Nacional, se prevé que el Presidente de la Nación: “Puede pedir al jefe de gabinete de Ministros y a los jefes de todos los ramos y departamentos de la administración, y por su conducto a los demás empleados, los informes que crea convenientes, y ellos están obligados a darlos.”

LA RELACIÓN DE SUPERVISIÓN

Cierta doctrina entiende que existiría una “relación de supervisión” o “vínculo de control administrativo” entre el Poder Ejecutivo y el Jefe de Gabinete de Ministros.

Así, se ha expresado: “...coincidimos en la existencia de una “relación jerárquica” cuando el jefe de gabinete ejerce facultades delegadas por el Presidente, conforme lo previsto por el artículo 100 inciso 4º de la Constitución. Pero no cuando actúa en ejercicio de atribuciones que le han sido otorgadas en forma directa por la Constitución: Administración general del país, nombramiento de los empleados de la administración, hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de presupuesto nacional...”¹⁶.

RELACIÓN ENTRE EL JEFE DE GABINETE DE MINISTROS Y LOS MINISTROS

Se podría inferir que el Jefe de Gabinete de Ministros es un ministro de rango privilegiado. Así, el artículo 100 inciso 5 de la Constitución Nacional, dispone que ante la ausencia del presidente, las reuniones de gabinete son presididas por aquél¹⁷.

¹⁶ FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, *El jefe de gabinete de ministros: Perfiles e interrogantes*, artículo publicado en la revista jurídica La Ley el 28 de junio de 1995.

¹⁷ El artículo 100 inciso 5 de la Norma Fundamental, establece que le corresponde al Jefe de Gabinete de Ministros: “Coordinar, preparar y convocar las reuniones de gabinete de ministros, presidiéndolas en caso de ausencia del presidente”.

Por otra parte, el ejercicio de la administración general del país, atribución que no está concedida a ningún ministro, se encuentra en cabeza del Jefe de Gabinete de Ministros, lo cual implicaría una relación de superioridad respecto de los demás ministros.

Esto también me lleva a sostener que al ejercer la administración general del país, su acción se extiende al resto de los ministerios, pudiendo de tal forma resolver los recursos jerárquicos que se plantean en el seno de los distintos ministerios.

Asimismo, el Jefe de Gabinete de Ministros podrá pedir informes, y teniendo en cuenta la relación de jerarquía podrá avocarse, salvo cuando una norma expresamente lo prohíba.

En el aspecto financiero también el Jefe de Gabinete de Ministros tiene facultades que lo diferencian claramente de los demás Ministros secretarios, y un análisis somero de ello, nos da la pauta, para concluir que aquel se encuentra en otra posición que éstos, al establecer la normativa constitucional que le corresponde al referido Jefe de Gabinete hacer recaudar las rentas de la Nación, y en el aspecto presupuestario, le corresponde ejecutar la ley de presupuesto. Sobre este aspecto debemos trazar un pequeño esbozo comparativo, el que efectuado habrá de reforzar la tesis de que el Jefe de Gabinete sería realmente un *primus inter pares*. En tal sentido en la Constitución de 1853-1860 tales facultades se encontraban expresamente reservadas al Presidente de la Nación, de ninguna manera se concedía esto a un ministro determinado o a un grupo de ellos. En la Constitución reformada esto pasa a ser facultad del Jefe de Gabinete, con la facultad de supervisión propia de quien tiene la responsabilidad política de la administración general del país, el Presidente de la Nación.

Asimismo y otra característica, que hace más al aspecto formal, pero que es indicativa de que la figura del Jefe de Gabinete de Ministros, es distinta de los Ministros, es que el mismo dicta Decisiones Administrativas, a diferencia de los Ministros que dictan Resoluciones. Si el Jefe de Gabinete y el Ministro estuvieran en una situación de paridad ¿Cuál es la razón para establecer tal distingo? A nuestro juicio la diferenciación, esta basada precisamente en esta relación de jerarquía del primero para con los segundos.

Otro de los puntos donde se observa una distinta paridad entre las funciones del Jefe de Gabinete de Ministros y los demás Ministros secretarios, es en lo concerniente a la legalización de los actos administrativos que emanan del Poder Ejecutivo Nacional y del Jefe de Gabinete.

En efecto, la regla sentada en el actual artículo 102 de la Constitución Nacional es que cada ministro es responsable de los actos que legaliza, y solidariamente de los que acuerda con sus colegas. Es decir, que cada uno de los Ministros secretarios que conforman el Poder Ejecutivo Nacional deberán refrendar los actos administrativos de que se trate (ya sea decretos o decisiones administrativas) dentro del marco de las competencias atribuidas por la Ley de Ministerios vigente.

A su vez, la Constitución Nacional estipula expresamente en qué casos los reglamentos deberán contar con el refrendo del Sr. Jefe de Gabinete de Ministros, a saber: decretos reglamentarios de las leyes, decretos que dispongan la prórroga de las sesiones extraordinarias, los mensajes del presidente que promuevan la iniciativa legislativa, los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso de la Nación. A su vez, la Ley Fundamental prevé que el Jefe de Gabinete de Ministros refrendará juntamente con los demás Ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes.

La pregunta que deviene indefectible es: ¿qué ocurre en el caso del dictado de un decreto que se vincule con competencias propias del aludido Jefe? ¿Quién lo debe refrendar? La Constitución Nacional no otorga una solución al respecto.; sin embargo el artículo 6° del Decreto N° 977 del 6 de julio de 1995, estipula en estos casos la legalización del acto por parte del Jefe de Gabinete de Ministros, sin perjuicio del refrendo del ministro secretario del área que también deberá constar.

De conformidad con este precepto constitucional el artículo 3° del Decreto N° 977/95 establece que el Jefe de Gabinete de Ministros y los Ministros secretarios refrendarán y legalizarán con su firma los actos del Presidente de la Nación, del modo que dispone la Constitución Nacional, la Ley de Ministerios vigente y el decreto al que estamos haciendo referencia.

Es decir, de la reseña efectuada se observa una primacía del Jefe de Gabinete de Ministros a nivel constitucional, no obstante, haberse contemplado en la norma específicamente el refrendo de éste en actos vinculados a su competencia estricta.

No obstante, en la actualidad esta relación de jerarquía del Jefe de Gabinete ha sido debatida y puesta en tela de juicio por la Procuración del Tesoro de la Nación, traduciéndose la que entiende que el Jefe de Gabinete de Ministros no obstante su denominación es un ministro más¹⁸.

En virtud de lo expuesto, el recurso jerárquico contra actos de los ministros deberá ser resuelto por el Jefe de Gabinete de Ministros por ejercer la Administración General del país (artículo 100, inciso 1 Constitución Nacional) y por ser superior jerárquico de los ministros.

CONCLUSIONES

No obstante las previsiones constitucionales, a poco de empezar a prestar funciones, al Jefe de Gabinete de Ministros, se lo consideró un ministro más, tal la opinión de la Procuración del Tesoro de la Nación (v. Dictámenes 200/96 y 90/97). Cabe preguntarse ¿Para qué se creó esta figura si finalmente es un ministro más? ¿No resultaba más práctico crear un nuevo ministerio? Y como si esto fuera poco en el año 2002, mediante el dictado del Decreto N° 491, el Presidente concentró las facultades para designar a todos los empleados de la Administración. Con ello, podemos ver que la intención inicial del Consejo para la Consolidación para la Democracia, de crear una figura similar a un primer ministro, no se cumplió, pero mucho más, ni siquiera puede designar a ciertos empleados.

¿Por qué no se cumplieron los objetivos iniciales? ¿Fueron los operadores políticos los que debilitaron la figura? Estimo que sí, ya que la Procuración del Tesoro de la Nación le ha negado superioridad jerárquica sobre los ministros (V. Dictámenes 90/97 y 200/96) al señalar que el Jefe de Gabinete de Ministros no obstante su denominación es un ministro más. Asimismo, los que ocuparon el cargo, se han convertido en figuras dispuestas a cumplir las directivas presidenciales, antes que mantener una relación fluida con el Presidente. De hecho hubo un Jefe de Gabinete de Ministros que no concurría al Congreso a brindar informes acerca de la marcha del gobierno, no obstante que existe una expresa manda constitucional (v. art. 101 de la Constitución Nacional). Y lo que es más, otro Jefe de Gabinete de Ministros, ni siquiera tenía idea de las funciones que debía cumplir, al punto que dijo que “era la rueda de auxilio de la Presidenta”. En verdad el objetivo del constituyente fue crear una figura que se asemejara los primeros ministros de los modelos parlamentarios, cuidando de no alterar nuestra tradición presidencialista.

A modo de epílogo, el Jefe de Gabinete de Ministros se ha convertido en una institución anodina. Basta simplemente recorrer su derrotero de casi quince años, para advertir que aquel deseado primer ministro que flexibilizaría el sistema y que surgiría del Congreso, lentamente fue mutando, hasta convertirse en una burda caricatura de un programa de humor, al que para concurrir debe pedir autorización al Presidente de la Nación. En tanto y en cuanto, tengamos funcionarios sin ética ni probidad, y ciudadanos con indolencia cívica, asistiremos inexorablemente al quiebre de las instituciones.

¹⁸ V. Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación 200/06 y 90/97.

DE LA DEMOCRACIA UTÓPICA A LA DEMOCRACIA EUTÓPICA

Dra. MARÍA VERÓNICA PICCONE

COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PLATA

Síntesis o conclusiones propuestas:

Los abogados, presentes en el campo político desde el nacimiento de nuestra Nación, tenemos que renovar nuestro compromiso sosteniendo un concepto amplio y dinámico de igualdad, denunciando las injusticias que las desigualdades económicas implican en sí mismas y las distorsiones que introducen en el campo político, reafirmando nuestro compromiso con la búsqueda e implementación de mecanismos, como las acciones afirmativas, que faciliten la búsqueda de la igualdad sustancial. Propongo afirmar que la igualdad real o de oportunidades forma parte central del contenido prescriptivo de la democracia y, que los abogados tenemos, como imperativo ético, que comprometer nuestro saber en pos de alcanzarla la misma.

En ocasión de la realización de la XVI Conferencia Nacional de Abogados convocada bajo el lema “*Bicentenario 1810-2010. Abogados: A pensar el país*” deseo referirme brevemente a la situación actual de una de las instituciones centrales de nuestra institucionalidad constitucional, la democracia, en relación a la que constituye para mí su principal fragilidad: la negación efectiva del derecho a la igualdad.

Para ello, procuraré en este acotado espacio hilvanar algunos de los núcleos componentes de esta institución a la luz de conceptualizaciones jurídico-políticas y sociales, y, de la historia, que nos brinda los hitos que en ocasiones resultan el frágil reflejo de luminosas ideas.

La democracia ideal.

Al igual que sucede con muchas de las palabras que habitan el mundo del Derecho, el término ideal puede entenderse en varios sentidos: como la proyección de una idea; como un modelo a alcanzar en la realidad; como lo perfecto en su género; como una exigencia moral.

A partir de allí, hablar de democracia ideal plantea dos problemas iniciales: saber qué es la democracia y luego, examinar la distancia que existe entre esta como modelo o ideal y la democracia tangible, la real.

Obtener una definición relativamente veraz de la palabra democracia es una tarea titánica.

Para empezar, el término se utiliza desde la modernidad para referirse a un sistema político muy distinto de aquel que le dio origen, el imperante en la Atenas del siglo V a. C. En esos tiempos, la democracia –por *demos* (pueblo) y *kratos* (gobierno)– es el autogobierno del pueblo ya que si todos sufren las consecuencias del gobierno todos deben participar de él (por supuesto el “todos” era sumamente restringido ya que no incluía a los esclavos, a las mujeres, a los extranjeros, etc.). El sorteo y los mandatos cortos eran la consecuencia natural de este sistema de autogobierno.

Pero esta democracia de la *polis* no es la pauta de las democracias actuales.

Con la modernidad, el surgimiento de los estados-nación y de las teorías contractualistas la democracia mutara parte de su esencia: el término hará referencia entonces a la democracia representativa o indirecta, como dice Hobbes: “*Autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho a gobernarme a mi mismo...*”.

El concepto de representación política se convierte en uno de los elementos clave de la historia política moderna. Representar significa etimológicamente presentar de nuevo, hacer presente algo pero el uso

jurídico y político de la palabra es otra vez, profundamente ambiguo, tema sobre el que volveremos al final del trabajo.

Antes de finalizar este apartado quiero recordar uno de los tantos dilemas que contiene la representación política y la democracia representativa que en ocasiones, como en los discursos mediáticos y en los momentos de crisis, parece olvidado. La adopción de un sistema de democracia representativa suele acompañarse de la prohibición del autogobierno, como lo recuerda el artículo 22 de nuestra Constitución Nacional: “El pueblo no delibera no gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición”. Así, el mismo Preámbulo de la Constitución Nacional nos dice que esta es establecida por los representantes del pueblo y no, por el pueblo mismo.

La democracia moderna y su ideal. Podríamos definir muy sucintamente a la democracia diciendo que es un régimen político guiado por un conjunto de reglas que establecen quién ejerce el poder, bajo qué procedimiento es elegido, y cómo será ejercido el poder concedido.

Es un sistema que establece las pautas de la mediación insita en toda representación a partir de la modernidad: la mediación existente entre el Estado y la sociedad civil. Las características *cuasi* universales en la actualidad de este sistema de gobierno serían las elecciones periódicas, la libertad de expresión, el sufragio universal, y, la otra cara de la misma moneda, el derecho universal a ser elegido para ejercer el gobierno.

Sin embargo, si bien casi nadie discutiría que esos elementos son característicos de la democracia también, pocos coincidirían en que son suficientes para plasmar la idea que tienen de este régimen. Porque la palabra democracia, además de ambigua es profundamente vaga: es sumamente dificultoso llegar a un acuerdo, siquiera en el campo jurídico, sobre los elementos o caracteres que reunidos habilitan al uso de este nombre. En definitiva, la palabra contiene los tres problemas que el gran maestro Carlos Santiago Nino describía tan sencillamente en el capítulo I de su Introducción al Análisis del Derecho: ambigüedad, vaguedad y carga emotiva.

La Constitución no colabora demasiado en zanjarlo: la palabra democracia aparece pocas veces en su texto y fundamentalmente para reafirmar a la democracia frente a lo que claramente es su opuesto: los regímenes autoritarios, las dictaduras y los gobiernos impuestos por la fuerza.

Volviendo al campo teórico, al ser innumerables los autores que han expresado sus concepciones de la democracia, aunque hagamos una reducción al mundo moderno, aunque hagamos una reducción al campo jurídico, resulta imposible en este acotado espacio siquiera su mención.

Por ello prefiero retomar parte del hilo conductor de estas palabras ¿cuándo hablamos de democracia ideal nos estamos refiriendo a un “tipo ideal” a la manera de los constructos de Max Weber, a un modelo que jamás se da en la realidad pero que es un instrumento que facilita su análisis? O bien, ¿cuándo hablamos de democracia ideal nos adentramos en el campo axiológico, como en parte se ve en el capítulo de nuevos derechos y garantías de nuestra Constitución Nacional ya señalado, para referirnos a que la democracia es sustancialmente mejor que otros regímenes políticos?

Recordando a otro maestro argentino, Julio Cesar Cueto Rúa, que señalaba que todo juicio jurídico implica una valoración, profundizaré este punto acercándome al valor que considero central en el núcleo de la democracia: la igualdad.

El ideal inherente en la democracia. La igualdad como valor acompaña la historia de la democracia desde su origen. En sus tiempos griegos, la igualdad era la base del sorteo en que se discernían los pocos cargos del régimen de autogobierno: todos los individuos libres tenían derecho a gobernarse y gobernar sin distinguir sus capacidades individuales o económicas por lo que la libertad y la igualdad eran términos que se implicaban mutuamente.

Pero la igualdad además de un valor es un derecho. Además de ser una idea, es un reflejo que se conquista y se cristaliza en el campo jurídico a través de luchas sociales y políticas, como decía Aristóteles

en su *Política*: “...la causa universal y principal... del sentimiento revolucionario...(es) el deseo de igualdad...”.

El paradigma normativo dominante en las democracias contemporáneas se asienta en el principio de que el consenso político, la aceptación del gobierno de los representantes, tiene su base en la igualdad de derechos y libertades de todos los miembros de la comunidad política. Esta ciudadanía, desde su propia invención ficcionada abstracta, no puede ser discriminada por motivos de raza, etnia, religión, sexo, etc. Como dice Giovanni Sartori la democracia sin la igualdad no nace o, nacida, rápidamente se apaga.

Por ello, una teoría que negase a las personas la igualdad frente a las instituciones democráticas o que las considerase inferiores a otras sería irremediabilmente desechada y nos llenaría de recuerdos de los mayores oprobios de la historia.

El debate entre democracia ideal y democracia real cobra relevancia en la actualidad dividiendo a los estudios entre teorías empiristas concentradas en hallar respuestas corroborables a qué es la democracia y cómo funciona; y teorías prescriptivas y normativas, interesadas en conocer y determinar las pautas que indiquen que debe tener un sistema político para ser considerado democrático.

Dentro de las teorías empiristas se hallan las que procuran evaluar la calidad de la democracia (la posibilidad de medir la distancia entre el ideal del buen gobierno y el gobierno real) a partir del cumplimiento de un conjunto de reglas procedimentales, claras, consentidas y legitimadas por un amplio compromiso político de la población y del alcance de los valores democráticos. Sin embargo, este análisis no resuelve que debe tenerse en cuenta como punto de partida de la comparación, cuáles son los valores que encontrados en una realidad concreta permiten el uso del término. ¿La gobernabilidad, la vigencia de los derechos civiles, de los políticos, el grado de participación política de los ciudadanos, la confianza depositada por estos en quienes los representan, el control ciudadano del gobierno?

A mi modo de ver, una de las cuestiones que no puede soslayarse en los análisis sobre la calidad democrática se relaciona con la vigencia de un mínimo efectivo de derechos económicos y sociales por parte de los ciudadanos.

Sin desmerecer el valor que posee el cumplimiento de los procedimientos que confieren a determinadas personas las funciones de gobierno (sobre todo en países con el nuestro donde la democracia ha sido constantemente interrumpida por asonadas militares) no podemos reducir el análisis a un conjunto de datos formales dejando de lado toda apreciación sobre el bienestar de los ciudadanos. En definitiva, como ya lo hizo Rousseau, debe ponerse en cuestión la compatibilidad entre la igualdad política de los ciudadanos con las desigualdades económicas y sociales.

Esto está íntimamente relacionado con el alcance que le demos a la igualdad porque la igualdad es el contenido prescriptivo central de la democracia. Una vez más las dicotomías jurídicas se vuelven una constante: democracia ideal/democracia real, constitución formal/constitución material, igualdad formal/igualdad real.

El texto de la Constitución a partir de 1994 cambia sustancialmente la concepción del derecho a la igualdad de su formulación originaria. La formulación del 1853, como exponente de su época, estableció la igualdad jurídica al consagrar que “...*todos los habitantes son iguales ante la ley...*”, pero la concepción de ciudadanía que surge del artículo 16 es formal y abstracta. Esta “*imparcialidad de trato*” por parte del Estado hacia los particulares no da cuenta de concepciones culturales excluyentes que afectan a distintos grupos y se reflejan en el acceso a los derechos. La Constitución reformada consagra la idea de igualdad sustancial o real de oportunidades, a la vez que eleva a la jerarquía constitucional a determinados instrumentos de protección de los derechos humanos.

La actual Constitución establece el principio de igualdad real entre varones y mujeres en el acceso a los cargos electivos y partidarios; el principio de igualdad real de oportunidades y trato en general en el artículo 75 inc. 19 y 23; y establece el mecanismo de las acciones positivas como medio para su garantía. La noción de igualdad real de oportunidades apunta a morigerar las diferencias en el punto de partida rechazando diferencias fundadas en cuestiones de riqueza, etnia, sexo, género y poder, que son gravitantes para que unos individuos adquieran posiciones favorables sobre otros dentro de la sociedad.

Desde hacia mucho tiempo surgía de los análisis sociales y antropológicos la noción de que la carencia de condiciones materiales de vida convierte a los derechos en cajas vacías que da vida a otra dicotomía, la existente entre ciudadanía emancipada y asistida.

Entre los principales males de las democracias contemporáneas se encuentran las prácticas clientelares que no sólo surgen de la corrupción y la ineficacia política sino también de la existencia de profundas desigualdades.

En el clientelismo (que adquiere diversos grados de visibilidad que se extreman frente a la inminencia de procesos electorales) los bienes públicos no se administran según la lógica imparcial de la ley, sino que bajo una apariencia legal se utilizan discrecionalmente por los detentadores del poder político; normalmente se corresponde con figuras penadas jurídicamente como prevaricación o corrupción. Las prácticas clientelares implican que los bienes públicos son desviados de sus fines o son administrados bajo parámetros no objetivos que brindan a quienes los distribuyen (tanto al “líder” como al puntero) un valor político a partir de prácticas corruptas pero de las cuales los clientes son presa fácil en función de su situación de desigualdad.

Los desafíos de la democracia del S. XXI parecen entonces los mismos que los planteados hace más de veinticinco siglos: la resolución de la fuerte tensión existente constante entre igualdad política y desigualdad económico social resulta un imperativo para que la desigualdad económica no distorsiones también la igualdad y la libertad política.

Entiendo, como dice Touraine, que *“No hay democracia que no sea representativa, y la libre elección de los gobernantes por los gobernados estaría vacía de sentido si éstos no fueran capaces de expresar demandas, reacciones o protestas en la “sociedad civil”*.

La teoría de la representación se desarrolla en tres direcciones opuestas según se asocie a: la idea de mandato o delegación del derecho privado; a la idea de representatividad, semejanza o similitud del enfoque sociológico; o, a la idea de responsabilidad.

Este último es el significado esencial y fundamental de la representación política actual, lo que la diferencia de las demás experiencias representativas: la idea de gobierno representativo como gobierno responsable según Sartori o, en el mismo sentido, con la posibilidad de controlar el poder político atribuido a quien no puede ejercer el poder en persona de Mauricio Cotta. Por ello, basándonos en sus finalidades, podríamos definir a la representación como un particular mecanismo político para la realización de una relación de control regular entre gobernantes y gobernados, aunque siempre vinculada con las otras dos formas de representación, a través de un mínimo indispensable.

La distancia que resta recorrer para que el conjunto de la población alcance la igualdad real, ya sea a causa de políticas neoliberales o de la falla o corrupción en la aplicación de políticas públicas de desarrollo acrecientan la crisis de la representación, porque los representantes no expresan una parte sustancial de las demandas de la sociedad civil.

De la democracia utópica a la democracia eutópica. Tomás Moro inicia su *Utopía* con un poema que contiene un juego de palabras. La utopía es un objeto cuya realidad se niega: un no lugar, un lugar a donde nadie se dirige. La Eutopía es un lugar feliz, un lugar a donde todo hombre sabio se encamina. Debemos concebir a la democracia como algo posible, alcanzable, como una eutopía porque sin un horizonte caminaríamos a ciegas a un no lugar.

Como dice Alexis de Tocqueville *“El desarrollo gradual de la igualdad es un hecho providencial, con sus principales características: es universal, es duradero, escapa siempre a la potestad humana y todos los acontecimientos, así como todos los hombres, sirven a su desarrollo”*. Sin embargo, la historia tiene un curso que no ha dado aun todos los frutos que podemos esperar, y que nunca se detiene.

En un mundo cada vez más pequeño y más poblado, la lucha por la extensión de los derechos sigue vigente e incluso se amplía a nuevos derechos como los ecológicos, de minorías, etc. sin embargo, los ciudadanos cada vez se sienten más alejados del Estado y menos representados por el.

Los abogados, presentes en el campo político desde el nacimiento de nuestra nación, tenemos que

renovar nuestro compromiso sosteniendo un concepto amplio y dinámico de igualdad, denunciando las injusticias que las desigualdades económicas implican en sí mismas y las distorsiones que introducen en el campo político, reafirmando nuestro compromiso con la búsqueda e implementación de mecanismos, como las acciones afirmativas, que faciliten la búsqueda de la igualdad sustancial.

LA CALIDAD INSTITUCIONAL, UNA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LOS ABOGADOS

Dr. LUIS MARÍA SANTOS

Abstract: El presente documento se introduce en el estudio del fenómeno institucional –desde la nueva perspectiva aportada por el neoinstitucionalismo-, explorando su relación e incidencia con los procesos de desarrollo de las naciones, con particular enfoque sobre el caso argentino. Paralelamente, aborda la problemática del déficit institucional que todavía aqueja a nuestra sociedad, identificándose a los abogados como los actores sociales encargados de comandar –desde la responsabilidad social que les compete- el proceso de fortalecimiento institucional que el país necesita.

Sumario: Brief. I. Introducción: Acerca de Pensar el País. II. En Honor a Alberdi y Morello. Dos Grandes Pensadores del País. III. Las Instituciones: Los Pilares de Toda Sociedad. IV. El Proceso de Institucionalización: Nuestra Obra Inconclusa. V. La Institucionalidad: La Meta Inalcanzable. VI. El Déficit Institucional: Sus Nuevas Facetas. VII. La Calidad Institucional: Nueva Dimensión de la Institucionalidad. VIII. El Fortalecimiento Institucional: El Antídoto. IX. La Justicia: El Estratégico Punto de Partida. X. Los Abogados: Los Comandantes del Cambio. XI. Los Ciudadanos: Los Partícipes Necesarios. XII. Las Propuestas: Algunas Iniciativas. XIII. Convocatoria.

VOCES: Instituciones – Institucionalidad - Calidad Institucional - Fortalecimiento Institucional – Responsabilidad Social – Abogacía – Ciudadanía –

I. Introducción: Acerca de Pensar el País: Preludio esta ponencia, haciendo una breve reflexión y una particular mención en torno al lema que da marco y contenido a la XVI Conferencia Nacional de Abogados –cuya elección celebro, a la vez que aplaudo- por la cual se nos convoca a todos los Abogados de la Argentina, a PENSAR EL PAÍS en el contexto del BICENTENARIO 1810-2010, bajo la intención de enfatizar el valor y trascendencia que dicha consigna encierra.

Pensar el País, es pensar en los demás y junto a los demás, comprometiéndose con el bien común.

Pensar el País, es asumir una responsabilidad directa en la construcción y consolidación de una auténtica Nación.

Pensar el País, es abandonar el rol de mero espectador de la realidad cotidiana, para hacerse activo protagonista del propio destino.

Pensar el País, es apostar y comprometerse por un lugar donde valga la pena vivir y desarrollarse.

Pensar el País, en el contexto del Bicentenario, no es sino comprometerse con el presente y el futuro de todos y cada uno de nosotros.

Y todo esto, en el caso puntual de los Abogados, asume una especial trascendencia y una particular dimensión, a tenor del lugar estratégico que ellos ocupan dentro de la estructura institucional del país, a la luz del conocimiento experto que poseen y en virtud de la relevante función social de su ministerio.

Desde esta perspectiva, para los Abogados, Pensar el País, se traduce en dos grandes cometidos: El primero, asumir en plenitud el rol de custodios y garantes de la institucionalidad que les es inherente a su ministerio. El segundo, actuar y consumir la responsabilidad social que se deriva de su especial status dentro de la sociedad.

En síntesis, Pensar el País en su Bicentenario, para los Abogados, no es más ni menos que asumir el

desafío y el compromiso –desde la propia responsabilidad social- de revertir –junto a los ciudadanos- el gran flagelo que todavía azota y condiciona el desarrollo de la Argentina: la tan preciada y maltratada institucionalidad.

Sobre estos temas -la institucionalidad, los abogados, la responsabilidad social y los ciudadanos- transitan los párrafos del presente trabajo, buscando a través de ellos convocar y enrolar a los hombres y mujeres de derecho detrás de la compleja empresa de fortalecer nuestras instituciones-, procurando hacer de ello una causa común de toda la abogacía argentina.

II. En Honor a Alberdi y Morello. Dos Grandes Pensadores del País. Pensar el País, en el marco del Bicentenario, inexcusablemente nos obliga a recalar en la figura, obra y legado de dos grandes hombres, dos grandes pensadores del País; a la sazón, dos grandes abogados.

El uno, nacido en ciernes del Bicentenario que hoy celebramos, el 29 de Agosto de 1810. El otro, fallecido en sus postrimerías, el 21 de Abril de 2009.

Dos hombres, dos pensadores, dos abogados. Juan Bautista Alberdi y Augusto Mario Morello.

Y también dos universos, dos momentos, dos realidades. El siglo XIX y el siglo XXI.

Pero entre ambos, desde uno y otro extremo de este Bicentenario, una misma preocupación, el País y su institucionalidad.

Juan Bautista Alberdi, desde su “Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina”, y Augusto Mario Morello, desde su “Línea de Partida de la Argentina Posible” (Fundación Editora Notarial – La Plata – 2002), pensaron el País.

Pero no solo eso los unía, ambos también padecían el país, sufrían el país. Padecieron y sufrieron la falta de institucionalidad e incluso, por la falta de institucionalidad.

Alberdi, en 1852, escribe sus “Bases...”, luego de vivir y sufrir las consecuencias de un país totalmente dividido y ensangrentado, buscando sentar los cimientos de lo que sería luego la arquitectura institucional de nuestra República.

Morello, en 2002, edita su “Línea de Partida...”, dónde, desde el dolor y la angustia, nos alienta a aunar esfuerzos, en particular el de los abogados, en pos de la reconstrucción institucional del país.

Dos voces señeras, en uno y otro extremo de estos 200 años, a modo de anhelo compartido, hablaban de una misma necesidad, la tan preciada institucionalidad.

Ambos, con honda clarividencia y profusa sapiencia –a uno y otro lado del Bicentenario- tuvieron muy en claro dos aspectos vitales del capítulo de la institucionalidad. El primero, que la institucionalidad es la llave del desarrollo sustentable de las naciones y sus pueblos. El segundo, que las cuestiones de la institucionalidad son responsabilidad de los Abogados.

Desde tal concepción y postura, ambos, en diferentes momentos de la vida del país, se hicieron cargo de este déficit de corte casi tumoral que acecha desde su gestación la realización de los argentinos, trabajando y peleando arduamente y desde varios frentes en pos de su consolidación, ilustrando y educando a sus generaciones de colegas, dirigentes y ciudadanos.

Lamentablemente, estamos próximos a cumplir doscientos años de vida y la sociedad argentina sigue padeciendo la misma dolencia de antaño. Todavía hoy día, el desafío de consolidar la institucionalidad –si bien con nuevos matices y bajo renovados contornos-, continúa vigente.

Será entonces en honor a la figura de estos dos inigualables hombres de ley que –en tanto abogado- intentaré a través de este breve esbozo, hacer una humilde aportación a la fecunda prédica y el sostenido trabajo por ellos cumplido, buscando sumar una suerte de nuevo capítulo a la temática de la institucionalidad, de la mano de un instituto poco explorado y aún menos desarrollado; en el caso, el instituto de la responsabilidad social.

Es de la mano de nuestra responsabilidad social que debemos hacer de la institucionalidad, una causa común de todos los abogados, procurando liderar el proceso de cambio que nuestra sociedad tanto demanda, asumiendo a este desafío como a un reto a enfrentar y una meta a conquistar.

Desde aquí, indudablemente habrá de tejerse un nuevo vínculo de confianza y respeto entre los ciudadanos y los abogados -afianzándose así la cohesión social de nuestra comunidad-. Ese día habremos honrado nuestro rol de custodios y garantes de la institucionalidad del país, nuestra profesión habrá sumado un nuevo galardón a su cuadro de honor, y la República habrá consumado su realización.

III. Las Instituciones: Los Pilares de Toda Sociedad. El presente trabajo aborda la fenomenología institucional y su problemática.

Ello impone que previamente definamos aquello que constituye el núcleo de su objeto, esto es, las instituciones.

En torno de este término subyace cierta confusión, de la cual se deriva su obligado uso inapropiado.

Esta confusión ha sido abonada y potenciada por la multiplicidad de ciencias que han demandado para sí la propiedad del término (caso de la sociología, las ciencias de la administración, la política, el derecho, etc.), atomizando dentro de sus esferas las dimensiones del concepto.

Paralelamente, el término posee múltiples acepciones (en tanto norma, organización, regla, patrón de conducta, valor, etc.), e incluso, mayores aplicaciones (hablamos de instituciones educativas, republicanas, sociales, comerciales, jurídicas, políticas, familiares, etc.), todo lo cual dispersa su verdadero sentido.

Sin ánimo de desentrañar aquí los contornos de este término tan polisémico, en el marco del presente documento definimos a las instituciones como “la consolidación permanente, uniforme y sistemática de usos, conductas e ideas con medios e instrumentos que aseguran su control y el cumplimiento de su función social “ (conf. Pablo Lucas Verdú , en “Principios de Ciencia Política” Tomo II, pag. 125, Ed. Tecnos. Madrid).

Las instituciones, en tanto pilares sobre los cuales se cimienta la estructura social, política y económica de las sociedades, anidan y custodian el ADN de dichas comunidades.

De tal suerte, entre las sociedades y sus instituciones, se fomenta y articula una relación de constante simbiosis, relación ésta a partir de la cual ambas se moldean y redefinen mutuamente.

No hace mucho que ha resurgido, dentro del mundo académico, el interés por las instituciones.

Fue el neoinstitucionalismo político y económico el que las ha revalorizado, a partir de la numerosa y contundente evidencia colectada en torno a la incidencia causal que ellas habían tenido sobre los niveles de desarrollo sustentable evidenciado por las principales naciones del planeta.

Ha sido dentro del universo de las instituciones, dónde se ha identificado el germen que explica y permite entender por qué algunas naciones progresan y otras no lo logran.

Incluso, es dentro del fenómeno institucional desde dónde puede explicarse por qué una nación puede llegar a des-desarrollarse. Tal el caso de nuestra querida Argentina (único ejemplo del mundo).

IV. El Proceso de Institucionalización: Nuestra Obra Inconclusa.

La institucionalización es aquel proceso a través del cual una unidad social va construyendo y reconstruyendo su propia institucionalidad, y con ello, su futuro.

Por medio de este proceso, mientras se talla el sesgo de la propia identidad, se delinea el marco y contenido de la matriz desde la cual habrán de desarrollarse los integrantes de dicha unidad, tanto en forma individual como colectiva.

Las características que posea el proceso de institucionalización de un país, habrá de marcar la impronta y signar la suerte de su futuro inmediato.

En cuanto proceso, se caracteriza –tanto en los casos de autogeneración como en los de importación institucional-, por la gradualidad de su génesis (a través de las fases de puesta en valor, estabilización y ulterior consolidación), la dinámica de sus ciclos (mutando al ritmo de los cambios que experimenta la propia unidad), la interactividad de sus componentes (algo común a todo proceso cultural) y la constancia de su ejecución (ella constituye una actividad permanente).

El proceso de institucionalización transita por diversas fases –en cada una de las cuales se echa a jugar su propia suerte- que van desde la germinación hasta la consolidación, pasando por el reconocimiento, la internalización y la aceptación, producto del cual se deriva –a modo de resultado final- la tan preciada institucionalidad.

Si algo caracteriza a los procesos de institucionalización, es que son auténticos procesos de construcción colectiva. En rigor, son procesos de construcción de todos y entre todos.

Desde esta perspectiva, queda por demás claro que el mayor desafío a encararse en materia institucional, no es sino la institucionalización política de una sociedad.

Y en nuestro caso, no fue sino un abogado quien se hizo cargo de tan magna empresa, fundando las bases de nuestra institucionalidad política.

Alberdi sentó la piedra fundacional del proceso de institucionalización argentino, sobre el cual hoy día se sigue construyendo nuestra anhelada institucionalidad.

Indiscutiblemente, las “Bases...” de Alberdi no son otra cosa que la mismísima acta de nacimiento del institucionalismo argentino, a la vez que la sanción de la Constitución del 53 representa el bautismo de nuestra nación dentro de la institucionalidad.

Pero este proceso de institucionalización iniciado en el 53, sufrió fortísimos embates a lo largo de su desarrollo –un total de 6 interrupciones durante el siglo pasado (1930, 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976) y un fuerte cimbronazo durante el siglo en curso (2001)-, los cuales no fueron gratuitos para el país, pues estas marchas y contramarchas –amén de comprometer lisa y llanamente nuestro desarrollo- han minado el efecto progresivo y expansivo de todo proceso institucionalizador, echando por la borda el capital institucional acumulado en cada ciclo.

V. La Institucionalidad: La Meta Inalcanzable. La institucionalidad es la meta final de todo proceso de institucionalización. Ella podría definirse como el estado de plenitud de las instituciones. En dos palabras, podríamos caracterizarla como el reinado de las instituciones.

Hoy día existe consenso en el mundo académico, en torno a que el desarrollo sustentable de las naciones depende, al largo plazo, de la fortaleza de su matriz institucional.

No solo los países que integran el cuadro de honor del mundo desarrollado son países con altos índices de institucionalidad, sino que aún incluso aquellos que han iniciado y registran vigorosos procesos de crecimiento y desarrollo sostenido contabilizan el previo afianzamiento de su matriz institucional

La tesis que postula que el desarrollo de las naciones y la calidad de vida de las personas está íntimamente vinculada e influida por el grado de institucionalidad que sus sociedades cultivan y comulgan, se integra en la siguiente fórmula: *Más institucionalidad = Más Desarrollo*

Curiosa y penosamente, la República Argentina es el ejemplo que mejor abona el valor de verdad de esta tesis y su fórmula.

Así lo prueba su vertiginoso e ininterrumpido descenso del 6to. puesto que supo ocupar –en el año 1908- dentro del ranking mundial de naciones –delante de países como Holanda, Alemania, Canadá, Japón, Italia, España, Noruega, etc.- y el actual puesto 49 con el que corona su bicentenario –conf. IDH de la ONU-, período éste durante el cual nuestro país violentó su matriz institucional en un total de 7 ocasiones.

Pero en rigor, la institucionalidad es mucho más que la mera continuidad institucional.

Y también la Argentina permite probar la verdad de este postulado del institucionalismo.

A partir del advenimiento de la democracia concretado en el año 1983, los argentinos recuperamos la vigencia de las instituciones republicanas y democráticas hasta entonces anuladas. Lamentablemente, esto llevó a muchos a creer que la batalla por la institucionalidad estaba ya ganada o cuanto menos próxima a conquistarse.

Esta abrupta recuperación formal de nuestras instituciones clásicas e, incluso, la importación posterior de otras, ha generado en la sociedad una suerte de espejismo institucional, a partir del cual la socie-

dad adquiere la creencia-sensación de que se posee institucionalidad, por efecto reflejo de la sobrepoblación de instituciones formales con las que se convive.

Pero lo cierto es que los hechos nos muestran una realidad diferente.

VI. El Déficit Institucional: Sus Nuevas Facetas. El próximo 25 de Mayo cumpliremos 200 años de historia, sin haber alcanzado la plenitud institucional.

A pesar de que hemos recuperado y conservado por un cuarto de siglo nuestras instituciones fundacionales –el mayor período de continuidad institucional registrado desde la apertura de los ciclos de interrupción inaugurado en el año 1.930-, dichas instituciones no alcanzaron aún su plenitud y/o adultez natural, y menos aún, los nuevos paradigmas que hoy las nutren y dan forma y contenido.

Nuestra institucionalidad todavía es deficitaria.

Cualquier análisis sistémico e integral que se practique sobre nuestras instituciones permite confirmar este aserto.

No por nada Morello hablaba en el año 2002 de la “Argentina Posible”, esto es, de aquella Argentina que todavía no llegó a ser quien anhelaba y merecía.

Sin embargo, los nuevos estudios realizados sobre la realidad institucional, han evidenciado la existencia de un nuevo flagelo que afecta a la institucionalidad, el cual no deriva ya del quiebre y/o fractura del régimen institucional, ni de su limitada implementación. Se trata de otro mecanismo de agresión, el cual está gobernado por otra dinámica, reconoce otra etiología y, por ende, demanda otros antídotos.

Otros males –ajenos y distintos a la ruptura estructural- aquejan hoy la salud e integridad del fenómeno institucional.

Aquellos virus que hasta hace muy poco agredían la institucionalidad procurando su quiebre y extinción, hoy mutaron en su genoma, dando vida a una nueva cepa provista de otros sistemas de agresión, a través de los cuales se manipula la institución en aras de la neutralización de su realización y/o función social, mediante mecanismos de debilitamiento, vaciamiento, cooptación y/o controles distorsivos.

Estos son los nuevos flagelos que afectan la institucionalidad moderna, sobre muchos de los cuales Morello realizó un pormenorizado inventario en su “Línea de Partida...”.

VII. La Calidad Institucional: Nueva Dimensión de la Institucionalidad. A efectos de auscultar y auditar este nuevo flagelo institucional, se acuñó el concepto de calidad institucional.

Calidad es sinónimo de perfección, de excelencia, de superioridad.

El concepto de calidad ya fue utilizado con anterioridad por otras disciplinas –en particular aquellas de raíz económica-, a efectos de aumentar las exigencias y potenciar las cualidades de sus unidades de estudio (las empresas), en vistas a alcanzar mayor competitividad respecto de sus pares del mercado. Fue así como empezó a hablarse de productos de calidad, de calidad de los servicios, e incluso, de gestión de la calidad.

Dentro del institucionalismo, la calidad institucional alude a la densidad, esto es, al peso específico que una determinada institución y/o sus componentes poseen en términos reales.

Para llevar a cabo esta medición de corte cualitativo, se practica una medición comparativa, sobre la base de una serie de indicadores que se relevan al efecto, a los fines de confrontarlos con los estándares referenciales adoptados para el caso.

La calidad institucional pasa a ser así la unidad de detección y medición de este nuevo flagelo que afecta al fenómeno institucional.

Ella detecta el grado de perfección/imperfección de la institución auditada, mediante un relevamiento de tipo morfológico, cuantitativo y cualitativo, a través del cual mensura la densidad que aquella registra, detecta la ubicación de sus vicios invalidantes e identifica a sus posibles agentes causales, permitiendo adoptar eventuales mecanismos correctivos de las distorsiones que irradia el espejismo institucional con que se inoculó a nuestra sociedad.

Lamentablemente, el inventario de males relevado y registrado por el Dr. Morello en el año 2002, ha quedado absolutamente desactualizado y hasta minimizado al presente.

Nuestro déficit institucional ha aumentado y sigue aumentando en forma exponencial.

Así se deriva de las distintas mediciones realizadas sobre nuestra institucionalidad, cualquiera sea el universo examinado (país, organismo, norma, valor, actividad, etc.).

En fundamento de ello cito algunos guarismos por demás ilustrativos.

El índice de calidad institucional elaborado por la Internacional Policy Network, que anualmente edita localmente el CIIMA (Centro de Investigaciones de Instituciones y Mercados de Argentina), posiciona a nuestro país en el puesto 114° del ranking mundial, detrás de naciones como Tanzania, Maldivas, Sri Lanka, Kazakhtan y Morocco (ver tabla de posición general de fs. 18 del informe 2009), registrando una baja sustantiva respecto del 93° lugar que ocupaba en el año 2007 (ver tabla n° 12 de fs. 28 del informe 2007) y de la 103° posición a la que había descendido en el año 2008 (ver tabla general de fs. 20 del informe 2008)

Este índice releva un total de 184 naciones del mundo, y evalúa y condensa un total de 8 variables/índices, tales como la protección a los derechos de propiedad, competitividad, libertad económica, buen clima de negocios, corrupción, seguridad jurídica, libertad de prensa y transparencia por parte de empresas y gobierno.

Si nos focalizamos ya dentro de nuestro microcosmos, hallamos que el índice de confianza en la justicia relevado desde el mes de Julio/04 a la fecha en forma conjunta por el Fores, la Universidad Torcuato Di Tella y la Fundación Libertad, continúa descendiendo y registrando valores sumamente preocupantes. Más de la mitad de los consultados sigue sin confiar en la Justicia (www.foresjusticia.org.ar)

Una encuesta realizada por Dalessio Irol revelaba que mientras los valores de justicia y honestidad aumentaban su densidad y jerarquía dentro de nuestra sociedad -67% y 45% respectivamente-, al mismo tiempo se constituían como los de mayor carencia dentro de la comunidad-65% y 64% respectivamente- (ver www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=706331), a la vez que otra cumplida por el periódico especializado DiarioJudicial.com, daba cuenta que 8 de cada 10 abogados no confiaba en sus colegas (www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=30473)

Frente a este desolador panorama, de escalada creciente y tendencia constante, se impone la adopción de urgentes medidas.

VIII. El Fortalecimiento Institucional: El Antídoto. Hoy nuestro desafío no es el mismo que enfrentaba el país en la época de Alberdi, donde la prioridad era fundar instituciones. Tampoco es idéntico al que gobernó nuestra realidad al reinstalarse la democracia en el año 1983, donde el objetivo era recuperar y reconstruir las instituciones. Hoy nuestra empresa colectiva es distinta. Ella consiste en fortalecer nuestras instituciones.

Y el antídoto contra este proceso de debilitamiento y degradación institucional no es otro que el fortalecimiento de nuestras instituciones.

Podemos definir al fortalecimiento institucional como aquel complejo proceso estratégico, científico y participativo, a largo plazo, de creación de valor y transformación cultural, por el cual una institución, refuerza su identidad, moderniza sus procesos, potencia sus capacidades y regenera su estructura. En síntesis, se desarrolla.

En pocas palabras, fortalecer las instituciones no es otra cosa que densificarlas, nutrir las, potenciar las, dinamizar las, buscando con ello expandir su calidad, en pos de su consolidación.

Obligado es aclarar que el fortalecimiento institucional, en tanto procesos de transformación cultural, demanda un perfil muy especial de operadores (tanto de conductores como de gestores). La conducción e implementación de este tipo de procesos no es para cualquiera. Ella demanda la concurrencia de un nutrido número de atributos y cualidades, a saber: conocimiento experto, responsabilidad social, compromiso cívico, espíritu transformador, vocación de cambio, experiencia en construcción de valor social,

compromiso con el bien común, etc.

Paralelamente, el fortalecimiento institucional se vale para sí, de un muy variado portafolio de estrategias, métodos, acciones y mecanismos, los cuales implementa de un modo articulado y sinérgico. Ellos van desde los simples procesos de concientización, formación y/o capacitación, hasta los complejos esquemas de auditoría y/o intervención, pasando por la gestión de valores, la transparencia de procesos, la modernización tecnológica y la dinamización de los mecanismos de control, entre otros.

Pero el éxito de cualquier proceso de fortalecimiento institucional –y muy en particular, de aquel que pretenda encararse sobre nuestra institucionalidad política- requiere –en pos de su pronta, ágil y satisfactoria realización- el previo aseguramiento de ciertas condiciones básicas fundamentales: La primera es la correcta identificación del punto de partida del proceso a encararse, la segunda es la elección de los agentes sociales adecuados para comandar y articular este proceso de fortalecimiento, la tercera es el enrolamiento de los actores sociales que habrán de intervenir en dicha transformación, y la cuarta y última, es la generación del nutriente amalgamante que habrá de motivar y robustecer el compromiso y la participación de todos los que se alistean en dicha empresa.

IX. La Justicia: El Estratégico Punto de Partida: Cualquier estrategia conoce y bien valora el carácter vital y trascendente que el punto de partida posee dentro de cualquier programa o proyecto. Identificar el correcto punto de partida, suele ser el gran capítulo de cualquier planeamiento estratégico.

Tanto Alberdi como Morello, en sus respectivos proyectos de “organización política” y “refundación”, tenían muy en claro los efectos expansivos derivados del poder de impacto de un buen inicio. Prueba de ello no es sino el rótulo que al efecto escogieron para intitular sus respectivas obras. “Bases y Puntos de Partida...”, el uno, y “La Línea de Partida”, el otro.

Y en materia de FI, la problemática del punto de partida guarda aún una mayor gravitación, toda vez que detrás de la institucionalidad –conforme ya se explicara- esta anudado el mismísimo desarrollo de la Nación. Equivocar aquí el punto de partida, significa tanto como frustrar nuestro presente y comprometer el futuro de las nuevas generaciones, y con ello, condenarnos por más tiempo al mismísimo subdesarrollo.

Hallar el punto de partida, es descubrir el eslabón neurálgico de todo el sistema. Aquel engranaje articulador que permite dinamizar toda la maquinaria institucional.

Por todo ello, en nuestro caso, acertar el punto de partida es tanto como identificar la plataforma desde la cual habrá de articularse de modo seguro y sustentable, el proceso de consolidación institucional que nuestro país merece y necesita para alcanzar su desarrollo.

Y también en este capítulo, la relectura conjugada de los textos referenciados permite concluir que el punto de partida de nuestro proceso de FI recalca en la órbita de la Justicia.

Desde el componente Justicia, en sus tres dimensiones –esto es, en tanto valor social, en cuanto institución republicana y como sistema integral- podrá darse inicio confiado en dirección a esta meta.

Fortalecer la Justicia permitirá fortalecer el resto de las instituciones. No hacerlo, nos condenará al fracaso, tal cual lo demuestra nuestra historia.

El proceso de FI de nuestro país requiere como condición necesaria y esencial, que primeramente se fortalezca la Justicia. He aquí el punto de partida. Recién después de haber abordado y revertido los déficits que padece nuestra Justicia en cada una de sus tres dimensiones, podremos decir que hemos anclado la piedra fundacional para encarar un proceso de fortalecimiento institucional serio y sustentable, que nos posibilite transitar sin sobresaltos y sinsabores nuestro camino hacia la meta del desarrollo integral, empezando desde allí a vivir y palpar el país que todos soñamos.

En otras palabras, no va a haber fortalecimiento institucional posible –y con ello, desarrollo consecuente- si previo a todo ello no se robustece y afianza la justicia –en cada una de sus dimensiones- dentro e nuestra sociedad.

X. Los Abogados: Los Comandantes del Cambio. Y este cambio debe necesariamente ser encara-

do, comandado y gerenciado por el estamento de los abogados, honrando con ello, el legado de Alberdi y Morello.

Por qué? Porque a los abogados se nos ha reservado un lugar único y preferente dentro de la estructura social.

Muchas y muy trascendentes –algunas de corte monopólico y excluyente- son las funciones y encomiendas que se nos han delegado.

La sociedad nos ha confiado la misión de custodiar la constitucionalidad, actuar la justicia, vigilar la institucionalidad, traducir la ley, gestionar los conflictos, pacificar la sociedad, etc.

Ciertamente, una de las funciones más complejas y desafiantes que nos han encomendado, ha sido la de controlar, enfrentar y limitar al poder constituido.

Para lograr acabadamente tal cometido, la sociedad nos asignó poderosas herramientas y nos invistió de extraordinarias facultades.

Estas facultades y herramientas, en rigor, conforman y corporizan los contornos y contenido de un auténtico poder.

Ese poder, es un poder institucionalizador, el poder de pararse delante de gobiernos, organizaciones y poderes fácticos y demandarles sujeción a la ley.

Los abogados son los únicos actores de la sociedad civil investidos con ese poder.

Por ello, consolidar la institucionalidad, en el caso de los abogados, no es otra cosa que actuar su propia responsabilidad social. Esa responsabilidad que le incumbe a cada integrante de la sociedad de velar, proteger y defender aquel segmento de la sociedad que cae bajo la propia incumbencia, especialidad o función social que se le ha confiado.

Esa responsabilidad que encuentra fundamento filosófico en el contrato social y en la justicia social que nos vincula y regula como sociedad política, en procura de la concreción del bien común.

Por ello, la institucionalidad es responsabilidad de los abogados. Ningún otro actor social tiene mayor incumbencia y capacidad para asegurar su consolidación.

Es hora de actuar nuestra responsabilidad social –emulando a Alberdi y Morello (cuya visión trascendía el conflicto)- y activar y desarrollar esta dimensión adormecida de nuestro ministerio, haciendo del fortalecimiento de nuestra institucionalidad una causa común de todos los abogados.

Pero ello en modo alguno significa que los abogados deben asumir esta empresa en soledad. Solo significa que deben motorizar y comandar el proceso de fortalecimiento institucional que la sociedad demanda.

Ese proceso que nunca se activa de manera sustentable.

XI. Los Ciudadanos: Los Partícipes Necesarios. Una de las condiciones esenciales que habrá de garantizar el éxito de este cometido –y que a la vez explica muchos de los fracasos de los varios procesos antes iniciados e intentados- es el inexcusable involucramiento y participación de los principales destinatarios de este esfuerzo a encararse, a la sazón, los propietarios titulares del país que desde aquí intentamos pensar y mejorar.

Para ello, será necesario reconstruir la malla cívica de nuestra sociedad política, hoy absolutamente desgranada, apática, desinformada, desarticulada y divorciada de la política, la justicia y la institucionalidad.

Se trata de reconstruir nuestra ciudadanía, incorporando a nuestros compatriotas al universo de la institucionalidad.

Esta también será otra empresa (previa) que los abogados deberán echarse al hombro, en su carácter de traductores oficiales de la legalidad.

Deberá germinarse y solidificarse dentro del espíritu de cada integrante de nuestra sociedad, una auténtica conciencia cívica, y sobre la cual construir una plataforma de compromiso social y participa-

ción ciudadana que acompañe y proteja la labor a encararse desde la abogacía.

XII. Las Propuestas: Algunas Iniciativas. A efectos de no dejar a este documento enrolado y relegado a la categoría de mera pieza teórica sobre la institucionalidad, postulo algunos cursos de acción que desde este foro pueden debatirse y, en caso de compartirse, corporizarse en iniciativas concretas, tales como:

-Habilitar la especialidad de abogados institucionalistas, con formación académica especializada.

-Implementar un Observatorio Permanente que audite la calidad de nuestras instituciones fundamentales.

-Bosquejar los lineamientos de un Sistema de Afianzamiento de la Ciudadanía de alcance nacional, que permita reconstruir la malla ciudadana de la sociedad.

-Elaborar planes de formación ética y educación ciudadana, destinados a estudiantes, docentes y jefes de familias, en vistas a reconstruir la cultura cívica de nuestra comunidad,

-Habilitar y coordinar Foros Cívicos Permanentes, Veedurías Ciudadanas Temáticas y Centros de Auditoría Pública que fomenten y activen el control permanente sobre los poderes y los gobernantes por parte de los ciudadanos.

-Generar redes sociales de ciudadanos que articule y dinamice el poder cívico de nuestra comunidad.

XIII. Convocatoria. Creo fervientemente que los Abogados podemos –y debemos- comandar el proceso de fortalecimiento institucional que nuestra sociedad demanda y nuestro país merece.

Hago entonces desde aquí, dentro del contexto de esta inigualable ocasión, una convocatoria y un llamamiento a toda la abogacía en pos de tal meta.

Algunos abogados pensaron el país. Otros lo construyeron. Nos queda ahora a nosotros rescatarlo y echarlo a andar. Queda hecha la invitación.

DECADENCIA DEL RÉGIMEN FEDERAL

Dres. **JUAN CARLOS GHIRINGHELLI - FERNANDO ROGEL CHALER**

COLEGIO DE ABOGADOS DE TUCUMÁN

A lo largo de la historia Argentina hemos podido observar que las provincias han ido deteriorando sus Autonomías Provinciales, ya sea por circunstancias propias de las jurisdicciones locales que delegaron en la Nación en forma implícita sus facultades para legislar o a veces por estrategias de la Nación concretizadas en la centralización del poder tributario, esgrimiendo criterios eminentemente unitarios como son la economía de escala, evitar la doble imposición, redistribuir de una forma más justa los impuestos, fiscalización y administración más eficiente y menos corrupta.

Cabe sin embargo destacar, que las provincias al ser autónomas pueden elegir sus propios gobernantes, disponen de facultad tributaria ya que conservan el poder no delegado a la Nación y dictan sus propias constituciones y sus leyes acordes a la constitución nacional. Este mecanismo si funcionara tal cual está enunciado generaría el fortalecimiento de régimen Federal, pero desgraciadamente la Nación con frecuencia adoptó decisiones que provocaron el debilitamiento y desvirtuación del régimen Federal.

Podemos enunciar algunos de los problemas responsables de la creciente centralización del sistema tributario argentino, entre los cuales se destacan:

a) Control de Cambios: Desde el punto de vista del Comercio Internacional, que se regula por el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (G.A.T.T.), al cuál nuestro país está adherido por Ley 17.799, así como el Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea y de la Convención de Estocolmo, que regula la Asociación de Libre Comercio, se establece que el marco tributario debe garantizar la no exportación de impuestos, en virtud de lo cual se admite la devolución de los llamados impuestos indirectos, en la medida correspondiente a la real imposición interna. El control de cambio discrimina en disfavor de las exportaciones, lo mismo que las retenciones, reiteradamente aplicadas en nuestro país a los productos agropecuarios para exportación.

Además fue crítica la experiencia Argentina con estos controles generando la disminución de rentabilidad de las empresas, produciendo como resultado la baja substancial en la recaudación impositiva y por lo tanto disminuyendo la participación de las provincias en los regímenes de coparticipación.

Con control de cambios, control de precios y demás variables, se pretende a veces disimular las dificultades que tiene el país en desarrollar una adecuada política fiscal y monetaria, pero la inflación que se encuentra latente en cualquier momento se hace presente creando corridas bancarias, desabastecimiento de mercaderías y como es sabido la pérdida de credibilidad en nuestra moneda. En este marco seguramente el estado buscará generar nuevos impuestos de dudosa constitucionalidad tendientes a recaudar más para cubrir la ineficacia del sector público, con la consiguiente inestabilidad normativa e INSEGURIDAD JURÍDICA.

Sin duda necesitamos mantener nuestros institutos rectores con un grado de mayor predicibilidad.

Como vemos estas medidas de los gobiernos centrales se adoptan por supuesto sin la intervención de los gobiernos locales a pesar que afectan sus fuentes de ingresos, beneficiando a determinados grupos.

b) Manipulación de Leyes Impositivas: Los países civilizados basan su estructura jurídica en el derecho, que es fuente y parámetro del marco en que se desarrollan las relaciones humanas, sin él, los hombres nos moveríamos sin restricciones ni criterios estables. Las Leyes deberían ser el fiel reflejo de las expectativas, costumbres, experiencia y principios humanos que hagan a la convivencia pero sobre un marco de estricta predicibilidad. Esto significa que la sociedad debe conocer con anticipación razonable

las conductas previstas por las leyes para adecuar su comportamiento a las mismas o saber con precisión y certeza cuáles serían las consecuencias de actuar al margen de la ley. A esto se llama seguridad jurídica, es decir, leyes claras que perduren en el tiempo y que no sean manejadas a discreción por la nación creando hechos imponibles, sujetos, exenciones, regímenes de promoción, etc, a entera discreción, sin consultar a las provincias, en beneficio exclusivo del poder que pudieren tener grupos económicos para hacer primar sus intereses sobre los que menos influencia tienen.

Es amplio y conocido el espectro de transgresiones a la legalidad y seguridad jurídica entre los cuales solo citamos a modo de ejemplo los siguientes:

- Ley 22.095, en su cap. III estableció un régimen general de promoción minera que otorgaba beneficios tributarios sin discriminación a todos aquellos que realicen gastos e inversiones en actividades mineras, sin otro requisito que inscribirse en el registro habilitado por la autoridad de aplicación (art. 5 de la ley); mas en el Cap. IV de la ley se reguló lo que se denomina promoción especial, a ser otorgada discrecionalmente por el Poder Ejecutivo, con olvido del principio de igualdad.

- Leyes de Coparticipación Federal de Impuesto, como la 23.548 que adoptaron y adoptan criterios en base a porcentajes fijos sin considerar los avances logrados en esta materia por la Ley 20.221, en cuanto a criterios de distribución tanto devolutivos como redistributivos, eliminando el fondo de desarrollo regional. Estas leyes en cuya elaboración no participan las provincias y que por la necesidad de recibir fondos solo se les "invita" a adherir, no hacen más que hacer pensar que las provincias suspenden sus facultades legislativas o lo que es peor delegan su poder impositivo que desde el punto de vista constitucional resulta indelegable.

De esta forma las provincias quedan cautivas de un sistema que permite extraer de la masa coparticipable tributos para ser distribuidos mediante otros regímenes de coparticipación, que en caso de las Leyes 23.562 y 23.658 (art. 38 a 40) no incluyen a todas las jurisdicciones, y en el que las sumas a distribuir sufren ingentes reducciones debidas a los beneficios concedidos por la nación, o en menor medida por las provincias, en el marco de la ley de promoción industrial (1).

- La ley 24.468 fue una de las leyes más recientes en materia de debilitamiento del Federalismo, al establecer un adicional con asignación específica, modificando el régimen en desmedro de las provincias puesto que no era distribuido como correspondía entre las provincias. Ante la confusión sembrada por esta ley, la DGI, por circular tuvo que aclarar que la alícuota del IVA era del 21% y no un importe adicional del 3 % a facturarse por separado.

Ello quiere decir que no se coparticipó el 3 % del Impuesto al Valor Agregado, modificando el régimen de coparticipación en desmedro de las provincias. Dicho 3 % se destino a la creación de un fondo administrado por el Tesoro Nacional y destinado al sostenimiento del equilibrio fiscal y el fortalecimiento del crédito publico. Por ley 23.631 se derogó dicho adicional y se lo incorporó directamente al IVA que quedó en el 21 %, a partir del 01/04/96. De esta manera quedó claro que el citado porcentaje formaba parte de la coparticipación, pero mientras tanto lo recaudado de más no se devolvió a las provincias.

- Los decretos 493/95 y una serie de ellos que tendieron a dar facilidad a los contribuyentes en desmedro de aquellos que no difirieron sus obligaciones impositivas. Además cabe mencionar que según estadísticas de la propia DGI tanto en materia impositiva, como previsional, se produjo un decaimiento de planes del orden del 70 % en ese entonces, lo que nos da la certeza del grado de ineficacia que tuvieron tales disposiciones en atención, no solo a la falta de capacidad de pago de los contribuyentes, sino también a las altas tasas de interés cobrados por los mismos. Todo esto puede decirse en igual sentido acerca del reciente y menos eficaz "Acuerdo Fiscal", con algunos otros condimentos que exceden el marco del presente trabajo.

- DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA que ayudaron solamente a formar una idea distorsionada de la división de poderes en la gente común, considerando que las leyes surgen del Poder

(1) SPISSO, Rodolfo, Op. cit. Pág. 159 y 160

Ejecutivo y no del Poder Legislativo, que solo funciona cuando existe la necesidad presidencial de refrendar dichos decretos.

- El Régimen RENTÍSTICO GLOBAL de Argentina hace que tenga demasiados impuestos que en forma global generan una presión alta y desfavorable para las empresas y los consumidores, sumado a ello, las altas contribuciones a los sueldos, produciendo el famoso costo argentino que nos hace salir de competencia en los mercados internacionales y en el MERCOSUR como parámetro inmediato.

c) Las Leyes Convenio: Quizás de todos los problemas que provocaron el debilitamiento del Federalismo tengamos que prestarle mayor atención a las denominadas Leyes Convenio que en la práctica se las denomina Regímenes de Coparticipación Federal de Impuestos. Estos pactos entre las provincias y la nación constituyen, según la CSJN, manifestaciones positivas del llamado federalismo de concertación, tendientes a establecer, mediante la participación concurrente del Estado Nacional y de las Provincias, un programa destinado a adoptar una política uniforme en beneficio de los intereses nacionales y locales. Así, en fallos 322:1781, ponderó la vocación de la Constitución Nacional creadora de “una unidad no por supresión de las provincias...sino por conciliación de la extrema diversidad de situación, riqueza, población y destino de los estados y la creación de un órgano para esa conciliación, para la protección y estímulo de los intereses locales, cuyo conjunto se confunde con la nación misma”, consagrando un principio “hacer un solo país para un solo pueblo”.

Más allá de lo anterior, resulta fundamental determinar si los mencionados instrumentos legales implican una delegación del poder tributario de las provincias en favor de la Nación.

La doctrina tiene opiniones divididas al respecto, por ejemplo:

- GARCÍA BELSUNCE ⁽²⁾ se inclina por la constitucionalidad de los regímenes de coparticipación, porque la Constitución no prohíbe las leyes convenio, pero no las considera del todo recomendables.

- DINO JARACH ⁽³⁾ por el contrario las considera inconstitucionales, al afirmar que la participación de las provincias se agota con la adhesión al régimen de coparticipación, siendo exclusivamente la Nación la que modifica las leyes que regulan los impuestos coparticipados, sin darle ninguna intervención a las provincias, ni requiriendo de éstas su adhesión posterior. Concluye afirmando que estos regímenes son una delegación en blanco del poder fiscal de las provincias en favor del Estado Federal.

- BIELSA habla del modus vivendi, al que se ha llegado por razones de conveniencia. Sostiene que las provincias no pueden hacer cesión del poder impositivo, y que esta cesión no es válida en el sistema constitucional argentino.

- LINARES QUINTANA ⁽⁴⁾ por su parte considera que tanto en materia de impuestos directos, como indirectos implican una renuncia al ejercicio de importantes aspectos del poder impositivo, que relajan sensiblemente las autonomías provinciales.

- CASAS ⁽⁵⁾ entiende que las Constitución de 1853 no constituye un valladar insoslayable para la sanción de tales leyes convenio, ya que en la búsqueda de la correcta inteligencia de las normas jurídicas no solo se debe computar la letra o dato Histórico de su promulgación, sino también la dinámica cambiante de la realidad que está llamada a regular.

- BIDART CAMPOS ⁽⁶⁾ remarca la constitucionalidad de las leyes convenio en cuanto se refieren a impuestos indirectos, en que la competencia es concurrente entre la Nación y las Provincias, ya que en tal hipótesis éstas no delegan su poder impositivo al poder federal, sino que simplemente se abstienen de ejercerlo, y a su vez, el gobierno Nacional ejerce una competencia que le ha sido referida por el Congreso.

⁽²⁾ GARCÍA BELSUNCE, Estudios Financieros (s.d.), pág. 310/311 y 316.

⁽³⁾ JARACH, Dino, Curso Superior de Derecho Tributario (s.d.), pág. 31.

⁽⁴⁾ LINARES QUINTANA, El Poder Impositivo y la Libertad individual (s.d.), pág. 165/169.

⁽⁵⁾ CASAS, Importante Hito en el Proceso de Refederalización en la República Argentina (s.d.).

⁽⁶⁾ BIDART CAMPOS, Tratado Elemental de Derecho Constitucional, Tomo I, (1986), Pág. 385.

En definitiva las Leyes Convenio como acuerdo entre las provincias y la nación de ninguna manera implican una transferencia, cesión o renuncia del poder impositivo de las provincias, son de hecho el ropaje jurídico del que se valió la Nación para atenuar el ejercicio centralizado de la legislación, fiscalización y administración de recursos que por derecho propio le corresponden a las jurisdicciones, como son los impuestos directos. El hecho de que las prórrogas sucesivas hayan convertido a los impuestos directos en permanentes, en trasgresión a la cláusula del art. 67, inc. 2 de la C.N., no autoriza a sostener que en este caso el Estado Federal ejerce facultades delegadas por las provincias, en el marco de las Leyes Convenio.

e) Ineficacia de la Administración Tributaria: Si bien se avanzó mucho en la lucha contra la evasión, este fenómeno sigue constituyendo uno de los problemas centrales de Argentina, agravado no solo por el flagelo que representa, sino que la centralización del poder de administrar y fiscalizar a lo largo de la historia de unificación tributaria, esgrimió como principal antecedente los beneficios que traería la economía de escala, la ineficacia de los gobiernos provinciales y escasa educación democrática de los provincianos. En la práctica los resultados devinieron en una serie de disposiciones que indirectamente afectan la rentabilidad de las empresas y por ende resienten la recaudación impositiva distribuible por los excesivos costos administrativos que tienen que soportar los contribuyentes para estar acordes a las disposiciones formales.

Sin embargo este no es el principal problema ya que puede remediarse fácilmente con capacitación y un moderado aporte financiero.

f) Prohibición de analogía: Por el art. 9 las provincias se comprometían a:

- 1) Adherir por Ley al régimen sin limitaciones, ni reservas.
- 2) No aplicar a las provincias ni a los organismos administrativos y municipales de su jurisdicción, con o sin autarquía - gravámenes análogos a los coparticipados por la Ley (7).

Casi todas las Leyes de Coparticipación Federal establecen este requisito como condición ineludible para poder participar del reparto, dejando a las provincias impuestos como sellos, ingresos brutos, salud pública, inmobiliarios etc. Bien sabemos de la distorsión que producen estos tributos en la economía provincial y de la baja recaudación de los mismos, dejando a las provincias sin los recursos suficientes para hacer frente a sus erogaciones corrientes.

Sin dudas ha sido el art. 9 de la ley de coparticipación el verdadero responsable del debilitamiento del federalismo en nuestro país. Esta prohibición está basada en el principio de separación de fuentes con lo cual cada nivel de gobierno debe apelar a fuentes distintas entre sí. Con esta regla se perjudica seriamente a las provincias que se ven obligados a adoptar tributos poco equitativos y de difícil administración, quedando casi nada para que sea recaudado por los municipios, que en la actualidad, salvo raras excepciones, dependen exclusivamente de fondos coparticipables.

La elección de este sistema de restricciones fijado por la norma antes citada, pretende evitar la “doble imposición”, por lo que el problema radica entonces en definir que se entiende por doble imposición.

Sin dudas, y a primera vista, estos términos parecerían indicar la idea de tributos que recaen dos veces sobre el mismo hecho imponible, sin embargo, no basta esta caracterización para poder hablar válidamente de doble imposición. Es que se requiere además que exista discriminación que altere de alguna forma la equidad horizontal. En este sentido Musgrave dice “la única forma de usar los términos doble imposición o subimposición que tiene sentido en relación con la equidad, es cuando se hace para indicar discriminaciones a favor o en contra de determinados contribuyentes, en términos de un índice de igualdad dado...es falaz el concepto de doble imposición como hecho de gravar una cosa mas de una vez”.

Al decir de Jorge Macón, la inevitable conclusión de este análisis es que el art. 9 de la ley de

(7) VILLEGAS, Héctor B., op. cit., pág. 224.

coparticipación hace una interpretación incorrecta y además incompetente del fenómeno de doble imposición.

Propuesta para refederalizar el país

a) **Impuestos Análogos:** En este punto proponemos que las provincias al adherir por ley al tan esperado nuevo régimen de coparticipación, lo hagan sí y solo sí las jurisdicciones argentinas puedan establecer impuestos análogos a los coparticipados como alícuotas suplementarias a los impuestos Nacionales ya creados como ser (Ganancias, Bienes Personales, IVA) para evitar problemas de doble imposición. Esto beneficiaría la recaudación global del sistema rentístico porque las provincias estarían mejor incentivadas a recaudar y fiscalizar los impuestos. Esta idea es de amplia difusión en varios estados norteamericanos en cuanto a alícuotas suplementarias del Impuesto a las Ganancias. Por su lado la doctrina argentina encabezada por el Dr. Reig propone cuota suplementaria para el IVA en las jurisdicciones Provinciales ⁽⁸⁾.

Cabe aclarar que dicho sistema funcionaría siempre y cuando exista uniformidad de alícuotas, para evitar guerras tributarias y traslación de inversiones a las provincias con menor presión impositiva.

Otra alternativa sería un sistema de concurrencia en el que los distintos niveles de gobierno adopten las mismas bases de imposición.

b) **Regímenes de Promoción:** Para evitar problemas, propongo que las leyes de promoción industrial no deben prever regímenes especiales dando facultad al poder ejecutivo para beneficiar a determinadas provincias violando el principio de igualdad de oportunidades.

c) **Legislación Compartida:** Este es quizás unos de los puntos más importantes donde las provincias han perdido su rol protagónico, de ser instituciones originarias del poder tributario. En todos estos años solamente han sido meras espectadoras de los cambios en la legislación impositiva sin intervenir en el diseño de la misma, aceptando la andanada de resoluciones, decretos y leyes modificatorias de la legislación vigente que han pretendido generalmente disminuir cada vez mas la masa coparticipable y limitar el accionar de los gobiernos locales en materia tributaria.

En este punto la Nación se debería comprometer a no realizar ninguna modificación en materia de impuestos Nacionales Coparticipados sin la conformidad del total de los miembros de la federación en lo que respecta a los hechos substanciales del hecho imponible como ser (objeto, sujeto, nacimiento del hecho imponible, alícuotas, exenciones, base imponible, etc.). Aclaremos que esto implicaría sin dudas una reforma constitucional.

d) **Descentralización:** La base del fortalecimiento del Federalismo no solo pasa por dotar a las jurisdicciones de recursos, transferir recursos significa transferencia de funciones y que estas se cumplan eficientemente. Según Richard MUSGRAVE ⁽⁹⁾, los servicios públicos con beneficios de ámbito Nacional deben ser asignados al gobierno central mientras que aquellos cuyos beneficios están limitados regionalmente tienen que ser provistos por los niveles inferiores de gobierno.

En la actualidad el Gobierno Nacional se encarga del sistema previsional, universidades, relaciones exteriores, políticas macroeconómicas de estabilización, defensa nacional y cuestiones de medio ambiente.

Por su parte las provincias se encargan de educación primaria, secundaria, justicia, seguridad y en principio de la infraestructura territorial.

Finalmente los municipios tienen a su cargo la obligación de proveer los servicios públicos urbanos, pero también en este último tiempo han sido víctimas de una inusual transferencia de otros servicios que

⁽⁸⁾ Un Programa de Coordinación del Impuesto a las Actividades Lucrativas con el Proyecto Impuesto al Valor Agregado, Revista de Derecho Fiscal, Tomo XVII, pág. 489.

⁽⁹⁾ MUSGRAVE, Richard A., Hacienda Pública, Teórica y Aplicada, 5ta. Edición (s.d.), pág. 590.

deben prestar sin la posibilidad de autofinanciarse a causa de la prohibición del art. 9, sumado a la disminución de recursos girados en concepto de coparticipación por parte de las provincias, lo que provocó la proliferación de tasas, patentes y contribuciones de dudosa constitucionalidad.

Como cita JOAQUÍN V. GONZÁLEZ: "No puede haber independencia política donde no hay independencia económica y financiera. El estado sirviente, el estado dependiente en lo económico, lo será siempre en lo político y chocará en todo tiempo con la fuerza incontrastable del poder soberano y provocará los movimientos de regresión o de rebelión, si no se convierte en una cosa pasiva, incapaz de iniciativa y de progreso. La política económica de la república tiene que ser de fomento, de desarrollo, de reconstrucción y de engrandecimiento de las provincias ⁽¹⁰⁾."

Siguiendo esta idea, lo que Argentina debería pretender es que las provincias y municipios se autofinancian considerablemente, sin necesidad de que esta autofinanciación sea total, mientras que la financiación por coparticipación sea de menor relevancia.

CONCLUSIÓN

Como conclusión evidente debemos sostener la idea de un federalismo con correspondencia fiscal, es decir, la búsqueda de la autofinanciación tributaria de los niveles más bajos de gobierno (provincial y municipal) y que las partidas que éstos reciban por transferencias financieras por parte de la nación, sean cada vez de menor importancia.

Para ello proponemos como principal remedio la eliminación del tan mentado art. 9 de la ley de coparticipación o la exclusión de normas similares en futuras leyes convenio de esta naturaleza, para así evitar restringir el poder tributario de las provincias y municipios que han sido fuertemente golpeados en los últimos años por la imposibilidad que pesa sobre ellos de recaudar y administrar recursos genuinos.

Para que esto sea posible, pueden darse dos alternativas, ya sea permitir que tanto provincias como municipios cobren tributos análogos a los que actualmente recauda en forma exclusiva la nación, o aplicar un sistema de cuotas suplementarias en virtud del cual en los niveles subnacionales se liquida el impuesto sobre la base de la liquidación de la nación mediando criterios de reparto de la base imponible previamente definidos. Esto último permite además abaratar el gasto en administración.

⁽¹⁰⁾ GONZÁLEZ, Joaquín V., Obras Completas, Edición ordenada por el H. Congreso de la Nación, (Buenos Aires, 1935), Tomo XI, pág. 493/494.

LA COPARTICIPACIÓN FEDERAL DE IMPUESTOS. FEDERALISMO ECONÓMICO

Dr. JULIO A. J. CARRILLO

COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS DE CAPITAL FEDERAL

El derecho no puede realizarse por parte de quien manda ni por parte del que obedece, sin hacer cuentas, es decir, sin tener en cuenta otras reglas, las de la económica que cabalgan probablemente en la sociología y la psicología.

Francesco Carnelutti

Introducción

Tres son los términos que se desgajan, tanto en una secuencia histórica como en la realidad política económica de hoy, abril del 2010, en esta reunión de la XVI Conferencia Nacional de Abogados, en San Isidro, a la que asistimos por la sección de Derecho Económico del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, de la cual soy director.

Así aparecen el federalismo económico, el federalismo fiscal y la coparticipación federal, manifestándose esta última como el detonante en las actuales circunstancias.

La forma del Estado Federal declarada en el artículo primero de la Constitución Nacional cuando dice: “*La nación argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según lo establece la presente constitución*”. Responde a una relación poder-territorio referida a la manera en que la capacidad de gobierno y coacción del estado se distribuye en la geografía nacional por medio de una asignación definida de competencias.

Los miembros informantes de la comisión que redactó el proyecto, Gorostiaga y Gutiérrez, la adoptaron tomándola del modelo norteamericano.

El federalismo Argentino es centralizado desde sus inicios y fue adquiriendo un carácter cada vez más centrista en el transcurso del tiempo y del desarrollo de los acontecimientos históricos y políticos. Algunos rasgos de nuestro sistema institucional contribuyeron a que ello ocurriera, como el carácter hegemónico de nuestro sistema presidencialista, el carácter nacional de los principales partidos políticos, al que se agrega la normativa sobre las internas abiertas previa a las elecciones nacionales del 2011.

Por otro lado el frecuente abuso de recurrir a las medidas de emergencia económica además del estado de sitio y la intervención federal. Todo lo cual confluye para que a pesar del tiempo de su afirmación tenga vigencia el decir de Bidart Campos, de que en realidad nos encontramos en un “unitarismo solapado”.

Así, los golpes de estado y los gobiernos de facto recurrieron a estilos de gobierno centralizados con una directa dependencia de las provincias al poder central. El sistema federal fiscal fue una de las principales causas de nuestras tendencias cada vez más centristas en las que aparecen los sistemas de coparticipación federal.

El régimen de coparticipación federal de impuestos se basa en la figura de la ley convenio 23.548, fórmula que fuera creada por la ley 12.139 que requiere la adhesión de las provincias a la ley nacional. Para ello estas deben sancionarse como leyes por las legislaturas provinciales y participar de la distribución de los tributos nacionales contrayendo la obligación de no sancionar impuestos locales análogos a los coparticipados, salvo las excepciones expresas que se establezcan.

El régimen de coparticipación federal tuvo raigambre constitucional con la reforma de la

Constitución Nacional de 1994. *Conforme Spisso Rodolfo, "Derecho constitucional tributario", página 191 y siguientes.*

Vemos conforme al párrafo 4º del inc. 2º del art. 75 de la Constitución Nacional, la ley convenio tendrá como cámara de origen el senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias.

La forma en que se distribuyen los fondos entre la nación y las provincias y la necesidad de que se modifique, esta llevando a la presentación de proyectos sobre reformas a la Coparticipación Federal, buscando debatir como se reparte la recaudación de impuestos en el país y en especial el proveniente de las retenciones a las exportaciones del argo, de las que no perciben nada las provincias. Todo ello llevo a que en el senado volviera a funcionar la Comisión de Coparticipación.

Al convocarse a la Constituyente por la ley 24309 se dispuso de modo sumamente escueto incluir la *coparticipación federal* entre las cuestiones habilitadas para su tratamiento, dentro del capítulo sobre "*Fortalecimiento del Sistema Federal*". El texto incorporado al 75 inc.2) es, de todos los frutos de la reforma, *el más reglamentario y expreso* en cuanto a que determina con precisión los lineamientos del sistema a dictar. También de modo imperativo y a la vez reglamentario la Transitoria Sexta fijó término a las negociaciones que debieran llevar al dictado de una ley-convenio actualizada sobre el tema, para fines de 1996. El tema aparece rodeado de excepcionales garantías de procedimiento: doble mayoría del total de miembros en ambas Cámaras, inicio por el Senado, necesidad de leyes ratificatorias locales.

A pesar de esto hoy los plazos han vencido y el tema se halla estancado, desde su último acto impulsivo, el decreto 872 de octubre de 2003, que dispuso una Comisión Nacional para el diseño del nuevo régimen.

La coparticipación nacida de leyes convenios es el más claro ejemplo en nuestras instituciones de un *acto de creatividad normativa*, que modificó profundamente la Constitución originaria de 1853, sin decirlo, configurando una verdadera mutación del sistema impositivo originalmente dispuesto. *Conf. Roberto A. Punte "Tendencias y problemas sobre el camino fiscal del federalismo exitoso"*

Carrillo Julio A. J., Coparticipación federal..., suplemento de derecho económico El Dial, 18 de abril del 2008.

Agenda Legislativa

La Coparticipación Federal es un tema importante en la agenda legislativa que en este momento están elaborando los partidos políticos y sectores de la sociedad argentina, todo ello enmarcado en un diálogo, que debería tener como ámbito natural el parlamento sin perjuicio de otros foros partidarios, académicos y de organizaciones gremiales, obreras y empresarias como así también el poder judicial y el poder ejecutivo.

Existen agendas confeccionadas por distintos grupos, de los cuales a los fines de este trabajo elegimos aquel que convocó a "dirigentes de diversos partidos políticos y ciudadanos independientes comprometidos en el destino de la Argentina", el cual describimos sintéticamente a continuación:

Independencia del Poder Judicial, Consejo de la Magistratura

Reforma de la Ley Electoral

Ley de Coparticipación Federal

Ley de Educación

Ley de Salud

Ley de Vivienda

Seguridad Jurídica, ley

Agenda Social

Política Exterior

Diálogo de los Partidos Políticos

Consenso Republicano, acta del 25 de Junio del 2009. Solicitada La Nación, Clarín, Perfil.

Dado que al momento actual se encuentran reunidas ambas cámaras del parlamento, indudablemente hay agendas y temarios sobre los que se debe concordar, pero no me cabe la menor duda de que la coparticipación federal esta incluida en todos ellos y las distintas alternativas que se presentan las veremos en el transcurso del presente trabajo.

El pacto fiscal está agotado ¿Opiniones?

El conflicto entre el gobierno y el campo por las retenciones, los problemas por del Fondo del Bicentenario y las transferencias de utilidades del Banco Central puso de manifiesto problemas de gestión política pero también una deficiencia mucho mas estructural que abarca como señalamos el federalismo económico y el federalismo fiscal, que se manifiesta en una tensión nunca bien resuelta entre la nación y las provincias por la recaudación tributaria y su distribución. El pacto fiscal está agotado y es necesario reformularlo.

Sobre este tema, en una entrevista realizada por *Adrián Ventura del diario La Nación*, se expidieron *Alberto Dalla Vía y Orlando Ferreres*, con un enfoque de derecho constitucional y económico en el 2008. Dalla Vía opina que es imposible que la Nación y 24 jurisdicciones se pongan de acuerdo alrededor de la distribución de los recursos. Existiendo dos maneras de distribuir los recursos que son, por un lado, la coparticipación, y por el otro, establecer un régimen separado de las fuentes entre los tributos que puede recaudar la nación y cuales pueden recaudar las provincias. Concentrar la discusión en el primer aspecto y desatender el segundo es un error.

Adentrándonos en la problemática, vemos que existe una distribución primaria entre nación y provincias y una distribución secundaria entre las provincias. La primera, como señalamos, podría establecerse fijando cuales son las fuentes tributarias. Con respecto a la segunda, es decir, a los aspectos territoriales, el economista *Orlando Ferreres* opina que, si bien reconoce la imposibilidad de llevarlo adelante políticamente, además existen provincias que resultarían inviables económicamente.

El estado nacional y las otras provincias, en realidad las subsidian con lo cual disminuyen los resultados de la actividad económica general. La solución seria que se agrupen por regiones como ocurre en Australia. En un acuerdo fiscal debería establecerse un plazo de 10 años para que demuestre su viabilidad y en caso contrario deberían fusionarse. Esto seria teórico pero la política no deja margen para fusionar provincias.

En el Instituto de Derecho Público Económico del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, se organizaron dos paneles sobre la Coparticipación Federal, a cargo del Suscripto como director de la sección Derecho Económico.

La primera llevada a cabo el 24 de agosto de 2004 se basó en "Análisis de su complejidad y tratamiento en los últimos proyectos legislativos" y contó con la participación como panelistas del Senador José M. Capitanich, el Diputado Oscar Lamberto, el Senador Eduardo Baglini (mandato cumplido) y el Dr. Roberto Punte constitucionalista.

La segunda "Análisis Económico e Institucional del Sistema vigente y posibles alternativas" se realizó el 23 de Agosto de 2005, contando con la participación de la Lic. Alicia Caballero directora del departamento de economía de la UCA, el Dr. Orlando Ferreres economista y la intervención del Dr. Roberto Punte.

A pesar del tiempo transcurrido desde el encuentro, el mismo conserva ideas que son de actualidad:

Así Capitanich dijo Que el tema de la coparticipación federal de impuestos tiene que abarcar una discusión estructural de un proyecto nacional, de un modelo de país, con un federalismo que convine aspectos políticos, institucionales, económicos, fiscales, financieros y sociales.

Según Baglini, cualquier gobernador de provincia, administrador o legislador avisado, sabe de memoria cual es el resultado de una serie de caños entre cruzados llamados "el plato de fideo" o "el laberinto" que refleja en un gráfico las transferencias y movimientos de fondos. Ese laberinto es móvil, se

mueve todos los días por DNU (decreto de necesidad y urgencias). Ya hemos llegado a una movilidad en la pirámide jurídica que no reconoce la categoría de decreto de necesidad y urgencia ni ley, estamos mucho más abajo.

Señaló Lamberto, que aparece un nuevo elemento que es la necesidad de definir un sistema tributario. Es muy difícil distribuir o decidir como se reparte un impuesto si previamente no tenemos resuelto que impuestos vamos a tener, partiendo de la base de que este sistema tributario actual no puede ser permanente, solo sirve para la emergencia. *Ver Doctrina, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, por autores.*

Déficit Fiscal para las Provincias

La presentación del déficit fiscal la vamos a llevar a cabo con una reseña de distintas opiniones.

Alieto Guadagni sostiene que la protesta agraria no es solo en defensa de la producción rural sino del federalismo fiscal. Si bien la nación realiza transferencias de fondos a las provincias estas no están sujetas a normas que determinen cual debe ser la distribución. Señalando que no existen reglas sino decisiones discrecionales que debilitan la autonomía política de los gobiernos provinciales. Sin un régimen de coparticipación automática de fondos, el federalismo se convierte en una ficción.

La agenda política (como señalamos al principio) ha incorporado la cuestión del federalismo económico y fiscal, siendo necesario identificar gobiernos de nivel óptimo, tanto para fortalecer la potestad tributaria como para la ejecución del gasto público.

Señala que hace 15 años que no cumplimos con el mandato constitucional y llegó la hora que las fuerzas políticas acuerden cumplir, y constituir una nación federal. Esta será la contribución de la protesta agraria, entre tanto no violemos la ley vigente. *Conf. al artículo “Por una nación bien federal” publicado en Clarín rural, el 4 de abril del 2009.*

Como señalamos precedentemente, nosotros coincidimos con la necesidad de la sanción de un régimen de participación basado en criterios de equidad y solidaridad que procure la igualdad de oportunidades de todo el territorio nacional.

Por otro lado, IDESA (Instituto para el Desarrollo Social Argentino) sostiene que el análisis del régimen de coparticipación lleva implícito el supuesto de que los dirigentes nacionales son más idóneos que los del interior. Es imprescindible liberar recursos fiscales y desactivar las intervenciones del gobierno nacional que se superponen con las provincias. Existiendo una inadecuada distribución de recursos entre la nación y las provincias.

La centralización de recursos ha llegado a tal extremo que se impone en la agenda de políticas públicas el replanteo del régimen de coparticipación federal de impuestos. Sin embargo, antes de incursionar en los aspectos instrumentales de una nueva coparticipación, es fundamental clarificar el diagnóstico de partida respecto a la capacidad e idoneidad de la gente del interior. Si se parte del supuesto de que no hay razones para pensar que el interior sufre de una minusvalía que lo inhabilita a gestionar políticas públicas, las reformas deberían ser profundas e integrales apuntando a descentralizar potestades tributarias, recursos y responsabilidades. Esto exige que la nación deje de ejercer sobre las provincias un rol paternalista –muchas veces extorsionador– y se aboque a cumplir sus propias funciones que las tiene muy descuidadas. *Conf. IDESA, www.idesa.org*

Un tema de actualidad es el que se vincula con los salarios docentes de los cuales la Nación negocia su monto y las provincias deben posteriormente pagarlo.

La Nación paga solo el 7% del salario docente, por eso es necesario que deje de interferir en la negociación de los salarios docentes y se concentre en monitorear los resultados educativos de cada provincia, a los fines de generar consensos y presión social a favor de tener más y mejores servicios de educación

Es un problema señalar en forma exclusiva y excluyente que se debe aumentar el gasto de educación no olvidando que si bien el monto es importante debemos abocarnos a analizar la calidad y cantidad

de los servicios educativos que se logren con esos recursos. *Conf. IDESA, 21 de febrero del 2010.*

La evasión impositiva en Argentina es elevada, siendo las causas de la misma, variadas y complejas, no siendo motivo del presente tratar las mismas. El régimen de coparticipación aparece también como un elemento que alienta dicha tendencia, dado que la acción de la AFIP para la detección de evasores no despierta un incentivo especial en el territorio nacional, derivado del trámite que sigue el producido de los impuestos.

En busca de fondos - cuasi monedas

La historia económica Argentina de los últimos tiempos recuerda las emisiones de cuasi moneda por parte de las provincias argentinas, lo que nos lleva a señalar como vigentes las siguientes preguntas, que ya habían sido formuladas en forma concreta en febrero del 2009.

¿Dónde obtendrán las provincias los fondos necesarios para cerrar sus cuentas? Un dato ayuda a darle forma a la respuesta: Buenos Aires, Córdoba y la Capital tienen autorizadas emisiones de deuda que nunca concretaron. "Va a ser difícil conseguir fondos en el mercado externo, pero hay que ver cómo evoluciona la liquidez", apuntó *Carolina Schuff, de abeceb.com.*

Las miradas recaen, entonces, en la Anses y el Tesoro nacional. La otra alternativa, claro está, es emitir cuasi monedas. No todos creen que se llegará a ese punto, pero lo cierto es que nadie lo descarta de plano. Otra alternativa es subir los impuestos, pero esta opción ya fue utilizada por todas las provincias grandes.

Con un crecimiento proyectado de los ingresos por la coparticipación que no supera el 15% en la estimación más optimista y los ingresos provinciales alicaídos por la crisis y la sequía, queda todavía por ver qué sucederá con el gasto público.

La mitad de las erogaciones provinciales está explicada por una variable: los salarios. Y del resultado de las negociaciones que ya comenzaron a despuntar dependerán, también, las necesidades financieras de las provincias. Ecolatina estima que, con un alza salarial del 15%, el déficit fiscal consolidado saltará este año a los \$ 4000 millones.

Pero si la suba es más cercana al 30%, el déficit financiero se estiraría hasta los \$ 14.800 millones. "Con el crédito cerrado y la Nación debilitada, ese nivel de desbalance sería muy difícil de financiar", advierte el informe.

"En un panorama recesivo como el que se plantea para 2009, las posibilidades de que se vuelva a emitir cuasi monedas provinciales son altas", concluye el informe de *IDESA (La Nación, 15 de Febrero de 2009).*

Conf. Julio A. J. Carrillo, Bonos, La obligatoriedad de su aceptación, Abogados, revista Colegio Público de Abogados, diciembre 2001, número 52

Controversias sobre impuestos coparticipables

El llamado impuesto al cheque creado por la ley 25.413 de fecha 24 de marzo del 2001 debió ser distribuido coparticipativamente entre la Nación y las provincias de acuerdo con lo previsto en el art. 2º de la ley de coparticipación federal de impuestos 23.548. Si bien la ley 25.570 de ratificación del acuerdo Nación-provincias sobre relación financiera y base de un régimen de coparticipación federal de impuestos incluyó solo el 30% del impuesto a los créditos y débitos bancarios, esto no es así en la práctica, dado que el porcentual concedido y que la masa coparticipable sufre de tracciones y debe ajustarse a los porcentajes de la 23.548, la coparticipación efectiva está alrededor del 15%.

Consecuentemente se propicia la coparticipación del 100% del producido del impuesto al cheque lo que significará una mejora sustancial en las cuentas fiscales provinciales contribuyendo a aliviar su déficit total.

La situación durante el 2009 estuvo dada por una distribución por coparticipación a las provincias que solo representaba el 24% de la recaudación de los recursos tributarios totales nacionales cuando taxa-

tivamente la ley de coparticipación 23.548 en su artículo 7 expresa como garantía para los estados subnacionales un mínimo distributivo del 34% de la recaudación total impositiva. *Conf. Diputada Alicia Ciciliani, Proyecto de Ley n° 6205-D-2009, 3 de febrero del 2010, Bloque Socialista.*

En ese sentido también el gobernador de Salta, Juan Manuel Urtubey, esta elaborando un proyecto de ley que afectaría la actual distribución del impuesto al cheque, para crear un fondo a distribuir entre las provincias. *Conf. Ámbito financiero 1° de marzo del 2010, pag. 6*

Por otro lado el Senador Carlos Alberto Verna presento un proyecto de ley el 10 de Diciembre del 2009 solicitando, hasta tanto se ponga en vigencia el nuevo régimen de coparticipación federal, como alternativa, el proyecto de ley por el que se restablece un piso para la participación de las provincias en la distribución total de los recursos. El mecanismo sugerido no es original ya que seguramente hay otros proyectos que se han presentado. Como la coparticipación no forma parte de las erogaciones del presupuesto de la administración central, resulta necesario en caso de no llegarse al porcentaje previsto, que el mismo sea solventado por el tesoro nacional, y por ende deberán preverse las partidas necesarias, pero como el proyecto del presupuesto para el año venidero ya se encuentra aprobado; es que proponemos que el Jefe de Gabinete pueda realizar las adecuaciones presupuestarias necesarias a fin de cumplir con la presente norma. *Conf. Proyecto de Ley S-3346/09.* Debemos recordar que el presupuesto general de la nación en forma conjunta con la coparticipación federal constituyen el más importante mecanismo de asignación de recursos públicos para la ejecución de políticas del estado y satisfacción de las necesidades

Indudablemente la temática se encuentra dentro del marco del sistema impositivo que rige al país; no habiendo podido, el día 24 de febrero del 2010, sesionar el senado de la Nación por faltar, para el número de quórum, un senador de la oposición. Esta dificultad tiene también su exteriorización en otros países como ser Estados Unidos, donde el presidente Obama perdió las elecciones para la senaduría de un estado que tradicionalmente respondía a los demócratas dificultándole llegar al cupo de 60 senadores necesario para llevar adelante sus proyectos en especial la reforma del régimen de salud y del sistema financiero.

La mención de este precedente no es para que nos conformemos con el no tratamiento del régimen de coparticipación federal, estando indudablemente en mora dado que la cláusula transitoria sexta de la Constitución establece que “un régimen de coparticipación conforme a lo dispuesto en el inc. 2do del art. 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal, serán establecidos antes de la finalización de 1996”. Diversos motivos han hecho que al día de la fecha se encuentre incumplido el mandato constitucional, no cumpliéndose tampoco con el art. séptimo de la ley de coparticipación que dice que “el monto a distribuir a las provincias no podrá ser inferior al treinta y cuatro por ciento de la recaudación de los recursos tributarios nacionales de la Administración Central, tengan o no el carácter de distribuibles por esta ley”.

Existe un mecanismo de distribución vertical y horizontal de la renta tributaria federal entre el gobierno federal y las provincias y la ciudad autónoma de Buenos Aires entre si.

Fraccionamiento del poder

Como señaláramos en el inicio del presente los miembros informantes de la comisión que redactó el proyecto de constitución lo tomaron del modelo norteamericano. Según los antifederalistas norteamericanos el propósito del federalismo es dividir el poder político y por lo tanto el poder impositivo, pero la coparticipación de fondos federales hace lo contrario, concentra el poder político y tributario en lugar de dividirlo, eliminando además la competencia entre las provincias. Querían preservar la confederación de pequeñas repúblicas libres como funcionaba desde la independencia. En la vereda opuesta, los federalistas pretendían consolidar el poder de los 13 estados existente en una sola república de mayor magnitud.

Se presentan 2 sistemas de organización fiscal federal compatibles con el fraccionamiento del poder impositivo nacional: el de requisiciones y el de separación de fuentes. En el primero cada estado provincial gira en forma periódica al gobierno nacional su pago y la nación queda inhabilitada para recaudar tributos por su cuenta. Este sistema cuenta con escasos antecedentes. En nuestro país, entre 1820 y 1853 las provincias tenían máxima autonomía fiscal aunque no giraban fondos a la provincia de Buenos Aires

cuyo gobierno se encargaba de las relaciones exteriores y la defensa común. Este sistema pone a las finanzas nacionales en manos de los gobiernos provinciales que pueden jaquear la estabilidad del gobierno nacional. El sistema de separación de fuentes rigió en nuestro país entre 1853 y 1935, reservaba a la nación la recaudación aduanera y la de los impuestos internos en la ciudad de buenos aires y los territorios nacionales, y a las provincias los impuestos directos y los internos en sus territorios. *Conf. Jorge C. Avila, UCEMA.*

Conforme al texto originario de la Constitución Nacional nuestra organización federal adoptó el sistema de separación y concurrencia de fuentes, según sostienen otras fuentes doctrinarias. Excepcionalmente, cuando la defensa y seguridad común y el bien general del estado lo exigen, se admitía que el gobierno federal estableciera también contribuciones directas

Federalismo racional

En nuestra constitución coexisten 2 fuerzas opuestas que tratan de superarse recíprocamente y sobre cuyo equilibrio o necesaria armonización se funde el esquema ideal del régimen federal, siendo necesario la adopción de reglas que tiendan a un ejercicio racional de las facultades logrando un adecuado equilibrio institucional eliminando los desbordes y desajustes que exhiben tanto los regimenes tributarios nacional, provincia y municipal en su conjunto. *Conf Spisso, ob. cit. página 94/96*

El estado actual de la cuestión pone de manifiesto el imperativo de tratar de hallar nuevas fórmulas para el ejercicio racional del poder tributario por parte de la Nación, las provincias y las municipalidades, de forma de posibilitar la plena realización del programa constitucional en un marco de respeto por los derechos fundamentales.

El poder tiene una división vertical entre la Nación y las provincias, y una horizontal entre estas y sus municipalidades en el cual se debe cuidar la plena vigencia práctica de los derechos individuales. Distintas soluciones se han arbitrado, tendientes a posibilitar esa coordinación financiera entre distintos niveles de gobierno. Y así tenemos sistemas de separación, en los que a cada nivel se le asignan fuentes estrictamente determinadas, regimenes de participación, que distribuyen el producido de los tributos recaudados, que pueden comprender la totalidad de los gravámenes, o parte de ellos, o el de las llamadas “cuotas adicionales”, en el cual el poder central establece los gravámenes, teniendo los Estados atribución para establecer cuotas adicionales, sin perjuicio de combinaciones entre los distintos sistemas.

Preguntas

¿Tienen los gobernadores interés en que la Nación devuelva a las provincias el poder de recaudar? Además de ser una paradoja, es un hecho político comprobable de que no. Una explicación realista puede ser que los gobernadores formaron un cartel con el propósito de maximizar la recaudación global y sus respectivos presupuestos, encargaron a la Nación que se ocupe de su administración y previeron subsidios a las provincias pobres para evitar que lo rompan.

¿Se considera la posibilidad de transferencias entre provincias ricas y pobres? Pensamos que no, puesto que en un contexto de competencia impositiva interprovincial no resultaría políticamente sostenible.

Detrás de todo este desorden, hay un denominador común: el gran desorden fiscal. Hace ochenta años el país abandonó en sistema constitucional de recaudación impositiva; en 1994, se convalidó el sistema de coparticipación, un régimen viciado que los políticos no supieron ni quisieron sanear; en 2008, estalló un conflicto con el campo. Pero hoy no es un tema de campaña. Nadie le presta atención.

La problemática del federalismo económico, es decir como se distribuyen los fondos, es un problema histórico que se discutió primero en las guerras, luego se hicieron las constituciones, se discutió en el parlamento y ahora como tampoco funciona muy bien eso, se va a la justicia. Todo esto a sido marcado en el transcurso del presente trabajo, pero vemos según señaló el presidente de la Corte Suprema de Justicia, Ricardo Lorenzetti, que como nunca en la historia hoy tenemos casi todas las provincias litigando e invocando sus derechos frente a la Nación, en pos de garantizar fundamentalmente un reparto mas

justo de la coparticipación federal de impuestos, agregando “ya no estamos felizmente en las guerras, pero deberíamos estar en el parlamento, como ahí no se soluciona va a la justicia” *Ámbito financiero*, 1º de marzo del 2010, pag 20.

Cabe aquí preguntarnos si la Corte va a aplicar la acordada número 36/2009 del 9 de septiembre pasado, que crea una unidad de análisis económico que será consultado en los casos que por su carácter así lo requieran, siendo indudablemente los planteos de las provincias materia de consideración de esa unidad. *Conf. Carrillo Julio A. J., La corte decide sobre la economía, Ámbito financiero, 27 de octubre del 2009.*

CONCLUSIONES

Antes de entrar específicamente en el tema de la coparticipación considero necesario resaltar que las reglas del derecho como la coparticipación “no están recluidas en los códigos como en una vitrina. Están operando en la vida, esto es gobernando la vida de los hombres donde para conocerlos no basta conocer la fórmula ni aprender la historia, hay que verlos operar, es decir ver como se comportan los hombres respecto a esa regla, no solo aquellos a quienes les toca mandar sino también a aquellos a quienes corresponder obedecer.” *Francesco Carnelutti, Metodología del Derecho, UTEHA, Mexico 1962.*

En ese sentido el preservar el derecho y las instituciones tienen suma importancia para la situación en que se desenvuelve nuestro país, en el que nos encontramos en un alto grado de incertidumbre que afecta los planes y acciones de todos los operadores económicos en forma negativa y paralizante por ello deben fortalecerse las instituciones, estableciéndose una estructura estable lo que no significa que no puedan cambiar dentro de una dinámica previsible. Cuando nos referimos a los operadores económicos lo estamos haciendo con una concepción de sujeto económico que esta dentro del concepto de *ser humano* y comprende a políticos, empresarios, obreros, funcionarios públicos, es decir a todos aquellos que habitamos el suelo argentino. Por todo ello es necesario un proceso sostenido de restablecimiento institucional con un dialogo interdisciplinario constructivo. *Conf. Carrillo Julio A. J., El derecho y las instituciones, su importancia en la economía, suplemento especial La Ley, Derecho económico, febrero 200.*

Reforma del pacto federal

La constitución establece una serie de requisitos para el tratamiento de la reforma del régimen de coparticipación federal que únicamente podrían ir inserta la reforma en un acuerdo nacional o de consenso ya que es necesario poder acercar a las distintas fuerzas políticas, ciudadanos independientes, iglesia, organizaciones empresarias, obreras con una estrategia de crecimiento y políticas de estado.

De no hacerlo así, la reforma de la coparticipación federal queda reducida a una puja en la distribución de los recursos fiscales.

Soluciones alternativas transitorias

Sin perjuicio del marco global del entendimiento entre los argentinos que es necesario para el tratamiento de la coparticipación federal, en el momento actual llevar a cabo una serie de acciones inmediatas para que no exista una situación de tensión entre la Nación y las provincias.

El reloj de la economía y la política tiene un ritmo distinto del de los congresos o las jornadas que convocan los abogados, por lo que debemos de seguir los medios de comunicación, teniendo en cuenta que la información periodística es la aguja que indica los segundos de la historia mundial.

La propuesta tiene cierta audacia ya que debe pasar por un sentido crítico que requiere valorar los sucesos, los datos, la palabra y la conducta de hombres públicos y las manifestaciones y opiniones de grupos sociales, para aplicarlo al trabajo que podemos emprender sobre coparticipación federal.

PROPUESTAS PARA PENSAR UN NUEVO RÉGIMEN DE COPARTICIPACIÓN FEDERAL DE IMPUESTOS

Dr. ROMÁN GUILLERMO JÁUREGUI

COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sumario: 1. Introducción. 2. Breve reseña del sistema fiscal argentino. 3. Mandato constitucional incumplido o eludido. 4. Principios constitucionales rectores. 5. Organismo Fiscal Federal. 5.1. Agencia de coordinación recaudatoria. 5.2. Funciones arbitrales y de mediación.

1. Introducción

La discusión sobre cómo deberían distribuirse los impuestos entre la Nación y las provincias implica debatir la vigente ley 23.548 de Coparticipación Federal de Impuestos del año 1988, los diversos pactos fiscales firmados desde 1992 y la compleja e innumerable normativa que la acompaña que han hecho que las provincias dependan cada vez más de las decisiones y el financiamiento de la Nación, en detrimento de las instituciones republicanas y federales consagradas en nuestra Constitución.

Hoy, establecer un nuevo mecanismo de coordinación financiera más eficiente y transparente, constituye una prioridad. La Nación claramente ha demostrado ser ineficiente en la administración del sistema. Debería, por ello, revertirse el actual esquema donde el Estado Federal recauda y luego transfiere, por un régimen en el que sean las provincias las que otorgue los recursos a la Nación, máxime si consideramos que éstas fueron las que dieron origen a la Nación, conforme art. 121 de nuestra Carta Magna: “las provincias conservan todo el poder no delgado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

La reformulación del sistema tributario también debe asegurar a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el acceso a recursos tributarios de bases más amplias. Asimismo será esencial consensuar fórmulas de distribución que garantice un nivel mínimo de servicios esenciales en todas ellas y que, por encima de ese mínimo, cada jurisdicción sea libre de elegir el nivel que quiera alcanzar, de acuerdo con la presión tributaria que desee aplicar para financiar lo que supere esos niveles mínimos y uniformes de servicios.

Todo ello teniendo en cuenta que cuanto más cerca están los ciudadanos del gobierno de la comunidad, se vota por servicios más útiles y la mejor forma de financiarlos, lo que posibilita una mayor participación ciudadana en las decisiones gubernamentales y un mayor control social de eficiencia, indispensable para la construcción de una verdadera democracia representativa, participativa y federal.

La Nación administra y percibe gravámenes que deberían corresponder a los Gobiernos Provinciales. Esta centralización tributaria se modifica no sólo transfiriendo capacidad tributaria, sino también reduciendo el peso de las transferencias discrecionales por parte del Gobierno central. La experiencia de gestión y administración tributaria recogida durante los últimos treinta y dos años de vigencia del Convenio puede muy bien servir de modelo, en caso de analizarse la implementación de otros impuestos a nivel interprovincial.

Cuando se comparan los mecanismos de coordinación y armonización tributaria vertical y horizontal en relación con los resultados político-institucionales obtenidos, se observa que el sistema de coparticipación no ha tenido buenas consecuencias para el federalismo fiscal y no ha sido un instrumento tan útil como el sistema de coordinación horizontal del Convenio Multilateral.

Quizás al buen funcionamiento del Convenio haya contribuido una filosofía de gestión basada prin-

principalmente en la búsqueda permanente de consenso, junto con la trama de relaciones institucionales donde se concilia la diversidad de enfoques o discrepancias y el ejercicio de una plena y respetada autonomía por parte de las unidades autónomas que la componen.

El desafío de sancionar una nueva ley de Coparticipación que revierta el sistema actual, promueva concordia, equidad y desarrollo económico para una sana convivencia pluralista y democrática, sería muy auspicioso para el futuro de la Nación.

2. Breve reseña del sistema fiscal argentino.

La tendencia a la centralización del sistema tributario argentino, en detrimento del federalismo fiscal, comienza con la sucesiva creación de impuestos nacionales que tienen por objetivo esencial cubrir las necesidades del Tesoro Nacional frente a las distintas crisis económicas que debe afrontar en forma casi crónica.

Así, por la situación económica de 1890, se debate si la Nación puede aplicar impuestos indirectos en todo el territorio, definiéndose por la posición oficial de entonces, que sostenía que la Constitución no lo prohibía. La crisis de 1930 obliga a tomar nuevas medidas fiscales ante la caída de la recaudación que provenía de los impuestos aduaneros. En este período se dicta la Ley de Unificación de Impuestos, a fin de evitar la doble imposición, la cual reconoce a las provincias productoras sumas no menores a lo recaudado en años anteriores por los mismos conceptos y aumentando la proporción en razón de la población. Luego, le suceden otras leyes de coparticipación que se van afianzando en el tiempo.

Hoy el Gobierno central recauda IVA, impuestos internos (consumos específicos) y ganancias, es decir los tributos más modernos y de mayor potencial de recaudación, además del Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias, Bienes Personales, Combustibles Líquidos y Gas Natural, Regímenes de la Seguridad Social, Derechos Aduaneros y otros de menor envergadura. Los Gobiernos provinciales legislan, administran y perciben Ingresos Brutos, Sellos, Inmobiliario y Automotores, junto con otros impuestos menores que representan sólo el 30% de los recursos tributarios provinciales.

Como resultado del proceso de traspaso de gastos a las provincias realizado en la década del ochenta y la de servicios, a partir de 1991, sin la correspondiente ampliación de recursos, las transferencias Nación/provincias fueron cobrando cada vez mayor importancia, así como también las realizadas vía pre-coparticipación, mediante la cual se desvían recursos que son coparticipables y se asignan de manera específica, por ejemplo, al sistema de seguridad social, educación u obra pública.

Estas asignaciones específicas sumadas al sistema de retenciones a las exportaciones que incide en la recaudación del Impuesto a las Ganancias, nos señala la imperiosa necesidad de reforma del sistema tributario actual, no sólo porque disminuyen la masa de impuestos coparticipables, sino, por sobre todo, porque acrecientan ingresos fiscales que se cuestionan por su carácter político-discrecional al no estar sujetos a pautas objetivas y consensuadas de reparto. Por esta razón, tengamos en cuenta que si bien algunas provincias mejorarán los coeficientes de la distribución secundaria y otras se verán afectadas en la reformulación del sistema, al tener por objetivo mejorar los actuales niveles de distribución primaria altamente alterados hoy, muchas jurisdicciones verán incrementados los valores absolutos de su distribución secundaria.

3. Mandato constitucional incumplido o eludido.

Han pasado 16 años desde la reforma constitucional de 1994, ocho presidentes, así como también ocho diferentes composiciones en el Congreso Nacional, que aún no han cumplido con el mandato de nuestra Carta Magna de consensuar una nueva ley de Coparticipación Federal de Impuestos la que específicamente establece: "...tendrá como cámara de origen el Senado, y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada, y será aprobada por todas las provincias..."

Si bien la incorporación de extensos párrafos al ex art. 67 y una cláusula transitoria fijando los pasos y criterios a seguir en la redacción de una nueva ley-convenio, no fueron suficientes para cubrir incerti-

dumbres propias de las normas y que la doctrina ya ha planteado tratando de responder a algunos de sus interrogantes, tales como si pueden admitirse también otros métodos de distribución, si tiene que haber una sola ley que contenga varios regímenes o varias leyes con distintos regímenes de reparto, etc.

Lo cierto es que la Constitución dispone en su art. 75, inc. 2, que son atribuciones del Congreso Nacional imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias y que éstas, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables. En relación con estas asignaciones específicas, se dispone en el inc. 3° que una ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada Cámara, deberá establecerlas y modificarlas, por tiempo determinado.

Asimismo se fija que una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las Provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos. No quedando claro tampoco si deben celebrarse acuerdos previos o si ellos podrán plasmarse directamente en la ley y si la Ciudad de Buenos Aires está excluida de aquellos.

La Constitución fija tres principios generales que indican el curso hacia el cual deben orientarse las leyes convenio:

*la distribución entre la Nación, las Provincias y la Ciudad de Buenos Aires y entre éstas se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una; las que tampoco podrán ser transferidas sin la respectiva asignación de recursos, aprobada por ley del Congreso;

*deberá contemplar criterios objetivos de reparto;

*deberá ser equitativa y solidaria, y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

Principios que permiten discutir si la exigencia de criterios objetivos de reparto excluye los porcentajes fijos -como los que rigen en la actualidad y que para una parte importante de la doctrina implicó un retroceso respecto al régimen de la ley 20.221, ya que los mismos en vez de atender a criterios de distribución objetivos fueron producto de la negociación llevada a cabo en ese momento- y si los criterios de equidad, solidaridad e igualdad de oportunidades son excluyentes o complementarios y en qué proporciones.

4. Principios constitucionales rectores. En relación con el primer principio rector relativo a la distribución de las competencias, servicios y funciones, se entiende que éstas en el transcurso del tiempo pueden ir cambiando por diversos motivos lo que permitiría modificar los porcentajes de coparticipación de acuerdo con las necesidades que vayan surgiendo en las provincias y la Nación.

El principio de equidad ofrece varias interpretaciones. Para algunos, el criterio de equidad impuesto en la Constitución hace referencia al carácter devolutivo de los recursos. La distribución de la recaudación debe realizarse en función al volumen de recursos que la jurisdicción recaudaría por sí sola en su ámbito geográfico, es decir, hace referencia a la mera devolución del aporte efectuado.

Por el contrario, otra parte de la doctrina considera que circunscribir el término “equidad” a un carácter meramente devolutivo es demasiado acotado, además de destacar la dificultad objetiva para determinar cuál sería con exactitud el aporte que realiza cada una de las jurisdicciones y la Nación. Pues todo variaría en función a si se tiene en cuenta para la asignación de recursos la ubicación física del negocio o el domicilio fiscal del contribuyente, o si se tomará el lugar de las ventas o el de fabricación, etc.

Para esta corriente, el texto constitucional hace referencia al criterio de justicia, al concepto de “dar a cada uno lo suyo” - “dare cuique suum”, según la famosa expresión de Ulpiano. Lo “suyo” integra, de acuerdo con lo que sostienen, la garantía de los derechos mínimos de sus ciudadanos en carácter de habitantes de la Nación. Reconocimiento de los derechos básicos y fundamentales de los habitantes de una provincia basado en el principio de justicia y no en el de solidaridad, porque “el derecho fundamental es suyo y no un resultado de una mayor o menor actitud solidaria de los demás coparticipes”.

El sistema de la ley 20.221 entendía que la cuantía de bienes públicos que ofrece el gobierno local

guarda estrecha relación con el número de habitantes, por eso tomaba como prorrateador directamente la proporción poblacional de cada provincia. El 65% de los recursos coparticipables atribuido a las provincias se distribuía según este criterio. Con posterioridad se hace mención al origen de los recursos, que toma al PBI geográfico como el indicador más adecuado de la riqueza y consiguiente recaudación originadas en cada jurisdicción.

Otras propuestas han elaborado un prorrateador que trata de representar más ajustadamente los recursos provenientes de fuentes tributarias ubicadas en cada jurisdicción. Para éstos los parámetros a utilizar a los efectos devolutivos deberían basarse en el consumo regional y en el PBI geográfico. En este sentido, la ponderación de cada uno de estos parámetros dentro del prorrateador responde a la participación relativa de los impuestos al consumo y de los impuestos a la renta y el patrimonio respecto del total de recursos recaudados que representan el 65% y 35% respectivamente, del monto referido. Para esta propuesta el criterio devolutivo debe contar con el 60% de los fondos asignados a la distribución entre las provincias (*Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos: análisis y propuestas, abril 2004.*)

Otros proponen reemplazar el índice de población establecido en el régimen de la ley 20.211 por el de dependencia financiera de las provincias. El resto de los índices utilizados y el peso de cada variable sería el mismo. Esta propuesta trata de igualar los ingresos fiscales potenciales (propios y recibidos de la Nación) por habitante en cada jurisdicción. Con este fin la población puede ser ponderada por algún índice que refleje la dependencia financiera de cada provincia con respecto a los fondos provenientes de la Nación. Situación que ocurre cuando los ingresos provinciales potenciales resultan insuficientes para encarar las responsabilidades de gasto local. A partir de esta premisa calculan un factor de ponderación capaz de reflejar el grado de dependencia financiera de cada provincia (igual a los recursos corrientes de jurisdicción nacional, dividido en el total de recursos corrientes). El resultado que se obtiene al ponderar la población por este factor es el de igualar los ingresos per cápita (propios y nacionales) en las distintas provincias (*José M. Bulacio y Hugo D. Ferullo, Nuevo Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos: Pautas para una propuesta de la provincia de Tucumán, 2006, www.aaep.org.ar.*)

El sistema de coparticipación federal resulta, de esta manera, ensamblado al régimen de impuestos provinciales permitidos, puesto que cualquier cambio sustancial en éstos, en particular, el Impuesto sobre los Ingresos Brutos, traerá como consecuencia cambios significativos en los ingresos por coparticipación. Con lo cual se propone también una revisión periódica del sistema impositivo a realizarse cada cinco años.

En relación con el principio de solidaridad, la doctrina lo identifica al criterio de redistribución territorial de los recursos. A través de este criterio se asignan recursos en función a la mayor o menor capacidad tributaria o escasez de recursos naturales de las provincias. Es decir, se distribuye conforme las diferencias en las bases tributarias y los recursos naturales de las distintas jurisdicciones.

Respecto al mandato de dar prioridad al logro de un grado equivalente desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades, se interpreta la obligación de brindar igual cantidad de servicios y bienes públicos, así como brindar igualdad de oportunidades a todos los argentinos, con lo cual el régimen a instituir deberá contemplar las necesidades de desarrollo regional, servicios económicos ligados a la infraestructura económica y demás factores que influyen en el desarrollo, a la hora de determinar el financiamiento de las distintas provincias.

Este precepto es entendido, a su vez, como un medio para la consecución de otro planteado en el inc. 19 del art. 75 en tanto instituye que son también atribuciones del Congreso Nacional proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio y promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desarrollo relativo de provincias y regiones.

La ley de coparticipación 20.211 disponía el 25% de los recursos coparticipables atribuidos a las provincias para ser distribuido conforme un criterio solidario o redistributivo. Justificaba la distribución por brecha de desarrollo ante la necesidad de compensar la relativa debilidad de la base tributaria de las provincias más rezagadas. Entendía como “brecha de desarrollo” de cada provincia a la diferencia por-

centual entre su nivel de desarrollo y el correspondiente al área que comprende a la Capital Federal y a la provincia de Buenos Aires. Para la determinación del nivel de desarrollo de cada provincia se aplicaba el promedio aritmético simple de los siguientes índices: calidad de las viviendas, grado de educación de los recursos humanos y automóviles por habitante.

La misma ley también distribuía el 10% de la atribución a las provincias de acuerdo con el criterio de dispersión demográfica a fin de tener en cuenta la situación especial de las provincias de baja densidad de población respecto a la organización de la prestación de sus respectivos servicios públicos. Establecía para ello que sólo correspondería a las provincias que no tenían densidad de población superior al promedio del conjunto de provincias, y en proporción a la diferencia entre la densidad de población de cada provincia y dicho promedio.

En relación con este principio de distribución solidaria y con el objeto de atender los bolsones de pobreza existentes en el interior del país se ha propuesto distribuir el 30% de los recursos coparticipables correspondientes a las provincias teniendo en cuenta dos parámetros:

1) 70% en proporción a la dispersión del producto bruto geográfico per cápita de la provincia respecto del producto bruto per cápita del país, a fin de favorecer a las provincias con menor desarrollo relativo;

2) y 30% en proporción a la cantidad de habitantes con necesidades básicas insatisfechas respecto del total del país con el objetivo de paliar las necesidades más urgentes de la población.

Más allá de los parámetros que puedan llegar a ser consensuados para plasmar los principios rectores impuestos por la Constitución Nacional, se impone, ante todo, la necesidad de tener en cuenta y resolver los siguientes puntos fundamentales:

*las fórmulas que se diseñen deberán ser de fácil adecuación a los permanentes cambios de las condiciones socioeconómicas de nuestro país, a fin de evitar la ilegitimidad de la ley convenio;

*será imprescindible contar con estadísticas confiables, para lo cual el Organismo Fiscal Federal o la ley-convenio deberá crear un organismo especial para tal fin con participación de todas las jurisdicciones;

*los montos que se distribuyan conforme al criterio distributivo de solidaridad deberán ser especialmente controlados en forma permanente;

*la redistribución de recursos a fin de respetar el principio de solidaridad deberá tener en cuenta el volumen de ayudas recibidas “al margen” del régimen de coparticipación, a saber: Aportes del Tesoro de la Nación que reciban las distintas provincias, los regímenes de promoción industrial y de otra índole, otros regímenes especiales de devolución de impuestos, los Fondos de asignación específica, los distintos programas de asistencia social, salud, vivienda e infraestructura, etc.;

*el control y cumplimiento de los objetivos básicos de las transferencias presupuestarias para fines sociales de la Nación hacia las provincias y la Ciudad de Buenos Aires que se realizan generalmente en forma automática;

*las transferencias de igualación que tendrían por objeto garantizar la equidad fiscal a fin de que las jurisdicciones accedan a un mismo nivel de ingresos de manera que puedan brindar a los ciudadanos servicios públicos mínimos comparables;

*los impuestos y contribuciones que formarán la masa de recursos coparticipables;

*la reformulación del sistema previsional realizado recientemente e instituido a principios de la década del noventa por el colapso del mismo y que requirió financiamientos complementarios a los recursos propios (aportes personales y contribuciones patronales). Financiamiento que se instrumentó a través de asignaciones específicas de determinados impuestos y que modificó, de hecho, los porcentajes de distribución de la Ley Convenio vigente (42.34% para la Nación y el 57.66% restante para las provincias) al ceder éstas un 15% de sus recursos.

5. Organismo Fiscal Federal

La Constitución dispone expresamente que un Organismo Fiscal Federal tendrá a su cargo el control, la fiscalización y la ejecución de todo lo establecido, según lo determine la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la Ciudad de Buenos Aires en su composición. Redacción que induce a debatir si los convencionales en forma explícita excluyeron a la Nación de dicho organismo fiscal.

El organismo de control que tiene por objetivo esencial aplicar las reglas de coordinación financiera debe diseñarse también de manera tal que sus funciones y facultades no se vean debilitadas por las circunstancias económico-sociales de crisis y emergencia pública crónicamente renovadas por vía legislativa. A tal fin podría tenerse en cuenta el régimen que caracteriza a la Comisión Arbitral del Convenio Multilateral, acuerdo interprovincial para evitar la doble imposición del Impuesto sobre los Ingresos Brutos, que tiene más de treinta años de vigencia y que basa su gestión en la búsqueda permanente de consenso y el respeto a la autonomía de las jurisdicciones que intervienen.

Si bien el texto constitucional habla de nuevo organismo, se sostiene en una amplia doctrina constitucional que no hay óbice para pensar que el organismo que ya existe, la Comisión Federal de Impuestos, sea el que la Constitución Nacional prevé.

A las funciones que hoy tiene la Comisión conforme la ley 23.548, se sumarían las que dispone el nuevo texto constitucional, tales como controlar y fiscalizar:

- *la efectiva automaticidad en la remisión de los fondos a las provincias;

- *que las distribuciones primaria y secundaria se realicen de acuerdo con los principios rectores constitucionales de objetividad, equidad, solidaridad y dando prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional, detallados en el 3º párrafo del inc. 2 del art.75;

- *que no se efectúen transferencias de competencias, servicios y funciones sin la respectiva reasignación de recursos;

- *que no sea modificada unilateralmente ni reglamentada;

- *que las contribuciones directas que establezca el Congreso lo sean por tiempo determinado, en proporciones iguales en todo el territorio de la Nación y que únicamente se impongan cuando la defensa, la seguridad y el bien común del Estado lo exijan;

- *que las asignaciones específicas de recursos coparticipables, conforme el inc. 3 del art. 75 de la Constitución, sean por tiempo determinado y por ley aprobada por mayoría absoluta de la totalidad de los miembros.

A tal fin la ley convenio deberá proveer expresamente al Organismo Fiscal Federal, los medios necesarios para hacer efectivo su control y fiscalización a fin de evitar lo que está sucediendo hoy, donde desde distintos ámbitos se está instando al Poder Ejecutivo Nacional a cumplir con lo dispuesto en el art. 7 de la Ley de Coparticipación que expresamente dice: "El monto a distribuir a las Provincias, no podrá ser inferior al 34% (treinta y cuatro por ciento) de la recaudación de los recursos tributarios nacionales de la administración central tengan o no el carácter de distribuibles por esta ley".

El Organismo Fiscal podrá también cumplir otras funciones que especialmente le determine la ley y que guardan estrecha relación con los principios fijados constitucionalmente, como por ejemplo estudiar y coordinar:

- *medidas económicas para equilibrar el desigual desarrollo relativo de las provincias y regiones;

- *el ejercicio de las competencias, servicios y funciones de la Nación, provincias, Ciudad de Buenos Aires y de los municipios;

- *los niveles del gasto público en relación con las competencias, servicios y funciones de las jurisdicciones;

- *la correspondencia fiscal entre las competencias, servicios y funciones con los recursos de las respectivas jurisdicciones;

*la modificación de las fórmulas que distribuirán los recursos coparticipables en función a las necesidades socioeconómicas que se vayan planteando en el tiempo.

El cumplimiento de estas tareas requiere esencialmente información y estadísticas confiables que deberán suministrar todas las jurisdicciones, con lo cual debería dotarse al sistema de herramientas que ayuden a avanzar en la construcción de un centro de estadísticas especial y donde se sancione con la suspensión de cuotas por coparticipación a la jurisdicción o jurisdicciones que dificulten su acceso o suministren datos falsos.

5.1. Agencia de coordinación recaudatoria.

El organismo Fiscal también debería implementar la coordinación de las distintas Direcciones o Agencias de recaudación nacional, provinciales, de la Ciudad de Buenos Aires y de los municipios a fin de revertir el sistema actual por un régimen en el que sean las provincias las que otorguen los recursos a la Nación, otorgándole funciones administrativas y de recaudación.

La experiencia acumulada en la gestión y administración tributaria del Convenio Multilateral, muestra que las provincias están en condiciones de asumir tales funciones. Por otra parte, el Convenio ha demostrado ser un instrumento eficaz de coordinación y armonización tributaria, no sólo porque no ha tenido cuestionamientos institucionales ni políticos sino, por sobre todo, por su gestión y administración basada en la búsqueda de consenso y el respeto entre las jurisdicciones.

La Comisión Arbitral fue creada con el fin de prevenir y dirimir los conflictos por la aplicación de las normas del Convenio, pero también para coordinar administrativamente el ejercicio de potestades tributarias concurrentes. El sistema se basa en el funcionamiento de un organismo multilateral que coordina los esfuerzos de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires en cuanto a la aplicación, interpretación y recaudación del Impuesto sobre los Ingresos Brutos y facilitar el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes que ejercen sus actividades en dos o más jurisdicciones y cuyos ingresos provienen de un proceso único económicamente inseparable.

Los organismos del Convenio han implementado durante los últimos años sistemas informáticos comunes de recaudación. Gracias a ello se ha visto disminuido su costo al integrar las administraciones tributarias locales y ha beneficiado a los contribuyentes facilitando el cumplimiento de sus obligaciones por medio de Internet.

La utilización de estas tecnologías aumenta la eficiencia de los procesos internos y permite obtener respuestas rápidas para luchar contra el fraude fiscal. Asimismo se logra mayor transparencia y permite tomar rápidas decisiones más acordes con la realidad por parte de las autoridades tributarias.

Los medios informáticos han generado la posibilidad de reducir en general las diferencias geográficas, aumentar la facilidad de acceso de los contribuyentes a la información relativa al Convenio Multilateral y mejorar la atención al público, con una más eficiente recaudación y posterior distribución automática de los fondos recaudados entre las jurisdicciones integrantes del Convenio.

Todo ello se realiza con muy poco personal, aproximadamente veinte personas, y las tareas de control son llevadas a cabo por auditorías que inicialmente fueron externas, contratadas por concurso y luego asumidas por un auditor interno operativo y otro de sistemas.

5.2. Funciones arbitrales y de mediación.

En otro orden de ideas, la ley que instituya el Organismo Fiscal Federal no sólo deberá tener funciones “administrativas” o de “recaudación” para armonizar y coordinar el ejercicio de poderes tributarios de las distintas jurisdicciones y “normativas” a fin de dictar resoluciones interpretativas de la ley convenio con carácter general, sino también funciones “arbitrales” y de “mediación” para la resolución de casos concretos que, por otra parte, ya le fueron conferidas en otra oportunidad en la ley 14.390 que rigió entre 1955 y 1973.

Esta ley que estableció un régimen de unificación de impuestos internos y de distribución de lo

recaudado entre las provincias y creó un Tribunal Arbitral cuyas funciones eran las de decidir de oficio o a pedido del Ministerio de Hacienda de la Nación, o de las provincias o de las municipalidades si los gravámenes de estas jurisdicciones se oponían o no y, en su caso, en qué medida a las disposiciones de la mencionada ley e intervenía a petición de los contribuyentes o sus asociaciones reconocidas. ***Otra de las funciones que tenía era la de aprobar los índices definitivos de distribución y adoptar las disposiciones necesarias para asegurar el cumplimiento de sus decisiones.*** También resolvía que se aplicarían “por analogía y en lo pertinente las disposiciones del primer Convenio Multilateral celebrado de 1953”.

La ley 14.788 sancionada en 1959 distribuía la recaudación de los impuestos a los réditos, a las ventas y a los beneficios extraordinarios y a las ganancias eventuales entre las Nación y las provincias y creó la Comisión de Contralor e Índices. La Comisión estaba integrada por un representante de la Nación y uno de cada provincia, funcionaba integrada con el representante de la Nación y seis provincias. Los pedidos de revisión de las decisiones de la Comisión se debían resolver en sesión plenaria integrada al efecto por los ministros provinciales del ramo y con un quórum de las dos terceras partes de sus miembros. La decisión era tomada por simple mayoría de votos.

Los regímenes analizados fueron sustituidos en 1973 por la ley 20.221 en la que se creó la Comisión Federal de Impuestos. Luego fue reemplazada por la vigente ley 23.548 donde se ratifica la vigencia del mencionado organismo y sus atribuciones.

Debido a la creciente complejidad técnica de los planteos y los intereses recaudatorios en juego, sería útil que el nuevo organismo incorporase algunos de los nuevos mecanismos de resolución de conflictos que se han ido desarrollando en los últimos años en las diferentes ramas del derecho, como lo he propuesto también para el Convenio Multilateral (*Jáuregui Román Guillermo, Comisión Arbitral. Convenio Multilateral-Régimen Municipal- Mediación y Arbitraje –Arbitraje Tributario, Ed. La ley, Buenos Aires, 2008*).

En principio hablar del empleo de estos medios alternativos parecería imposible en materia tributaria frente a la indisponibilidad del crédito tributario y los principios de igualdad y capacidad contributiva. Sin embargo, como es sumamente amplia la variedad de técnicas y subtécnicas de estos procedimientos que han irrumpido con tanta fuerza en el derecho público y privado, interno e internacional, su empleo ya no resulta tan inverosímil.

Una de las particularidades distintivas del arbitraje del Convenio Multilateral es que el sistema está basado en la votación de los representantes de las jurisdicciones que suscribieron el acuerdo, es decir, que no son neutrales y que significa incurrir muchas veces en el difícil dilema de ser “juez” y “parte”.

El nuevo organismo podría, para evolucionar hacia un sistema más ajustado a los modelos de arbitraje independiente, introducir el mecanismo de “Paneles de Arbitraje” integrados por funcionarios y particulares con conocimiento y experiencia en resolución de conflictos, impuestos y administración tributaria que instituyó el Acuerdo Multiestatal de Impuestos de los Estados Unidos.

Otra posibilidad podría ser la incorporación de una instancia de “mediación evaluativa” efectuada por un cuerpo intermedio especializado y neutral, cuya opinión sea de valor para las partes, que proporcionaría una evaluación no obligatoria sobre la probable resolución del conflicto.

EL CONGRESO. DELEGACIÓN DE PODERES. DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

DR. HECTOR OSCAR MÉNDEZ
COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PLATA

RESUMEN DE CONTENIDO. CONCLUSIONES PROPUESTAS

1.) La Constitución Nacional según la reforma de 1994, prohíbe en forma expresa y como principio la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo y el ejercicio de funciones legislativas por parte de éste.

2.) Como excepción y en determinadas situaciones taxativamente determinadas permite la delegación legislativa: 1) en materias determinadas de administración y 2) de emergencia pública. En ambos casos siempre también sujeto a dos condiciones esenciales: a) la existencia de un plazo determinado para su ejercicio y b) dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

3.) La validez constitucional de los decretos de necesidad y urgencia se encuentra condicionada a la existencia de circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes, las que no solo deben ser invocadas en el decreto sino tener una existencia real.

4.) Esas circunstancias excepcionales deben obedecer a hechos fortuitos o de fuerza mayor que resulten ajenos a la voluntad y decisión del Poder Ejecutivo que tornen imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes.

5.) En estos temas no proceden las aprobaciones fictas del Congreso, prohibidas en forma expresa por el artículo 82 de la CN, de forma tal que la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente, aprobando o rechazando los decretos sometidos a consideración.

6.) El poder judicial se encuentra facultado para controlar la real existencia de esos presupuestos condicionantes, sin que ello implique el análisis de las razones de oportunidad, mérito y conveniencia que llevaron al Poder Ejecutivo a recurrir a la vía excepcional del decreto de necesidad y urgencia.

7.) Estos decretos, como toda excepción deben ser interpretados en forma restrictiva.

I.- INTRODUCCIÓN:

Como consecuencia de la reforma constitucional de 1994 se han otorgado al Poder Ejecutivo nuevas facultades colegislativas posibilitando la delegación por parte del Poder Legislativo de facultades legislativas en el Ejecutivo y a éste emitir disposiciones generales de carácter legislativo o “decretos de necesidad y urgencia” en determinadas y excepcionales situaciones.

La medida se enanca dentro de las modernas concepciones constitucionales sobre la llamada división de poderes que antes era entendida como una separación absoluta de facultades de los tres poderes del Estado, y que ha sido morigerada para ser considerada en la actualidad como división de funciones esenciales del Estado, en recíproca y armónica colaboración, en el entendimiento que el Poder es uno solo y corresponde a este último. En ese nuevo concepto de la clásica división de poderes hoy entendida como división de funciones esenciales existe la posibilidad de que en determinadas situaciones excepcionales, uno de los poderes realice o cumpla funciones propias de otro, sin perder por ello la esencia de su cometido funcional esencial: el legislativo, legislar, el Ejecutivo administrar y ejecutar, y el judicial juzgar.

No obstante, dentro de la particularidad de los antecedentes inmediatos que llevaron a dicha reforma, lo cierto es que en realidad a través de la misma no se pretendió regular para permitir o reconocer esos actos excepcionales de intromisión del Ejecutivo en el ejercicio de funciones propias del legislativo

-que se habían registrado en los gobiernos posteriores a la recuperación democrática de 1983-, sino para limitarlos o restringirlos al máximo para evitar el abuso en su utilización por parte del Poder Ejecutivo como una forma de atenuar y no incrementar el presidencialismo.¹

II.- LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA.

Si bien es cierto que la posibilidad de la existencia de legislación delegada tiene hoy también rango constitucional, según lo establecido en el artículo 76 de CN, reformada en 1994, siguiendo el marco de lo establecido en el art. 2º, ap. G -“b”- del Núcleo de Coincidencias Básicas de esa reforma (Ley 24.309) “...no podrá negarse que con la incorporación de esta norma, no se pretendió dar más facultades al Legislativo para poder delegar las propias, sino que, por el contrario, se trató de poner un claro marco a esa delegación, mediante la atenuación del sistema presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial.”

El principio general que establecen estas normas, anida en la prohibición de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, ratificándose así la norma básica del originario artículo 29, que pretendiendo evitar tristes experiencias de nuestra historia, prohíbe al Congreso o a las Legislaturas locales conceder a los Ejecutivos Nacional y Provinciales facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgar sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de gobiernos o de persona alguna, sancionando a tales actos con nulidad insanable, considerando a sus autores y partícipes como infames traidores a la patria.

Que la práctica no nos lleve a engaño. Esta norma constitucional prohíbe entonces la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo (principio general), salvo (concreta excepción, de interpretación restrictiva), en materias determinadas de administración o de emergencia pública y con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

Sin perjuicio de la ambigüedad de los dos supuestos contemplados, cabe entender que la referencia a determinadas materias de administración, pretende abarcar las cuestiones eminentemente técnicas, complejas o cambiantes en el tiempo, o en aquellos casos en que se requiera la actividad instructoria o reglamentaria del Ejecutivo donde puede convenir al Poder Legislativo fijar las bases generales bajo las que aquel por delegación de éste, establezca las normas particulares o de detalle técnico, administrativo o temporal. Por su parte, la situación de emergencia pública, en nuestro entender no podría ser asimilada a emergencia política, administrativa o económica; pareciera más bien referirse a aquellos supuestos patológicos de conmoción pública en que no pudiera resultar posible lograr la pronta y eficaz respuesta legislativa.

Además, la delegación -en su caso- nunca podría comprender aquellas materias en las que el principio de legalidad sea exigido, con carácter formal, por la propia Constitución, como por ejemplo, para la creación de tipos penales (art. 18 CN), o de nuevos impuestos u otras contribuciones (art. 4 CN).

Cabe entender que esa norma, razonable y prudentemente interpretada, a la luz del juego armónico de las demás disposiciones constitucionales, los antecedentes históricos de nuestro país, y como se vio, del propio Núcleo de Coincidencias Básicas que, nacidas en el Pacto de Olivos que enmarcó la reforma constitucional de 1994, no permite al Poder Legislativo Nacional otorgar al Ejecutivo las facultades extraordinarias o superpoderes que éste pareciera hoy pretender para actuar como un verdadero poder legislativo y sancionar actos de contenido legislativo a su discreción, dirigiendo tanto los destinos de la patria, como los derechos y obligaciones de todos los ciudadanos.

La división de los poderes de la República, aun con sus contornos flexibles antes indicados, es claro: como se dijo, la Legislatura hace las leyes; el Poder Ejecutivo las ejecuta y -en su caso- reglamenta, y

¹ QUIROGA LAVIE Humberto “Decreto de necesidad y urgencia en la Reforma de la Constitución Nacional”, L.L. 1994-D, pág. 876 y sig.; BIDART CAMPOS Germán “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Tomo VI “La reforma constitucional de 1994”. Ed. Eddiar Bs. As. pág. 415/416 “El presidencialismo. Juicio sobre su moderación su refuerzo.” y pág. 427 y sig. ap. IV los Decretos de Necesidad y Urgencia”

el Poder Judicial las interpreta y aplica, controlando además la legalidad y constitucionalidad de los actos de los otros dos poderes.

Conceder un “cheque en blanco” al Ejecutivo Nacional, transfiriéndole (o abdicando) amplios poderes y competencias a contrapelo del texto y del espíritu de la Constitución, importaría alterar o desnaturalizar las bases esenciales sobre las que se estructura la República, pasando de una democracia (gobierno del pueblo mediante representantes elegidos), a una monocracia (gobierno de uno) con tintes de pseudo autocracia (gobierno del jefe de estado concentrando en sí mismo todo el poder político), lo cual no encuentra justificativo ni aun frente a la gravedad las crisis.

Finalmente –y no es poco– mediante esas facultades extraordinarias –que como se vio, no pueden ser entendidas como superpoderes– a menudo se intenta introducir cambios sustanciales en el régimen jurídico vigente, muchos de los cuales podrían tener una dirección contraria a las bases programáticas bajo las que el pueblo ha dado su apoyo electoral a las autoridades gobernantes, rompiéndose así peligrosamente, el contrato social.

III.-LA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL:

En un trascendente fallo del 4 de noviembre de 2.008 dictado en una acción de amparo promovida por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal contra el Poder Ejecutivo Nacional, la CSJN confirmó la decisión de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que consideró inválidos los artículos 3 y 5 del Decreto 1204/01, que relevaran a los abogados del Estado tanto de la obligación de inscribirse en la matrícula que la ley 23.187 pone a cargo de ese colegio, como de pagar el derecho fijo establecido por su art. 51 de la misma.

Al ratificar el argumento central del fallo de la Cámara que consideró que el Presidente de la Nación no se encontraba habilitado por el Congreso para dictar disposiciones de carácter legislativo contrarias a la Ley Nacional 23.187 -como lo hiciera el citado decreto- no obstante que el PEN se considerara habilitado para ello en uso de las atribuciones legislativas que le había delegado el Congreso en el art. 1 inc f. de la Ley 25.414,² la Corte interpretando las normas constitucionales aplicables, fijó una clara doctrina en materia de delegación de facultades legislativas, tema que tuviera trascendente interés a partir del dictado de las cuestionadas Resoluciones 125/08 y 64/08 del MEP que establecieran el tristemente famoso sistema de retenciones móviles

Con amplio sentido docente y clara redacción, señaló la CSJN con un lenguaje firme y explícito, que la Constitución Nacional como regla o principio general prohíbe al Presidente de la República, emitir "*disposiciones de carácter legislativo*", sea a iniciativa propia (artículo 99.3, segundo párrafo), o por virtud de la delegación que, en su favor, haga el Congreso (artículo 76, primera parte).³

Añadió que luego de formular ese principio, la Constitución Nacional establece también las condiciones o límites bajo los cuales ha de operar el caso o supuesto excepcional en que el Presidente se encuentre habilitado para dictar decretos legislativos sea como "*decretos de necesidad y urgencia*" o como "*decretos que ejercen facultades delegadas*" (artículo 100, incisos 13 y 12, respectivamente). Las excepciones se circunscriben únicamente a las “materias determinadas de administración” o las “situaciones de emergencia pública”.

² Decreto 1204/01. Art. 1: Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional al ejercicio de las siguientes atribuciones hasta el 1 de marzo de 2.002.

(...) f) Con el objeto exclusivo de dar eficiencia a la administración podrá derogar total o parcialmente aquellas normas específicas de rango legislativo que afecten o regulen el funcionamiento operativo de organismos o entes de la administración descentralizada, empresas estatales o mixtas, o entidades públicas no estatales, adecuando sus misiones y funciones, excepto en materia de control, penal o regulatoria de la tutela de intereses legítimos o derechos subjetivos de los administrados, y con respecto al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.

³ Considerando 9° del Fallo.

En los considerandos 10° y 11° la Corte amplía los fundamentos de su postura con citas de precedentes de la Suprema Corte de Justicia de los EEUU aplicables a la materia.

En particular, respecto de los decretos dictados en uso de facultades delegadas (o "*decretos delegados*") destacó el máximo tribunal que el citado art. 76 establece tres requisitos básicos: 1°) que se limiten a "*materias determinadas de administración o emergencia pública*"; 2°) que se dicten dentro del plazo fijado para su ejercicio y 3°) que se mantengan "*dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca*". Por su parte, el artículo 100, inciso 12 añade un cuarto requisito adicional: que los decretos así dictados sean refrendados por el jefe de gabinete de ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación.

En sentido concordante a lo expresado por el Máximo Tribunal, destacábamos en un trabajo sobre el análisis de la constitucionalidad de las Resoluciones 125/08 y 64/08 del MEP⁴ que "... el art. 76 sólo admite dos excepciones a ese preclaro y esencial principio [de prohibición de delegación legislativa]: a) en materias determinadas de administración (que no es el caso de la facultad tributaria); b) por causa de emergencia pública". Agregábamos que "Además, en tales casos la delegación legislativa debe ser explícita, con expresa fijación de las bases (criterios o patrones claros) que el PE deberá respetar y del plazo para la utilización de las funciones cedidas, requisitos que (...) tampoco se han cumplido en el caso de las llamadas "retenciones móviles" establecidas por la resolución MEP 125/2008 modificatorias"(...)

Advirtió además la Corte, que la letra del texto constitucional (artículos 99.3 y 76) "*refleja sin ambigüedades la decisión que tomó la Convención Constituyente de 1994 de, por una parte, mantener el principio general contrario al ejercicio de facultades legislativas por el Presidente como una práctica normal y, por la otra de introducir mayores precisiones sobre las condiciones excepcionales en que ello sí puede tener lugar*".

Reflexión que anticipáramos también oportunamente en el trabajo citado⁵ donde señalábamos, en idéntico sentido, que el propósito de la reforma constitucional de 1.994, fue precisamente "poner freno a esa desnaturalización de las atribuciones de los Poderes Legislativo y Ejecutivo que se venía registrando en la praxis, [que había comenzado con los fallos Delfino, 1927 y luego Cocchia, 1993] y a la vez despejar toda duda al respecto, reafirmando por lo demás la republicana división de poderes" y que por ello "la reforma constitucional de 1994 consideró necesario prohibir expresamente la delegación legislativa", para concluir que "En el seno de la Convención Nacional Constituyente de 1994 quedó perfectamente determinado el verdadero propósito y objetivo de la norma, esto es, de no permitir más esa delegación de facultades legislativas en el Ejecutivo".

Marca también la Corte que ello es el correlato de dos objetivos básicos que rigieron la deliberación constituyente: la atenuación del presidencialismo y la mayor eficacia en el funcionamiento del gobierno federal.

Por ello destaca que dicho procedimiento debe ser puesto en práctica por los tres poderes del Estado, cada uno en el papel que le toca, con el cuidado de no introducir, por vía de deformaciones interpretativas, inconsistencias o desequilibrios entre las diversas finalidades buscadas con la reforma de la estructura del gobierno federal.⁶

⁴ MENDEZ Héctor O. – MENDEZ Agustina M. "Derechos de exportación. Inconstitucionalidad de las retenciones móviles" J.A 2008-III-961. Punto c) La delegación legislativa en la reforma constitucional de 1994- pág. 14

⁵ "Derechos de exportación..." Ob. Cit. en nota 4

⁶ Considerando 9°.

La Corte recordó también las directrices que gobernaron la reforma constitucional de 1994 tal como ellas fueron expuestas por el convencional Alberto García Lema:

"Los contenidos del Núcleo de Coincidencias Básicas responden, al igual que la habilitación de los temas que están incluidos en el artículo 30° de la ley declarativa, a ciertas ideas-fuerza, que constituyen los grandes objetivos de la presente reforma.

"La primera es sin duda la necesidad de obtener una consolidación y perfeccionamiento del sistema democrático. [...]"

"La segunda gran idea-fuerza es generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del Poder del Estado el

Ampliando los fundamentos, la Corte cita la doctrina de diferentes precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, donde se fue definiendo y limitando en el sentido antes indicado, la forma en que debe tratarse la práctica de la delegación legislativa, siempre sobre la base de la necesaria formulación por el Congreso de un patrón o directriz inteligible y clara a la cual debe sujetarse el titular del Poder Ejecutivo en el ejercicio de esas facultades legislativas.⁷

Se puntualiza que la exigencia del derecho constitucional norteamericano de que las leyes delegatorias contengan un principio claro e inteligible al cual debe ajustarse la autoridad delegada, tiene su correlato en los dos supuestos determinados por el art. 76 de la Constitución Nacional: a) el carácter *determinado* de las materias de administración y b) la exigencia de que la actividad delegada se mueva *dentro de las bases* que el Congreso Establezca. Aunque se reconoce que el riesgo que de todos modos enfrentan las constituciones al admitir la delegación legislativa es que ésta se lleve a cabo de manera extremadamente amplia e imprecisa o en forma indeterminada, razón por la cual la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana ha considerado conveniente efectuar interpretaciones muy restrictivas de la eficacia de la delegación efectuada en esa forma.⁸

En mérito a ello, ratificando el sentido docente antes indicado, y queriendo fijar un criterio amplio en el cual pueden entrar infinidad de supuestos, entre ellos las citadas y controvertidas Resoluciones 125 y 64 MEP y otras iniciativas similares del Poder Ejecutivo, la CSJN llega a resumir que del sentido que se buscó asignar a la reforma constitucional, se desprende: 1°) la prohibición por vía de principio de la delegación legislativa; 2°) que la delegación sin bases está prohibida; 3°) que en su caso las bases de la delegación deben ser precisas y cuando éstas se efectúen en lenguaje genérico o indeterminado, la actividad delegada solo será convalidada si el interesado, en una verdadera inversión de la carga probatoria, logra demostrar que la disposición dictada por el titular del Ejecutivo obedece a una específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria; 4°) a mayor imprecisión en la fijación de las bases de la delegación será menor el alcance que tendrá la competencia legislativa que el Ejecutivo podrá ejercer válidamente; 5°) quien invoque tales disposiciones legislativas a su favor deberá justificar su validez, demostrando que se hallan dentro de alguno de los supuestos excepcionales en que el Ejecutivo está constitucionalmente habilitado; 6°) la defensa del decreto legislativo tendrá mayores posibilidades de éxito cuanto mas claras sean las directrices de la ley delegatoria, y menores cuando ellas consistan solo en pautas indeterminadas.⁹

Si bien en nuestro sistema jurídico la decisión de la Corte solo es aplicable al caso particular ya que el control de constitucionalidad no es casatorio,¹⁰ fija una clara doctrina que ha de ser obligatoriamente seguida por el Poder Ejecutivo en tanto se trata de una de las partes comprendidas en ese fallo ¹¹ salvo

Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial; y a ella responden, a su vez, la atenuación del régimen presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso, la mayor independencia del Poder Judicial."

"Una tercera, emparentada con la anterior, es conseguir mayor eficiencia en el funcionamiento de las instituciones del Estado, característica común a las reformas perseguidas respecto de los tres poderes clásicos." (Obra de la Convención Constituyente, Tomo V, página 4883).

Más adelante y, refiriéndose al régimen constitucional de la delegación legislativa, el mismo convencional remarcó que la delegación constituía "una excepción al principio general... del artículo 99, inciso 3 que no es otro que la ya señalada prohibición al Presidente de dictar disposiciones de carácter legislativo (op. cit., pág. 4887). Como así también que: "Los principios y los límites de la delegación legislativa quedan ajustados a lo que son las prácticas de los Estados Unidos. El Congreso debe definir la materia de la delegación y suministrar un patrón o criterio claro para guiar al organismo administrativo al cual se transfieren facultades" (op. cit.pág. 4887).

⁷ Considerando 10 y 11 "Loving v. United States", 517 U.S. 748, 758 -1996. "Whitman v. American Trucking Associations", 531 U.S. 457

⁸ Considerando 11

⁹ Considerando 12

¹⁰ Art. 116, 117 de la Constitución Nacional; 1° de la Ley 27; 14 y 16 de la Ley 48.

¹¹ CSJN Fallos: 188:9, in re "Caja de Jubilaciones de Empleados Ferroviarios v/ Ferrocarril Central Argentino", (1940) y Fallos 205:614, in re "Córdoba v/ Matraldi Simon Ltda. S.A." (1946) entre otros posteriores.

que suministre adecuados fundamentos para separarse de la misma en el trascendente tema de la delegación de facultades legislativas, coincidente con nuestra opinión antes citada.¹²

Todo pareciera indicar que el máximo tribunal judicial de nuestro país, ha dado muestra en este valioso precedente de su necesaria independencia, como así también de su firme decisión de poner límites a los frecuentes abusos cometidos por el Poder Ejecutivo Nacional en el ejercicio de supuestas facultades delegadas, que desnaturalizan el sistema republicano en cuya esencia se encuentra no solo el equilibrio de poderes, sino la imposibilidad de que el Poder Legislativo conceda al Ejecutivo facultades extraordinarias que exorbiten las funciones esenciales de administración de ese poder.¹³

IV.- LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA:

El nuevo art. 99 inc.3, tercer párrafo de la constitución nacional de 1994 confiere jerarquía constitucional y regula los llamados “decretos de necesidad y urgencia”¹⁴, siguiendo aunque no fielmente, el marco de lo establecido en el art.2º, ap. G -“a”- del Núcleo de Coincidencias Básicas de esa reforma (Ley 24.309).

Estos decretos proceden exclusivamente en circunstancias excepcionales que habilitan la asunción de facultades propias del Legislativo, aunque supeditando la validez definitiva de esos actos a la aprobación posterior de lo actuado por este poder. Los decretos deben ser refrendados por el Jefe de Gabinete conjuntamente con los demás ministros, y ser sometidos personalmente por el primero dentro de los diez días de su sanción a consideración de la Comisión Bicameral Permanente -art.100 inc.13 CN-

Sin perjuicio de ello, se precisan los conceptos básicos condicionantes del dictado de tan excepcionales reglamentos por parte del Poder Ejecutivo, que como se dijo exorbitan la esencia de su función ejecutiva y administradora.

V.- LA EXCEPCIONALIDAD DEL EJERCICIO DE ESTAS ATRIBUCIONES

La reforma parte claramente del principio general de la prohibición del Poder Ejecutivo de la emisión -en ningún caso y bajo pena de nulidad absoluta e insanable- de disposiciones de carácter legislativo (Nuevo art. 99 inc. 2 segundo párrafo).

Ese principio general y la excepción abarcan un aspecto fáctico condicionante que ha de ser correctamente entendido para no desnaturalizar el sentido de la norma constitucional.

Ello se relacionan con la determinación de la real existencia de “circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes” las que no solo deben ser invocadas en el decreto sino tener una existencia real.

Del razonable entendimiento de este presupuesto fáctico necesario y condicionante del excepcional ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de esas atribuciones propias del Poder Legislativo, dependerá por cierto la adecuada utilización o no de este nuevo resorte.

¹² Op. Cit.

¹¹ Art. 1, 5 y 6 de la Constitución Nacional

¹³ “Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el Jefe de Gabinete de Ministros.

El Jefe de Gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”

En tal sentido cabe señalar que esas circunstancias excepcionales deben obedecer a hechos fortuitos o de fuerza mayor que resulten ajenos a la voluntad y decisión del Poder Ejecutivo -como por ejemplo desastres naturales, epidemias, momentos de grave conmoción interior, conflictos internos o guerras etc.- que tornen imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes.¹⁵

Esos trámites ordinarios, son los previstos por la propia Constitución para el funcionamiento del Congreso y la sanción y formación de las leyes. Así, la reunión de las cámaras en sesiones ordinarias desde el 1 de marzo hasta el 30 de noviembre o en sesiones extraordinarias previa convocatoria expresa del Presidente la Nación, o prórroga de las sesiones.¹⁶

A “fortiori”, cabe entender que se trata de una imposibilidad funcional y no política, y que esos hechos extraordinarios deben resultar no solo ajenos a la voluntad del Poder Ejecutivo, sino también que le deben imposibilitar dar cumplimiento a esos trámites previstos por la Constitución para el funcionamiento del Congreso y la formación y sanción de las leyes, con principio en cualquiera de las Cámaras, mediante proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo, salvo las excepciones establecidas por la CN, y con las mayorías previstas en la misma.¹⁷

Es que como se ha dicho, detrás de todo este tema subsiste una vieja cuestión, cual es la de diagnosticar cuando hay, en verdad, una circunstancia excepcional que torne imposible someter una norma al trámite ordinario de la sanción de las leyes, para sustituirlo por el dictado de un decreto de necesidad y urgencia. El texto de la reforma constitucional es en ese aspecto muy claro y elocuente, en tanto a la mención de la excepcionalidad agrega palabras que no soportan tergiversaciones oportunistas. Así, cuando dice que las circunstancias excepcionales hagan “imposible” el seguimiento del procedimiento legislativo, ha de entenderse que esta imposibilidad no alcanza a alojar una mera inconveniencia, ni habilita a elegir discrecionalmente, por un puro criterio coyuntural y oportunista, entre la sanción de una ley y la emanación mas rápida de un decreto.¹⁸

Frente a ello, la sola invocación por parte del Poder Ejecutivo de la presunta existencia de razones de necesidad y urgencia para el ejercicio por su parte de las atribuciones propias del Congreso no permite considerar la presencia de esas circunstancias excepcionales condicionantes de esa actuación como legislador, si no se demuestra además, que esos hechos impidieron y tornan imposible su tratamiento en sesiones ordinarias o la convocatoria a sesiones extraordinarias para su tratamiento por parte del Congreso.

¹⁴ “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

Cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por ésta Constitución, el ejercicio de atribuciones propias del Congreso por razones de necesidad y urgencia será decidido en acuerdo general de ministros, con el referendo del jefe de gabinete y los restantes ministros.

El jefe de gabinete, personalmente y dentro de los diez (10) días de su sanción, someterá la medida a consideración de una comisión bicameral permanente, cuya composición deberá respetar las proporciones de las minorías”

¹⁵ Señala QUIROGA LAVIE en tal sentido que “solo frente a una circunstancia excepcional que hiciera imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la CN para la sanción de las leyes, es decir cuando no se trate de una imposibilidad política del Congreso, sino de una imposibilidad funcional en relación con los resultados que el Gobierno debe imperiosamente conseguir para superar una situación insalvable para la gobernabilidad del país, solo en tal caso puede el Ejecutivo disponer de la potestad legislativa a través de un decreto con fuerza de ley. Los claros casos históricos, que protagonizaron Roca y Pellegrini en el siglo XIX, repetidos con curiosas insistencia un siglo después por los presidentes Alfonsín y Menem son los claros ejemplos de excepcionalidad que deberán ser tenidos en cuenta, como modelo de interpretación, por parte de los tribunales de justicia del país, a la hora de ejercer el control de la validez del decreto con fuerza de ley dispuesto por el Poder Ejecutivo”, ob cit loc cit.

¹⁶ Artículo 63 de la CN.

¹⁷ Artículos 77 a 811 de la CN

¹⁸ BIDART CAMPOS Germán, ob cit. pág. 427/433 “Los decretos de necesidad y urgencia”. Parág. 43, La valoración y sus riesgos, con cita de QUIROGA LAVIE Humberto, ob cit

VI.- LA PROHIBICIÓN DE APROBACIONES FICTAS:

Siendo que el artículo 82 de la CN establece que la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente, cabe entender que es necesario su pronunciamiento concreto y expreso aprobando o rechazando el decreto de necesidad y urgencia.¹⁹

VII.- EL CONTROL JUDICIAL DE LA EXCEPCIONALIDAD:

Si bien en el (tristemente) célebre caso “*Peralta*”²⁰ la CSJN, consideró que la función de un tribunal de justicia se circunscribe solamente a constatar la necesidad y razonabilidad del remedio de emergencia empleado (cons. 8 párr. 2), señalando que la oportunidad, mérito o conveniencia no es tema que incumbe decidir al Poder Judicial, limitando la revisión de tales extremos condicionantes de la validez de dichos decretos, con posterioridad a la reforma constitucional de 1994 que regula el instituto debió adecuar su postura a la nueva realidad normativa.

En tal sentido en el caso “*Video Club Dreams*”²¹, señaló que corresponde que la Corte estudie si se hallan presentes las circunstancias de hecho que justifican la adopción de los decretos de necesidad y urgencia. Sostuvo textualmente la CSJN que “no existen óbices para que esta Corte valore la calificación de excepcionalidad y urgencia ... lo que –reitero–no implica un juicio de valor acerca del mérito, oportunidad o conveniencia de la materia, sino que deviene imprescindible para admitir o rechazar el ejercicio de la función legislativa por parte del Poder Ejecutivo -cons. 9-

En mérito a ello, siendo que la CN regla los presupuestos constitucionales a los que deberán subordinarse los reglamentos de necesidad y urgencia, y considerando que el Poder Judicial es el guardián último de la juridicidad de todos los actos de los demás poderes, no podrá negarse que no solo está habilitado sino también obligado a efectuar el control de la real existencia de esas circunstancias extraordinarias condicionantes, lo cual no se supe, obviamente por la unilateral declaración al respecto por parte del Poder Ejecutivo. Ello para impedir toda exorbitancia en el ejercicio de esta atribución constitucional de excepción, debiendo a su turno, declarar la inconstitucionalidad de estos decretos cuando se demuestre el efectivo incumplimiento de cualquiera de los presupuestos esenciales condicionantes de su emisión.²²

¹⁹ Señala en tal sentido G. BIDART CAMPOS que “Lo que nos parece que queda suficientemente esclarecido es que la ley que reglamente el trámite y los alcances de la intervención final del Congreso nunca podrá establecer que el silencio del mismo significa aprobación tácita del decreto de necesidad y urgencia, ya que el art. 82 contiene una norma que reputamos general para todos los casos y para cualquiera, conforme a la cual la voluntad de cada cámara debe manifestarse expresamente, agregando para disipar cualquier duda que “se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta” Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, tomo VI “La reforma constitucional de 1994 Cit. pág. 430/432. El trámite, sus etapas y su desembocadura

²⁰ Sent del 27-XII-90, Fallos: 313:1513

²¹ Sent del 6-VI-95, J.A., 1996-I-2

²² SANMARTINO Patricio M “El alcance del control judicial de los Reglamentos de Necesidad y Urgencia mediante la acción constitucional de amparo

**DELEGACIÓN DE PODERES:
DEBE RESGUARDARSE LA INSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA
EVITANDO LA PROLIFERACIÓN DE IMPUESTOS SIN LEY.
A PROPÓSITO DE LOS “CARGOS” Y “RETENCIONES”.**

Dra. **GABRIELA INÉS TOZZINI**
COLEGIO DE ABOGADOS DE ROSARIO

I.- SÍNTESIS DE PONENCIA Y CONCLUSIONES.

El presente trabajo pretende reiterar el límite constitucional en materia tributaria a la potestad tributaria del estado referido entre otros al principio de reserva de ley. En efecto, la creación de tributos es una facultad exclusiva del Poder Legislativo. Esto resguarda el régimen republicano cuyo pilar básico radica en la división de poderes.

Lamentablemente en estos últimos tiempos se ha violado en reiteradas oportunidades tal principio básico y de distinta forma y con diferentes excusas y ropajes el PEN o sus Ministros han establecido verdaderos tributos sin ley. Tal situación se denuncia y fundamenta en la presente y se recomienda la abolición de tales supuestos de despojos.

Para el análisis de esta temática ha operado como un disparador lo acontecido en la Argentina a partir de marzo de 2008 referido a las llamadas “retenciones móviles” a la exportación de productos agrarios (Res. Nos. 125/08; 64/08 y 182/08 –vigente-).

Asimismo también se advierte tal cuestión en los llamados “cargos tarifarios” exigidos a los consumidores de ciertos servicios impuestos también sin ley como se desarrolla en la presente tales como el Dec. 2067/08, más allá de otros ejemplos que puedan citarse.

En efecto, se parte para el análisis de la verdadera naturaleza de tales “retenciones” y “cargos”, más allá de la denominación que se le haya dado, seguramente para sortear la verdadera naturaleza tributaria de los mismos y por ello los límites constitucionales restrictivos de la potestad tributaria. En este caso del principio constitucional de reserva de ley, restricción infranqueable en materia tributaria.

Se analiza la naturaleza tributaria de tales figuras y por ello se concluye en la inconstitucionalidad de las normas inferiores que los establecen sin ley.

No hay excusa que permita sortear la exclusiva potestad del Poder Legislativo para establecer tributos, ni siquiera la emergencia. Asimismo también se concluye en la prohibición de delegación legislativa en materia tributaria y por ello la invalidez en esta materia de la prórroga de la ratificación legislativa operada en último lugar por la ley 26.519.

Se recomienda concluir acerca de la necesidad de insistir en la nulidad de las normas que establecen tributos o, alguno de sus elementos sin ley por su inconstitucionalidad. La exigencia del principio de reserva de ley resguarda además la exigencia de que no puede haber impuesto sin representación, la autoimposición por parte del pueblo a través de sus representantes y no por voluntad del Príncipe. Se recomienda especial atención en este punto por cada uno de los Poderes del estado, misión en la que la participación de la abogacía guarda un rol fundamental.

II.- EL CASO DE LAS “RETENCIONES”

A partir del 10 de marzo de 2008 se generó un conflicto que afectó la paz social de la República por el establecimiento de las llamadas “retenciones móviles” a la exportación de cereales y oleaginosos instauradas por una resolución ministerial, hecho que, además, desnudó la tensa situación en punto a la

coparticipación de impuestos en desmedro de las arcas fiscales provinciales y las cuestiones pendientes al respecto entre la Nación y las Provincias.

En aquel momento, lo ocurrido en la Argentina logró, en su génesis más virulenta que el PEN haya advertido la necesidad de la intervención del Congreso de la Nación para el establecimiento de las susodichas “retenciones” (derechos de exportación) que hasta ese momento manipulaba a su antojo a través de sus funcionarios. Sin embargo, con posterioridad, borrando con el codo el reconocimiento a la restricción constitucional –que había escrito con su mano en el proyecto remitido al Congreso- se volvieron a establecer por resoluciones ministeriales los derechos de exportación y rigen a la fecha de la elaboración de la presente.

En efecto, luego de la negativa al establecimiento de las mismas por parte del Poder Legislativo el PEN, por su sola voluntad, y en total contradicción con sus propios actos y, por ende, violando la buena fe y la seguridad jurídica, facultó por decreto n° 1176/08 al Ministro de Economía y Producción para el dictado de una nueva resolución, en este caso igual a la vigente de fecha 7 de noviembre de 2.007. Por otra parte, resulta evidente que el PEN no quiso derogar o revocar la resolución ministerial rechazada legislativamente, que es lo que hubiera correspondido por ser un acto administrativo nulo dictado en violación a la Constitución Nacional y a la ley (art. 14 y 17 ley 19.549). Por el contrario, utilizó el término “limitar”, que según el diccionario de la RAE significa “poner límites a algo. Acotar, ceñir”, lo que implica dejar vivo algo pero acotado. Así burló la voluntad de los representantes.

En cumplimiento de lo ordenado por tal Decreto, el Ministro de Economía y Producción dictó las Resoluciones 180/08; 181/08 y 182/08 (todas B.O. 18/07/08) restableciendo la vigencia del derecho de exportación –retenciones a la exportación de cereales y oleaginosas- vigente en el 2.007 con una tasa máxima del 32%.

Pese al rechazo del Poder Legislativo, en la actualidad, los derechos de exportación siguen vigentes en la Argentina por resoluciones ministeriales.

Tal como se afirmó en el presente estamos en presencia de un impuesto, si bien la postura del Estado fue negarle naturaleza impositiva –lo que evita la aplicación de los principios constitucionales de la tributación, entre ellos el de reserva de ley-. En efecto, en las causas en las que el Estado Nacional fue demandado como consecuencia de la aplicación de las retenciones, sostuvo que “los derechos de exportación o importación no integran –de acuerdo al texto constitucional- el género impuestos y contribuciones, ya que cumplen un papel de medios o instrumentos de los cuales el Estado puede hacer uso con fines de política económica y que, impide asimilarlos a los impuestos, cuya causa jurídica es la capacidad contributiva”¹. Esto último se contradice con las resoluciones que dictó como paliativo de los efectos de la Res. 125/08 tendientes a compensar al productor agropecuario ya que los parámetros de devolución lo eran en base a criterios de capacidad contributiva.

El Estado ya sostenía una postura contraria a la naturaleza impositiva de los derechos de exportación con anterioridad. Así lo estableció el Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación n° 576 de fecha 21 de noviembre de 2.003².

Sin embargo, más allá de la finalidad que pueda tener el cobro de tales “retenciones”, es innegable que se trata de una imposición coactiva por parte del Estado a los destinatarios, y con destino de recursos públicos y sin contraprestación por parte del sujeto activo lo que no es otra cosa que un impuesto. Así lo ha reconocido la CSJN en un caso semejante en punto a la verdadera naturaleza tributaria, cualquiera sea la denominación otorgada (Fallos 294:152).

Ya Alberdi sostuvo que “los derechos de importación y exportación son un impuesto”³. Desde tiem-

¹ Argumento expuesto en “Gallo Lorente, Santiago c./ Estado Nacional” CNACAF, sala III, 23/09/08.

² TARSITANO, Alberto, Derechos, op. Cit., pág. 20.

³ ALBERDI, Juan Bautista, Sistema Económico y rentístico de la Confederación Argentina, (Buenos Aires 1921) Edit. Vaccaro, pág. 119.

pos muy lejanos la doctrina⁴ consideraba a los tributos aduaneros y específicamente a los derechos de exportación como Impuestos aduaneros sin alternativa al respecto. En primer lugar no puede obviarse la opinión del maestro Jarach⁵ que categóricamente afirma que se trata de un impuesto aduanero. Al respecto merece citarse que, en este sentido, la doctrina resulta unánime. Autores tales como Villegas⁶, Saccone⁷, Alias⁸, Fernández Lalanne⁹, Gelli¹⁰, Gil Domínguez¹¹, Damarco¹², entre muchos otros, afirman que es un tributo. Mordeglia, en su tesis doctoral referida a los derechos¹³ de exportación, afirmó la naturaleza tributaria de los mismos y los ubicó dentro de las contribuciones nacionales previstas en los arts. 4, 17 y 75 inc. 1) de la Constitución Nacional. Corti¹⁴ y Calvo sostienen que: “Sí, son impuestos. La Constitución Nacional, si bien utiliza la locución genérica “contribuciones” –y no impuestos-, ella resulta comprensiva de distintas especies tributarias, incluidos los impuestos. Y los artículos 4 y 75.1 de la Constitución, cuando se refieren a “derechos de importación y exportación”, involucran a los impuestos aduaneros y también a las tasas aduaneras. Ahora bien las retenciones son impuestos porque gravan manifestaciones de capacidad económica”.

Por su parte, la Constitución Nacional de 1.860, al regularlos en el art. 64, expresamente decía que se trataba de un impuesto.

Resulta fundamental que el propio Código Aduanero les asigne a los derechos de exportación expresamente naturaleza tributaria en la Sección IX "Tributos regidos por la legislación aduanera", y en el Título I, "Especies de tributos".

Luego, advertimos que por sus características, dentro del género tributo, se trata de un verdadero impuesto.

Dilucidada la naturaleza jurídica de los mismos, le son aplicables los principios constitucionales que rigen en materia impositiva.

Esto significa que la potestad tributaria del Estado para establecer los derechos de exportación se encuentra limitada por los preceptos constitucionales.

Si bien la jurisprudencia, en ciertos supuestos, negó la naturaleza tributaria de los derechos de exportación y por lo tanto no les aplicó los principios constitucionales de la tributación (CSJN, "Vermexco Algodonera SA c/Ministerio de Economía", 30/6/88, Fallos 321:1792), tal postura resulta refutable puesto que no cabe duda del carácter de impuesto del derecho de exportación por más que pueda tener un fin protector de la economía.

En efecto y, sin entrar en un análisis exhaustivo de esta cuestión, por más que los impuestos tengan finalidades extrafiscales no pierden la naturaleza de tales. Así lo sostuvo la CSJN en "Horvath (Fallos 318:676) y así lo enseñaba el maestro Dino Jarach¹⁵ cuando afirmaba que aunque un impuesto tenga finalidades extrafiscales no le quita el carácter de tal.

La naturaleza jurídica de impuesto de los derechos de exportación fue afirmada por la Justicia

⁴ AHUMADA, Guillermo, Tratado de Finanzas Públicas, 1ª, ed. (Córdoba 1948) Edit. Assandri, Tomo II págs. 523 a 582.

⁵ JARACH, Dino, El hecho imponible, 1ª ed. (Buenos Aires, 1971) Edit. El Gráfico Impresiones, pág. 59

⁶ VILLEGAS, Héctor, Curso de finanzas, derecho financiero y tributario, (Buenos Aires, 1.993) Edit. Depalma.

⁷ SACCONI, Mario, Manual de Derecho Tributario, 2ª ed. (Buenos Aires, 2003) Edit. La Ley, pág. 385.

⁸ ALIAS, Horacio, Los impuestos aduaneros argentinos, en libro "Impuestos sobre el Comercio internacional", op. cit., pág. 202.

⁹ FERNÁNDEZ LALANNE, Pedro, Código Aduanero, 1ª. ed., (Buenos Aires, 1997), Edit. Depalma, Vol. II, pág. 1267.

¹⁰ GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina comentada, 3ª ed., (Buenos Aires, 2005) Edit. La Ley, pág. 44.

¹¹ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, Constitución y derechos de exportación, Suplemento especial La Ley, abril 2008, pág. 78.

¹² DAMARCO, Jorge, Las instituciones de la República y las retenciones, Suplemento Especial La Ley, abril 2008, página 66.

¹³ MORDEGLIA, Roberto, Tesis Doctoral, citado por Tarsitano, Alberto, op. cit.

¹⁴ CORTI, Arístides Horacio M, y CALVO, Rubén A., Retenciones: aportes para su establecimiento, Edit. La Ley 2008-D, 921 –PET 399 (Buenos Aires, Julio 2008), pág. 3.

¹⁵ JARACH, Dino, Finanzas Públicas y Derecho Tributario, 3ª. ed., (Buenos Aires, 2.004), Edit. Abeledo Perrot, pág. 797.

Federal de primera instancia en lo contencioso administrativo de la ciudad de Buenos Aires en la causa “Gallo Lorente, Santiago c. Estado Nacional, Ministerio de Economía s/ amparo” de fecha 5/06/08 y ratificada en esta causa en segunda instancia por la CNACAF en fecha 23/09/08 citando también como ejemplo el derecho comparado en el caso de Brasil que los designa como impuestos aduaneros y Paraguay como tributos aduaneros y afirma, la Cámara, la innegable naturaleza tributaria del derecho de exportación. Igual criterio acerca de la naturaleza tributaria de los derechos de exportación fue sostenido por la CNACAF en la causa “Santiago Rivas” de fecha 25 de setiembre de 2.008.

La naturaleza de impuesto se ratifica por lo que establece la ley de coparticipación (Ley 23.548) en su artículo 2° al exceptuar de la masa coparticipable dentro de lo que dispone como impuestos nacionales, a los “derechos de importación y exportación previstos en el art. 4° de la CN.

Los tributos aduaneros se encuentran expresamente previstos como uno de los recursos del Estado Federal en el art. 4° de la CN, "los derechos de exportación" bajo el término de contribuciones al que resulta comprensivo el de los impuestos.

De lo expuesto se desprende la naturaleza impositiva de los derechos de exportación y, por ende, se le aplican los principios constitucionales tributarios entre los que se encuentra el de reserva de ley.

II.1 LA NUEVA EXCUSA PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LAS RETENCIONES: LA PRÓRROGA DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA. SITUACIÓN ACTUAL

La rebelión frente al establecimiento de tales “retenciones” sin ley subsistió incluso con la alícuota fija. Frente a este hecho incontrastable el PEN ideó otra excusa más –la que de ser cierta no hubiera requerido entonces todos los demás artilugios que implementó con anterioridad- en efecto, una falacia: con la prórroga de la legislación delegada –conforme a la cláusula transitoria octava y artículo 76 de la Constitución Nacional- resultan válidas las “retenciones”. Una verdad: las “retenciones” no pueden establecerse por resoluciones ministeriales conforme lo dispone la CN. Un juicio verdadero: las retenciones son tributos (art. 4° CN; art. 2° ley 23.548; Código Aduanero Sección IX, CNCAF “Gallo Llorente” 09/09). Al ostentar naturaleza tributaria deben aplicárseles los principios constitucionales que limitan la potestad tributaria del Estado. Entre ellos, el de reserva de ley (arts. 4°, 9°, 17, 19, 52, 75 inc. 1°, 76 y 99 inc. 3°) que prescribe que sólo el Congreso puede establecer los tributos y radica en el principio de la representación que encuentra su razón de ser en el derecho que tienen los ciudadanos destinatarios de los impuestos de establecerlos ya que los afecta. Por ello, al ser materia tributaria y no de administración o de emergencia pública, el artículo 76 de la CN y la cláusula transitoria octava de la CN ¹⁶ respecto del artículo 755 del Código Aduanero por ser una norma anterior a 1.994 no le resulta aplicable puesto que las leyes ratificatorias (21.148, 25.645 y 26.135 que supuestamente extienden la vigencia de las mismas hasta el 24/08/09 ¹⁷ y la última dictada 26.519 de agosto del 2009 con prórroga por un año) se refieren a la delegación sobre materias de administración y no tributaria como es el caso de las retenciones. Lo expuesto pretende desvirtuar la postura que se ha instalado en la actualidad acerca de que la prórroga de la delegación legitima las resoluciones que establecen las retenciones.

En efecto, el PEN, borrando con el codo lo que escribió con la mano, apartándose de sus propios actos (CSJN Fallos: 321:2530; 327:1015) luego de reconocer la competencia del Congreso para establecer los derechos de exportación al remitirlos a la consideración del mismo el 17/06/08, y ante la negativa del Congreso, volvió al ruedo con las “retenciones” por resoluciones ministeriales en julio del 2.008 como si su sola voluntad bastara para legitimar lo ilegítimo mediante el dictado del decreto 1176/08. Sin

¹⁶ Dicha Cláusula establece: “La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente en una nueva ley” (corresponde al art. 76 CN).

¹⁷ Digo supuestamente puesto que cabe citar al respecto la postura de Damarco, Jorge, que al analizar la cláusula transitoria octava considera que de acuerdo a una correcta interpretación la facultad ratificatoria del Congreso se agotó con la primera ley 25.148 por ello caducaron las delegaciones preexistentes el 24 de agosto de 2.002. Todo según desarrolla en “[La caducidad de las delegaciones legislativas y de la legislación delegada. El alcance de las ratificaciones legislativas](#)” en PET, 14/08/09 Edit. La Ley.

embargo, sabedor de su ilegitimidad insertó en el proyecto remitido al Congreso para tratar la prórroga de la delegación legislativa este nuevo intento para legitimarlas –desde ya, a mi juicio, jurídicamente infructuoso si se hubiera convertido en ley-. Lo que resulta a todas luces temerario luego de la virulencia y rebelión fiscal generada el pretender legitimarlo de esta forma.

Sólo el Congreso de la Nación puede establecer las “retenciones a la exportación de los productos agrícolas” con el debido debate y consenso. Sólo a ese poder le está reservado el fijar los tributos (CSJN “Candy” 2.009).

II.2- TEST DE CONSTITUCIONALIDAD A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EN MATERIA TRIBUTARIA.

Dirimida la naturaleza tributaria y de impuesto¹⁸ de los derechos de exportación se abordará en este punto el *test* de constitucionalidad de la Resolución 182/08 vigente respecto del principio de reserva de ley en materia tributaria.

Cabe aclarar nuevamente que dicho derecho de exportación se encuentra establecido por una resolución ministerial.

Antes de abordar el desarrollo del principio de reserva de ley en punto a las retenciones dictadas merece citarse lo considerado en la causa “Gallo Llorente”¹⁹ de Cámara que sostuvo: “Establecido el carácter tributario de los derechos de exportación en cuestión, corresponde introducirse en el estudio de la competencia constitucional establecida a su respecto. Ello así, porque el principio de legalidad tributaria comprende al género, y por ello es aplicable a todas sus especies. El mentado principio (“*nullum tributum sine lege*”, “*no taxation without representation*”), contenido en los arts. 17 y 19 de la Constitución Nacional, prevé que no puede haber tributo sin ley previa que lo establezca. Es absoluto, no admite excepción alguna y alcanza tanto a la creación de impuestos, tasas o contribuciones, como la modificación de los elementos esenciales que lo componen: hecho imponible, alícuota, base de cálculo, sujetos alcanzados y exentos. La ley, que es producto de la voluntad general, es la única fuente de las obligaciones tributarias y en su creación concurren los representantes de los ciudadanos, quienes consienten las invasiones del Fisco en la economía privada, sujetas a los principios de la Constitución (vid. Dino Jarach pag. 233). La competencia del Congreso es exclusiva en la materia, no puede ser ejercida por ninguno de los otros Poderes, ni siquiera en situaciones de emergencia (confr. Gelli María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina -comentada y concordada- tercera edición, 2005).”

El principio de reserva de ley en materia tributaria responde a afirmar que los tributos sólo pueden establecerse a través de una ley y que, en el sistema de división de poderes propio de la República (art. 1 de la CN), tal facultad corresponde al Poder Legislativo. Rige en materia tributaria el principio de legalidad o de reserva de ley en forma absoluta (arts. 4, 17, 19, 52, 75, inc. 1, y 2, 76 y 99, inc. 3, de la CN). Encuentra su razón de ser en el derecho que tienen los ciudadanos destinatarios de los impuestos de establecerlos ya que los afecta. Claramente lo explica el Profesor Casás²⁰: “El principio de reserva de ley surgió inicialmente, como una exigencia de participación de quienes habrían de enjugar los impuestos consintiendo su establecimiento. (...) En tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación siguiendo una doctrina reiterada en numerosas causas afirmó: ‘El cobro de un impuesto sin ley que lo autorice es una exacción o un despojo que viola el derecho de propiedad reconocido en el art. 17 de la Constitución Nacional’ (Fallos: 180:384)”.

Al respecto de este principio merece citarse lo sostenido por el Procurador del Tesoro de la Nación en el Dictamen n° 48/2006 (28/02/2006): “...la legalidad del impuesto, el cual como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteradamente, ... es la base y el fundamento de la tributación ... y que ... la facultad atribuida a los representantes del pueblo para crear los tributos necesarios para la

¹⁸ Se recomienda la lectura en este punto de ALIAS, Horacio, op. cit. Pág. 206.

¹⁹ CNCAF, 23/09/08.

²⁰ CASAS, José Osvaldo, *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente*, 1ª ed. (Buenos Aires, 2.002) Edit. AD-HOC, pág. 519.

existencia del Estado es la más esencial de la naturaleza y objeto del régimen representativo republicano de gobierno (v. Fallos 182:411)”.

También la Corte declaró la inconstitucionalidad de una Circular del Banco Central y, por ende, se la anuló por considerar que la misma creaba en la realidad un tributo sin ley que lo sustente al imponer el pago de diferencias cambiarias “que actuarían al modo de un impuesto al tránsito de las personas”. De esta forma, en este decisorio, reafirmó el principio de reserva de ley en materia tributaria al sostener que, “tal obligación tributaria, al no derivar de norma legalmente sancionada, afecta el principio del artículo 17 de la Constitución Nacional según el cuál sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4º y que se plasma en el aforismo *nullum tributum sine lege*, rector de toda política tributaria”.

Respecto de los derechos de exportación, la CN, en el artículo 75, inciso 1º, dispone expresamente que corresponde al Congreso de la Nación establecerlos y, en el art. 9º que: “regirán la tarifas que sancione el Congreso”.

La CSJN así lo ha entendido en numerosos fallos estableciendo que las alícuotas sólo pueden estar fijadas en la ley y no pueden ser modificadas por el Poder Ejecutivo, ni se puede crear un tributo por este medio ni aumentarse la alícuota (CSJN, "Video Club Dreams", "La Bellaca", Fallos 319:3400); ni tampoco puede modificarse la base de cálculo de un tributo vía decreto (CSJN, Fallos 321:270; 321:1966); ni extenderse analógicamente a otros supuestos de los previstos en la ley (“Eves” CSJN, Fallos 316:2329). Definitivamente que, de ningún modo el Poder Ejecutivo puede establecer tributos (CSJN, Fallos 312:366, "Kupchnik"). Igual exigencia opera en materia de exenciones (CSJN Fallos, 319:2694; 316:1113, entre otros).

En realidad, ya en tiempos bien lejanos, la Corte denostó la creación de un impuesto por una norma de rango inferior a la ley. Al respecto puede citarse la causa “Urcola, Martín c/ Provincia de Santa Fe” del 24 de febrero de 1943 en la que sostuvo que: “Que es igualmente exacto que es doctrina administrativa que la creación de impuestos es sólo facultad legislativa (Fallos 180:384; 184:542 y 186:521, entre otras), de donde es correcto deducir que no es constitucionalmente lícito, so color de reglamentaciones tendientes a asegurar la percepción de una contribución legal, el aplicarle a objetos u operaciones no gravados por ley”. Asimismo cabe citarse con anterioridad “La Martona” del año 1938 (Fallos 182:411) y otros posteriores CSJN Fallos 31:82; 155:290; 174:225; 180:384; 186:521; 195:539; 198:267; 206:21; 211:942; 218:231; 248:482; 294:152; 303:245; 305:134; 311:1642; 312:902; 313:1503; 316:2329; entre otros.

En punto a fallos más recientes resulta de gran importancia la causa “Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones SA c/ Provincia de Salta” de fecha 7 de febrero de 2006. En el mismo sostuvo que “el principio de legalidad fiscal exige que una ley formal tipifique el hecho que se considere imponible y que constituya la posterior causa de la obligación tributaria...que este principio fundamental del derecho tributario constitucional es análogo al que rige en el derecho penal.”

En el mismo sentido, la Procuración de la CSJN ha sido contundente en este punto en la causa “Augsburg SA”, de fecha 11 de mayo de 2.009, al afirmar: “El principio de legalidad o de reserva de la ley no es sólo una expresión jurídico formal de la tributación, sino que constituye una garantía substancial en este campo, en la medida en que su esencia viene dada por la representatividad de los contribuyentes. En tal sentido este principio de raigambre constitucional abarca tanto a la creación de impuestos, tasas o contribuciones como a las modificaciones de los elementos esenciales que componen el tributo, es decir, el hecho imponible –en todos sus aspectos-, la alícuota, los sujetos alcanzados y las exenciones. De ahí, pues, que en esta materia, la competencia del Poder Legislativo es exclusiva.”

Asimismo, el Máximo Tribunal de la Nación en, “Apache Energía Argentina SRL v. provincia de Río Negro” (23/03/09) volvió a reiterar enfáticamente el principio de reserva de ley en materia tributaria con específica aclaración que, tal exigencia lo es también para la determinación del elemento cuantitativo del tributo. Así sostuvo al referirse a la necesidad del principio de legalidad o reserva de ley en los impuestos que “(...) no es sólo una expresión jurídico formal de la tributación sino que constituye una garantía substancial en este campo, en el que sólo la ley debe establecer todos los aspectos relativos a la existencia, estructura y cuantía de la obligación tributaria; esfera donde la competencia del poder legis-

lativo es exclusiva (Fallos 316:2329; 318:1154; 321:366 y 323:3770)”.

Merece citarse también, puesto que resulta plenamente aplicable al caso la causa “Cladd Industria Textil S.A. c/ Estado Nacional” CSJN 4/08/2009. En la misma, al resolver, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la Resolución de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación n° 91/03 que establecía una serie de “aranceles” a la producción primaria de algodón y subproductos con un destino específico a la cadena algodonera. Al respecto la Procuración de la Corte -dictamen que es tomado como sentencia de Corte- consideró que: “dicho arancel constituye sin hesitación, una “contribución” en los términos de los artículos 4 y 17 de nuestra Constitución Nacional, de inocultable naturaleza tributaria. Toda vez que se trata de una suma de dinero que obligatoriamente ha de sufragar algunos sujetos pasivos –determinados por la norma- en función de ciertas consideraciones de capacidad para contribuir y que se halla destinada a la cobertura de gastos públicos”.

“Dicho en otros términos, la norma define un presupuesto de hecho que, al verificarse en la realidad del caso concreto, da origen a la obligación de ingresar al erario público una suma de dinero, en las condiciones establecidas por ella, siendo que tal obligación tiene por fuente un acto unilateral del Estado y que su cumplimiento se impone coactivamente a los particulares afectados, cuya voluntad carece de efectos, de toda eficacia (arg. Fallos: 318:676, considerando 8°).”

“Se me hace imprescindible insistir que es indudable que nos hallamos frente a un tributo que, más allá de su encuadramiento infraconstitucional, que no es relevante a los fines de este análisis (Fallos 314:595, cons. 10°) ha sido establecido mediante un mecanismo que se halla claramente a extramuros de a única forma que nuestra Carta Magna prevé, es decir, mediante ley formal”.

“Al hilo de lo expuesto, no puedo dejar de recordar aquí que nuestra Constitución Nacional prescribe, de manera reiterada y como regla fundamental, tanto en el art. 4° como en los arts. 17 y 52, que sólo el Congreso impone las contribuciones referidas en el primero de ellos. Ha dicho el Tribunal al respecto, contundentemente, que los principios y preceptos constitucionales prohíben a otro Poder que el legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas (Fallos: 155:290; 248:482; 312:912, entre otros) y, concordantemente con ello, ha afirmado reiteradamente que ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones (Fallos: 316:2329; 318:1154; 319:3400; 321:366; 323:3770, entre muchos otros)”.

Las resoluciones del Ministerio de Economía y Producción de la Nación que se analizan en el presente, si bien su texto no lo invoca expresamente, se basan fundamentalmente en lo dispuesto en el art. 755 del Código Aduanero.

Puede afirmarse que el artículo 755 del Código Aduanero, al establecer esta delegación en el Poder Ejecutivo, luego de la reforma de 1.994, deviene inconstitucional puesto que se delega en el PEN la facultad de gravar, eximir o modificar los derechos de exportación.

II.3. LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA TRIBUTARIA

Esto remite al análisis de la delegación que el Poder Legislativo puede hacer al Poder Ejecutivo de su facultad legislativa y si tal delegación es válida en materia tributaria.

En primer lugar cabe recordar que toda delegación²¹ tiene ciertas pautas y límites. En efecto, sólo puede hacerse sobre materia autorizada, dentro de las bases que establezca el Congreso, con el debido control y por tiempo determinado.

La reforma constitucional de 1994 regula expresamente esta cuestión en el art. 76²² de la CN pro-

²¹ Esta temática es tratada con excelencia por GELLI, María Angélica, *Ibidem*, pág. 743 a 759.

²² Artículo 76 de la Constitución Nacional: Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

hibiendo todo tipo de delegación legislativa en el Poder Ejecutivo salvo en materias determinadas de administración (definidas por ley 25.148 y posteriores) o de emergencia, sumado a la exigencia del plazo fijado para su ejercicio y dentro de la bases de delegación que el Congreso establezca. Como puede advertirse, se encuentra entonces prohibida en materia tributaria sustantiva. Esto hay que relacionarlo también con el art. 99, inc. 3) ²³ de la CN que prohíbe expresamente el dictado de decretos de necesidad y urgencia en materia tributaria.

Puede concluirse entonces que, después de la reforma constitucional, el Poder Ejecutivo no puede establecer tributos ni legislar sobre ninguno de los elementos que lo integran y menos en materia tributaria se puede validar la subdelegación. En efecto, constitucionalmente no se puede delegar en materia tributaria sustantiva. A su vez, sólo puede delegarse en el Poder Ejecutivo –me refiero a las materias permitidas-, por lo que resulta inválida la subdelegación en el Ministerio en el caso de las resoluciones bajo análisis.

Respecto de la delegación, la CSJN ha basado en ciertas oportunidades su criterio interpretando lo resuelto por la CSJ de los Estados Unidos, permitiendo de este modo delegaciones legislativas en materia de poder de policía y contravenciones así en “Delfino” (Fallos: 148:430) “Prattico” (Fallos: 246:345), pero con las limitaciones que expone el Máximo Tribunal. Sin embargo, tal criterio se modificó con las nuevas bases establecidas por la reforma de 1.994 ²⁴ y se hace más estricta la exigencia de reserva de ley.

Luego de la Constitución reformada, más allá de las pautas de la delegación, hay materias –como la penal- que no pueden ser delegadas porque rige sobre ellas el principio de reserva de ley. Entre ellas se encuentra la materia tributaria. Son materias reservadas por su sustancia y por ello indelegables. Tal cuestión se desprende de los artículos 76 y 99 inc. 3) de la CN.

También fue el criterio expuesto por jurisprudencia de la CSJN incluso referida a períodos anteriores a 1.994 (“Video Club Dreams” 1.995). En este decisorio queda plasmada la nulidad de toda norma que no emane del Congreso en materia tributaria.

Sin embargo, hay que dejar en claro que, contra esta postura, la CSJN se ha expedido a favor de la legitimidad de la delegación de "atribuciones libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo" -en la terminología del fallo- contemplada en materia de derechos de exportación en "Propulsora Siderúrgica SAIC" (1/9/92)–seguramente por considerar que no se trataba de un impuesto por tener además otros fines-. Sin embargo, se impone una advertencia: tal fallo es anterior a la reforma de 1994 (del mismo modo CSJN, “Laboratorios Anodia” 1.968; "Conevial SA Comercial", 29/10/87, "Case SA" 5/7/84 que valida el Decreto Reglamentario que otorga facultades al Ministerio en materia de derechos de importación) – y, a mi juicio, no resultan aplicables con la Constitución reformada para fundar la legitimidad de las resoluciones ministeriales cuestionadas. Valga al respecto el comentario de Sagües ²⁵ para dejar en claro que dicha jurisprudencia ha sido dejada de lado luego de la reforma constitucional de 1.994: “La regla de derecho consuetudinario no era clara sobre los topes de delegación; varias sentencias de la Corte

²³ Artículo 99 inc. 3) de la Constitución Nacional:

“El presidente de la nación tiene las siguientes atribuciones:

“3. Participa en la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

“Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.”

²⁴ En efecto, tal como se desprende del Diario de Sesiones de la Convencional Constituyente, Santa Fe, Paraná, 1994 Vol. II p. 2443-2445, citado por Méndez Héctor y Agustina, Derechos de exportación. Inconstitucionalidad de las retenciones móviles, Abeledo Perrot. 26/06/09. Con cita del convencional García Lema al referirse a estos fallos: “En nuestro sistema, señor Presidente, a través de la reglamentación de las leyes, el Poder Ejecutivo legisla, por una defectuosa práctica interpretativa de la CSJN: Esto va a concluir a la luz del nuevo texto constitucional, porque lo que está permitido es solamente la delegación en materia administrativa. (...) En efecto, hay materias que son absolutamente reservadas e indelegables por su misma sustancia. Desde el punto de vista doctrinario, no pueden ser materia de delegación en ningún caso las leyes penales, porque tienen reserva legal en la propia Constitución. Tampoco pueden serlo por la misma y gravitante razón, las cuestiones impositivas”.

²⁵ SAGÜES, Néstor, Pedro, Manual de Derecho Constitucional, (Buenos Aires, 2.007), Edit. Astrea, pág. 381.

Suprema habían consentido delegaciones en sentido amplio (“Radio Suipacha”, Fallos 300:272:”Laboratorios Anodia”, Fallos, 270:47, ...”, situación que aclara fue tenida en cuenta por los convencionales de 1.994 para encuadrar así el principio de reserva de ley. Claramente la cita a ese fallo es dar un ejemplo de lo que no es más conforme la CN reformada y la nueva jurisprudencia de la CSJN.

En efecto, con posterioridad a la reforma constitucional -si bien no referido expresamente al artículo 755- la CSJN sostuvo que la facultad de establecer cargas tributarias o definir o modificar los elementos esenciales de un tributo es exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación (CSJN, "Selcro c/Jefatura de Gabinete de Ministros s/Amparo", 2003). En esta causa, la CSJN ha sido clara y contundente y resulta plenamente aplicable a la Resolución 125/08 y la vigente 182/08: "Que de la reiterada doctrina precedentemente reseñada surge con nitidez que ni un decreto del Poder Ejecutivo ni una decisión del Jefe de Gabinete de Ministros pueden crear válidamente una carga tributaria ni definir o modificar, sin sustento legal, los elementos esenciales de un tributo".

Luego de “Selcro” ya ninguna duda cabe en punto al criterio de la CSJN aplicable para fundar la inconstitucionalidad del art. 755 del Código Aduanero y de la Res. 125/08 –limitada en su vigencia- y 182/08 –vigente- del Ministerio de Economía y Producción de la Nación. En efecto lo importante de este fallo es que define, conforme el art. 76 de la CN, las exigencias constitucionales en materia tributaria tanto de la ley delegante como de los decretos delegados ²⁶. Su doctrina se aplica para invalidar el art. 755 del Código Aduanero por no establecer un marco preciso único válido en materia tributaria –como lo es la omisión de fijar un límite o banda en materia de alícuotas para determinar el importe de los derechos de exportación que establece-. Resulta interesante la aplicación e interpretación que efectuó respecto de “Selcro” la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso- Administrativo Federal al resolver en la causa “Consolidar” de fecha 30/04/2007: “La doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en la causa “Selcro”... es suficiente para comprender que, aquellas razones que justificaron la restricción en materia de decretos de necesidad y urgencia impiden la delegación legislativa en materia tributaria”.

Asimismo, cabe citar que recientemente la CSJN, en la causa “Colegio Público de Abogados de Capital Federal v./ EN – PEN s/ Amparo” de fecha 4 de noviembre de 2.008, sostuvo en punto a los “decretos delegados” que: el art. 76 de la Constitución Nacional establece tres requisitos básicos: 1) que se limiten a materias de administración o emergencia pública; 2) que se dicten dentro del plazo fijado para su ejercicio y 3) que se mantengan “dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”. El art. 100, inciso 12 añade un cuarto requisito, a saber, 4) que los decretos así dictados sean refrendados por el jefe de gabinete de ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación. La letra del texto constitucional (artículos 99 inciso 3 y 76) refleja con ambigüedades la decisión que tomó la Convención Constituyente de 1994 de, por una parte, mantener el principio general contrario al ejercicio de facultades legislativas por el Presidente como una práctica normal y, por la otra, de introducir mayores precisiones sobre las condiciones excepcionales en que ello si puede tener lugar”.

Efectúa además, un análisis del criterio constitucional luego de la reforma de 1.994 en materia de delegación y considera: “Que la exigencia del derecho constitucional norteamericano de que las leyes delegatorias contengan un principio claro e inteligible al cual debe ajustarse la autoridad delegada tiene su correlato en dos conceptos contenidos en el artículo 76 de la Constitución Nacional: el carácter determinado de las materias de administración y la exigencia de que la actividad delegada se mueva “dentro de las bases que el Congreso establezca” .

Profundizando la temática de la delegación legislativa sostuvo que el “principio claro e inteligible al cual debe ajustarse la autoridad delegada tiene su correlato en los conceptos contenidos en el artículo 76 de la Constitución Nacional: el carácter determinado de las materias de administración (...)”

El principio general es clarísimo. Por disposición de los arts. 76 y 99 inc. 3) de la CN no se puede

²⁶ Ver al respecto comentario de GELLI, María Angélica, op. cit., págs. 42-43.

delegar en materia tributaria sustantiva. Sólo podría analizarse la posibilidad que se adelantó en el presente de delegación ya no propia sino impropia o integradora (si bien la posibilidad de la misma en esta materia, no parece desprenderse de la CN sino, de interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias).

La primera –propia- está prohibida por la CN, salvo materias determinadas de administración o emergencia pública y, con ciertas limitaciones: 1) con plazo fijado para su ejercicio; 2) dentro de las bases precisas que el Congreso establezca; 3) en cabeza del PEN y con el debido control art. 100, inc. 12) esto es, refrendadas por el Jefe de Gabinete de Ministros y luego aprobados por la Comisión Bicameral Permanente. Queda fuera la materia tributaria.

La segunda –la impropia- es decir, la permisión de la delegación en ámbitos definidos, en materia tributaria, merecen citarse algunos aspectos del desarrollo que efectúa al respecto Corti ²⁷. En primer lugar el autor citado hace una diferenciación según la normativa delegante/delegada sea anterior o posterior a la reforma de 1.994. En el primer supuesto los reglamentos tributarios delegados caducan su vigencia a los cinco años de la entrada en vigencia de la CN, salvo que sean ratificados expresamente por el Congreso. Respecto de la legislación delegante/delegada posterior a 1.994: a) salvo en “materias determinadas de administración” (cuestiones de derecho administrativo) en las demás (incluida la materia tributaria) debe existir un estado o situación de emergencia pública –y aclara real-: b) La legislación delegante debe definir clara y precisamente la política legislativa, esto es, debe precisar las premisas o pautas para su ejercicio. Ello quiere decir que, en materia tributaria, la política tributaria debe ser fijada por el Congreso y no por el Poder Ejecutivo. **La delegación legislativa, entonces, no puede ir más allá que la de facultar al Poder Ejecutivo para fijar alícuotas dentro de límites máximos y mínimos precisos. El Congreso no puede, a mi juicio, delegar la facultad legislativa de crear impuestos, ampliar el campo de la imposición o derogar exenciones (reverso de la imposición) toda vez que en tales supuestos el Congreso no estaría definiendo políticas tributarias sino transfiriendo su fijación al Ejecutivo”** (lo destacado pertenece al presente). La delegación por el Congreso sólo puede hacerse en cabeza del titular del PEN y no es posible la subdelegación, c) la ley delegante deberá fijar un plazo cierto para su ejercicio; d) la legislación delegada tiene el valor jurídico de una ley temporaria; e) la legislación delegada suscripta por el titular del Ejecutivo debe ser refrendada por el jefe de gabinete de ministros, sin cuyo requisito carecerá de validez y eficacia, art. 100, 2do. Párrafo, inc. 12; f) dicha atribución delegada en el Poder Ejecutivo no admite subdelegación (...); g) dichos decretos legislativos “estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral permanente” (...); h) de haber excedido el Ejecutivo el marco de la delegación el congreso tendrá competencia (poder-deber) de dejar sin efecto (nulificar, rechazar) la legislación delegada dictada con exceso reglamentario, con efectos retroactivos ”.

Es claro que está prohibida constitucionalmente la posibilidad de delegación legislativa para crear tributos o para eximir. Según continúa Corti ²⁸, en este caso “se trata de ‘una remisión en blanco al correspondiente reglamento que no respeta, ciertamente, esta reserva constitucional’, que tiene el Congreso de definir las bases, pautas, *standards* o directrices fundamentales en la materia”.

A partir de la reforma constitucional en la que los convencionales constituyentes dieron tanta importancia al principio de reserva de ley en materia tributaria, el art. 755 del Código Aduanero deviene inconstitucional, en primer lugar por ser materia tributaria la que delega –prohibida- y además porque tampoco cumple con los requisitos de plazo para su ejercicio ni constituye un supuesto de delegación impropia válido.

Por su parte, la subdelegación que invoca la Resolución 125/08 –mantenida por la resolución vigente- que establece las “retenciones” se funda entre otras normas en la ley (22.792) que se encuentra derogada ²⁹. Por su parte la Res. 182/2008 vigente en sus considerandos hace referencia al Decreto n°

²⁷ CORTI, Aristides, Algunos aspectos acerca de la legislación tributaria delegada, en “Boletín de la AAEF (Asociación Argentina de Estudios Fiscales)”, 1ª ed., (Buenos Aires, 1.996), Edit. Sinopsis, pág. 31.

²⁸ *Ibidem*, pág. 14.

²⁹ Al ser esto así, tampoco puede invocarse a favor de la subdelegación lo que sostuvo la CSJN en la causa “Verónica SRL” (1.988), más allá que también esa causa es anterior a la reforma constitucional.

1.176/08 del PEN que le instruye al Ministro para que, “en el ejercicio de facultades que tiene delegadas” restablezca la vigencia de las posiciones arancelarias iguales a las de la Res. 369/07 de dicho ministerio. Al respecto, a mi juicio por todas las razones expuestas en el presente, el decreto dictado tampoco purga la violación del principio de reserva de ley y la prohibición de subdelegación de raigambre constitucional. Este argumento se refuerza puesto que, también tales resoluciones -y desde la 11/02- han sido cuestionadas en su constitucionalidad y con decisorios judiciales dictados al respecto contrarios a las mismas.

En efecto, las Resoluciones 125/08 y sus modificatorias y 182/08 vigente violan, además, el art. 100 inc. 12) de la CN que establece la obligación del Jefe de Gabinete de Ministros, con responsabilidad política ante el Congreso, de “refrendar los decretos” que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que están sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente (ya creada por ley 26.122), norma que sustenta pautas de organismos internacionales referidas al debido y eficaz control en materia de delegación. Más allá de la prohibición de delegación en materia tributaria, la Res. 125/08 y la actual vigente prescinden del debido control al no ser dictadas por decreto del PEN. Y ninguna norma posterior puede sanear el vicio de nulidad absoluta en que incurrían.

II.4.- LA CLÁUSULA TRANSITORIA 8ª DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LAS LEYES RATIFICATORIAS

Respecto de este punto vale la afirmación que, al analizar la delegación del art. 755 del Código Aduanero, efectúa Tarsitano³⁰ en el sentido de hacer el análisis de la norma en base a la cláusula transitoria octava³¹ y no al art. 76 de la CN por ser la delegación operada anterior a la reforma constitucional.

Cabe el siguiente comentario al respecto: se trata, en realidad, de una norma delegante y no delegada –terminología empleada en la cláusula transitoria octava- si bien podría sostenerse que, dado que a la legislación delegada se la identifica también como reglamentos de integración de la norma delegante, podría efectuarse este análisis. A su vez, las resoluciones dictadas que establecen las “retenciones” –en la terminología de las delegadas dictadas que aprueban las leyes ratificatorias- tampoco encuadrarían en dicha cláusula puesto que no son preexistentes a 1.994.

No obstante, esto conduce a analizar las leyes ratificatorias de la totalidad de la delegación legislativa sobre materias de administración o emergencia pública, emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, tales como la ley 25.148 (B. O. 23/08/1999), 25.645 (B.O. 5/09/2002) y 26.135 (B.O. 23/8/06) que dicen extender la vigencia de las mismas hasta el 24/08/09 y la última dictada con prórroga por un año 26.519 (B.O. 24/8/09). Pero justamente esta ratificación se efectúa en lo que las propias leyes definen como materias determinadas de administración, lo que no abarca la materia tributaria sustantiva. No se puede ratificar lo no ratificable. Los derechos de exportación no integran el derecho administrativo sino el tributario, que por sustancia se encuentra fuera de la ratificación de estas leyes.

Lo expuesto pretende desvirtuar la postura que se ha instalado en la actualidad acerca de que la prórroga de la delegación legitima las resoluciones que establecen las retenciones.

Más allá de lo expuesto, se advierte –como ya se adelantó ut supra - que en el último proyecto de prórroga de la delegación legislativa, en el originario de julio de 2.009 -aprobado por Diputados el 13 de agosto con algunas modificaciones- se agregó un artículo que no se encontraba previsto en las anteriores leyes ratificatorias. Se trata del art. 5º: “Ratificase la validez de todos los actos administrativos y/o jurídicos que en el marco de la delegación de facultades hubiera emitido el Poder Ejecutivo Nacional hasta la fecha de entrada en vigencia de la presente ley”. Queda claro que, subrepticamente con ese agregado, el proyecto originario pretendió –sin decirlo expresamente- que el Congreso legitime las retenciones establecidas por resoluciones ministeriales. Lo que además indica el pleno reconocimiento de su ilegitimidad y, además, que no se validan por las leyes ratificatorias de la legislación delegada. Valga aclarar, no obstante, que tal artículo no fue sancionado en la ley vigente.

³⁰ TARSITANO Alberto, op. cit., pág. 22.

³¹ Cláusula Transitoria Octava: La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una ley.(corresponde al artículo 76).

Al respecto considero que, de todas maneras, el agregado pretendido en el proyecto originario, en una ley no podría jamás tener tal efecto. En efecto, una norma de ese tenor resultaría inconstitucional puesto que no se puede ratificar lo que por la CN está prohibido (art. 76 CN). Asimismo tal ratificación por el Congreso, retroactiva, de una norma violatoria del principio de reserva de ley no la legitima ni se purga el vicio insanable (ya lo resolvió la CSJN en “Video Club Dreams” y en Kupchnik”).

Tampoco puede pasarse por alto, la tesis que desarrolla Damarco³² que, al analizar la cláusula transitoria octava, considera que, de acuerdo a una correcta interpretación, la facultad ratificatoria del Congreso se agotó con la primera ley 25.148 y por ello caducaron las delegaciones preexistentes el 24 de agosto de 2.002.

Más allá de ello, por lo dispuesto en los arts. 76 y 99 inc. 3º) de la CN luego de la reforma constitucional no puede haber legislación delegante ni delegada en materia tributaria sustantiva. Luego, sólo pueden ratificarse las delegaciones que cumplan con los requisitos del art. 76 de la CN. El art. 755 del Código Aduanero no cumple tales exigencias y no puede ser objeto de ratificación. Y menos de ratificación genérica.

II.5.- LA CREACIÓN DE TRIBUTOS CON BASE EN LA EMERGENCIA.

Tampoco se puede invocar para permitir la delegación en materia tributaria la emergencia. En primer lugar, porque las propias normas bajo análisis no lo hacen en forma expresa en su texto. Además, porque no se encuentra la materia tributaria comprendida en los supuestos de emergencia pública establecidos por la ley que la declara (25.561) ni tampoco en las restantes de prórroga, las que sólo hablan de los derechos de exportación en materia de hidrocarburos –más allá de que sostengo que no se puede estar en emergencia permanente cuando en realidad ya no la hay por haber variado la situación fáctica que la sostenía (tal como lo entendió la CSJN en la causa “Massa Juan c./ PEN” 27/12/06), no hay emergencia real ni la hubo al tiempo de dictar la res. 125/08-En este punto merece también recordarse que, cuando nos referíamos a la posibilidad de una delegación impropia en materia tributaria uno de los requisitos para algunos autores como Corti y Spisso lo era la existencia de emergencia, pero “real”.

Y, por último, la cuestión más importante es que, tampoco la emergencia podría justificar la delegación de facultades legislativas en materia tributaria como tampoco con la excusa de la emergencia podría delegarse la facultad legislativa en materia penal.

II.6.-A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY, LAS RESOLUCIONES MINISTERIALES DICTADAS EN BASE AL ART. 755 DEL CA ESTABLECIENDO DERECHOS DE EXPORTACIÓN, ¿RESULTAN VÁLIDAS CONSTITUCIONALMENTE?

Por lo expuesto, el artículo 755 del Código Aduanero puede cuestionarse por su constitucionalidad en punto al cumplimiento del principio de reserva de ley, tal como lo ha afirmado entre otros, Spisso³³, señalando dicha norma como un claro ejemplo de la trasgresión del principio de legalidad.

Queda claro que la CN prohíbe la delegación en materia tributaria como resulta en el caso la que establece el art. 755 del CA: “gravar” (crear el impuesto); “desgravar” (eximir), es evidente que en la redacción de la norma se trata de la delegación propia que no se permite en materia tributaria por el principio de reserva de ley. Por otra parte, al establecer las finalidades por las que se puede utilizar esta delegación (me refiero a la prohibida), tampoco se encuadra en un supuesto de delegación impropia permitida –recordemos la cita a Corti- por ejemplo no hay banda con máximo y mínimo para la tarifa, ni hay plazo. Sólo menciona fines y no establece bases. Fines que, -merece destacarse-, tampoco son los que en forma real –más allá de lo que se pretenda invocar- persiguen las resoluciones que establecen las retenciones bajo análisis. Los fines mencionados en el art. 755 CA son los que caracterizan a los derechos de

³² Todo según desarrolla DAMARCO, Jorge, La caducidad de las delegaciones, op. cit., pág. 3.

³³ SPISSO, Rodolfo, Derecho Constitucional op. cit., pág. 273.

exportación pero que no se dan en el caso de las resoluciones dictadas -y de la vigente- donde lo que prevalece, en forma real, es el fin recaudatorio y, en ese caso, tal como lo desarrolló Jarach, significa que no se cumple el fin protector del derecho de exportación.

Considero que también caben dos aclaraciones más: no podría ser una pauta o base la indicación contenida en el art. 755 inc. e) referida a “atender a las necesidades de las finanzas públicas”³⁴ por ser amplia e imprecisa y en segundo lugar, la propia exposición de motivos de la ley 22.415, al referirse al art. 755, establece la necesidad de que el mismo sea complementado con las “leyes” que fueran aplicables, seguramente para establecer el régimen de base que no existe.

En efecto, no hay patrón o criterio claro en palabras de la CSJN; no cumple con la regla del “principio inteligible”. El art. 755 del CA delega directamente el poder de hacer la ley. No hay “habilitación permitida”.

La respuesta al acápite resulta negativa conforme se fundamentará: Los derechos de exportación son impuestos. Luego, deben respetar -entre otros-, el límite del principio constitucional de reserva de ley en materia tributaria, (arts. 4º, 9º, 17, 19, 52, 75 incs. 1, 76 y 99 CN).

1- Las resoluciones 125/08 –limitada en su vigencia- y 182/08 –vigente-, han sido dictadas en base al art. 755 del CA.

2- El art. 755 del CA ha devenido en inconstitucional por apartarse de las exigencias del principio de reserva de ley en materia tributaria, arts. 76; 99 in. 3).

3- El art. 755 del CA es anterior a la reforma de 1.994. Resulta entonces analizarlo conforme la cláusula transitoria octava de la CN. Sin embargo, es una norma delegante y no delegada. Por ello, a mi juicio, no encuadra en los términos de dicha cláusula. Ahora bien, en el caso –entiendo forzado y que escapa la letra de la CN- de tomarse como un supuesto único de legislación delegada / delegante y analizar su vigencia en base a dicha cláusula. Puede advertirse que se encuentra fuera de los supuestos o materias de administración que ratifican las leyes ratificatorias genéricas 25.148, 25.645, 25.918, 26.135 y la última dictada 26.519 –reitero en este punto la tesis de Damarco y lo comentado respecto al proyecto originario de nueva prórroga en la ratificación – La materia tributaria no puede ser objeto de ratificación por ninguna ley. Tampoco se encuadra dentro del supuesto de legislación delegada dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1.994 que prevé la ley 25.148 ratificatoria por ser delegante (no debe forzarse la letra de la CN primera regla de interpretación CSJN Fallos: 308:1745;312:1098;313:254). Por ello tampoco -como pretendió el gobierno nacional instalar en la sociedad- se legitima el cobro de un impuesto por una resolución ministerial como el caso de las retenciones por las leyes ratificatorias, de la legislación delegada preexistente.

4- El art. 755 del CA no cumple con las exigencias en materia de delegación tributaria impropia. Establece una delegación propia prohibida constitucionalmente. En efecto, a) no hay política legislativa fijada en forma expresa y precisa puesto que no establece el límite dentro del cual puede el PEN fijar la alícuota del derecho de exportación (conf. CSJN “Selcro SA” 2.003), tal exigencia no se purga por la mención de fines los que además son muy amplios e imprecisos; b) delega la facultad de “gravar” –esto es crear el impuesto-; “desgravar” –establecer exenciones- y “modificar” también referido al campo de la imposición reservado al Congreso en forma absoluta. Puede advertirse que se aparta de una delegación impropia permitida y que el art. 755 CA constituye una delegación propia de materia sustantiva tributaria totalmente prohibida por la CN; c) no fija un plazo cierto para el ejercicio de la facultad por el PEN; d) como se desarrolla en el punto que sigue tampoco la normativa dictada como consecuencia de la delegación de este art. 755 cumple con las exigencias constitucionales del debido control. Al prever una delegación propia en materia tributaria resulta inconstitucional. Delega en el PEN la facultad de hacer la ley tributaria.

5- Sin que implique legitimar la delegación, la facultad delegada en el art. 755 del CA al PEN no fue

³⁴ Para un mayor análisis de este punto se recomienda: CASAS, José Osvaldo, El principio de legalidad tributaria: decretos leyes, reglamentos y reglas generales administrativa, en PET 8/08/08, pág. 6.

ejercida vía decreto sino por subdelegación y ejercida por resoluciones ministeriales 125/07 -limitada en su vigencia- y 182/08 vigente. Esto indica la incompetencia material del órgano para dictarlas ³⁵ que las torna nulas y la violación al debido control de las facultades delegadas dispuesto por el art. 100 inc. 12) de la CN derivada de la subdelegación. Nulidad que no puede subsanarse por decretos posteriores del PEN –caso del 904/08- (conforme art. 14 ley 19.549). Es el decreto delegado con refrendo ministerial y el control de legalidad de la Comisión Bicameral Permanente la exigencia que establece la CN. Más allá de la invalidez por la subdelegación también se aparta de la exigencia del art. 103 de la CN al exceder el régimen económico y administrativo de su respectivo departamento.

6- La resolución 125/08 –actualmente limitada en su vigencia y la 182/08 vigente, son nulas de nulidad absoluta e insanable por violación a la CN, nulidad que tampoco puede subsanarse por ley posterior como pretendió el proyecto originario de ratificación (art. 5º) de la delegación legislativa presentado en julio del 2.009.

III.-LOS TRIBUTOS AL GAS ESTABLECIDOS SIN LEY.

Las figuras que se desarrollan en dos puntos a continuación están referidas a los importes que como cargos u otros conceptos se perciben en las boletas del gas de algunos usuarios.

III.1.- El “cargo específico” para el desarrollo de obras de infraestructura energética previstos en la ley 26.095 ³⁶.

Tal cargo fue oportunamente cuestionado ante la Justicia por varios usuarios industriales argumentando que ostentaban o bien naturaleza tributaria y por ello, la delegación efectuada para la fijación del *quantum* sin límites precisos resultaba prohibida constitucionalmente. O bien, argumentando que ostentaba naturaleza tarifaria y por ello, se habría incumplido con el requisito de la audiencia pública para el referido aumento. Sin embargo, la jurisprudencia –en segunda instancia, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III en “Cerámica Cregar SA c/ Estado Nacional s/ Amparo”³⁷ (24/10/08)- los ha admitido con basamento en que: “Los legisladores que finalmente votaron el proyecto de ley sancionado bajo el número 26.095, precisaron que los denominados “cargos específicos” participan de la misma naturaleza que las tarifas retributivas del servicio público, aunque estrictamente no constituyen parte de ellas pues son facturadas y percibidas por los concesionarios (...)”. En efecto, reconocen un híbrido que no ostenta naturaleza tributaria ni constituye un elemento de la tarifa, para tal conclusión citan los debates parlamentarios de la ley. Asimismo, también los admitió la misma Cámara, Sala I (08/07/2008) en “INTA S.A v. Estado Nacional -Ministerio de Planificación en base a lo expuesto en el debate parlamentario.”³⁸

³⁵ Situación que no se purga por la invocación de normas que pretenden justificar la subdelegación. Las que ya han sido objeto de análisis en el presente y advertida además su derogación.

³⁶ Tal ley dispone: Facultar al Poder Ejecutivo Nacional "...a fijar el valor de los cargos específicos y a ajustarlos, en la medida que resulten necesarios, a fin de atender el repago de las inversiones y cualquier otra erogación que se devengue con motivo de la ejecución de las obras..." (art. 4), "...a determinar la asignación de los cargos específicos (...) entre los distintos fondos fiduciarios constituidos o a constituirse para llevar a cabo las obras de infraestructura..." (art. 5) y a "...exceptuar (de su pago) a las categorías de pequeños usuarios..." (art. 9 párr. 2º).

³⁷ En dicho orden de ideas, el art. 52, incs. e) y f) de la ley 24.076, faculta al Ente Nacional Regulador del Gas para establecer las bases para el cálculo de las tarifas, que deben conformarse al principio general de ser "justas y razonables" y decidir su aprobación. Como regla, en materia de servicios públicos todas las inversiones prudentemente realizadas para mantener y expandir la capacidad de prestación ya instalada son costeadas por los usuarios mediante las tarifas; sin embargo, tal como se explicó durante el debate parlamentario, en el caso particular los actuales concesionarios del servicio de transporte de energía no están obligados a reinvertir el excedente de rentabilidad resultante de mayores tarifas en obras de ampliación, que no se comprometieron a realizar en sus respectivos contratos. Debido a esta peculiaridad del sistema de licencias y concesiones para el transporte de energía, el incremento liso y llano de las tarifas no se hubiera traducido en mayores inversiones en capacidad de transporte, por lo que el sistema de "cargos específicos", no aparece como una decisión de política legislativa irrazonable (en este sentido, Sala V, voto del Dr. Jorge Alemany, "Productos y Servicios Industriales S.A. c/ E.N.-L 26095-Mº Economía-Resol 2008/06-Resol 3689/07 ENGS s/ amparo ley 16.986, del 28/9/07; esta Sala, "INSUGRA S.A. c/ EN-ley 26095-Dto.1216/06-Mº Planificación Res 2008/06 y/o y otros s/ amparo ley 16.986" y "Ghilardini Sergio María c/ EN-Dto.1216/06-Mº Planificación y otro s/ amparo ley 16.986", ambos, del 26/6/08)."

³⁸ "se decidió políticamente "constituir cargos específicos (que se abonan junto con la tarifa pero no forman parte de ella) e ingresan a un fideico-

Justamente, del debate parlamentario puede concluirse que al crear esta figura –tal como se desprende de algunas de las explicaciones que surgen de los legisladores que apoyaban el proyecto– se forzó la verdadera naturaleza jurídica del instituto para evitar que el mismo se vea limitado por los principios constitucionales de la tributación si, se reconoce su naturaleza tributaria y también se lo excluyó de la posibilidad de ser tarifa para que las limitaciones que al respecto establece la ley 24.076 del marco regulatorio del gas y la CN no limite su aplicación.

Pese a los forzados argumentos de algunos legisladores y también como citamos de fallos judiciales, no cabe duda que se trata de un verdadero tributo, un nuevo ingreso impuesto coactivamente por el Estado ejerciendo su poder de imperio, se encuadra en el art. 4º de la CN “contribuciones”. Luego se podrá dilucidar al respecto sobre su especie³⁹, si bien parece estar más cerca de una contribución especial. Al ser un tributo la ley que lo establece luce inconstitucional puesto que delega en el PEN sin límite alguno o banda de mínimos y máximos la determinación de la alícuota, facultad que, a su vez el PEN puede delegar en el Ministerio. El mencionado cargo específico que establece resulta violatorio del principio de reserva de ley en materia tributaria puesto que ni siquiera respeta las condiciones mínimas de una posible delegación impropia (todo conforme CSJN “Vidio Club Dreams”, “Selcro”, entre muchos otros y arts. 4, 17, 19, 52, 75, 76 y 99 inc. 3), olvidando que la materia tributaria está expresamente reservada al Congreso y violando así también la división de poderes (art. 1º CN).

Respecto de este cargo, considero que, si bien está establecido por una ley, en ella delega en el P.E.N. uno de los elementos sustanciales del tributo, a su total arbitrio – el cuantitativo – y eso es lo que no puede hacer por la vigencia de la reserva de ley en esta materia.

III.2.- Otro supuesto a analizar es el “cargo” creado por el Decreto del PEN n° 2067/08 (B.O. 3/12/08) que implicó un irrazonable aumento a partir del 2.009 en ciertas boletas por el servicio de gas a algunos usuarios residenciales actuando como agente de percepción del mismo las prestadoras del servicio.

El mencionado Decreto crea cargos tarifarios a pagar por los usuarios de los servicios regulados de transporte y/o distribución, por los sujetos consumidores de gas que reciben directamente el gas de las productoras sin hacer uso de los sistemas de transporte o distribución de gas natural y, por las empresas que procesen gas natural (art. 2º). Aclarando en el art. 1º que, tales cargos se establecen como recursos destinados al Fondo Fiduciario para atender a las importaciones de gas natural para asegurar el abastecimiento interno.

Por el artículo 6º el PEN faculta al Ministerio de Planificación Federal, Inversión pública y Servicios

miso no afectado por los riesgos crediticios de la transportista afectada por la renegociación, para garantizar que se dediquen íntegros a solventar las obras para ampliar la capacidad de los gasoductos”.

En base a ello, tras enfatizar que “en los cargos específicos sólo se contempla la financiación de las obras de expansión” y que, por ello, son “cargos con asignación específica”, destacó que “estamos en presencia de un instituto distinto a la tarifa y al tributo y que, si bien comulga con características de ambos, no es ni lo uno ni lo otro, gozando de un estatus y naturaleza jurídica propia” estando en esa inteligencia “sometidos a un régimen jurídico propio, autónomo y deben ser interpretados en armonía con la situación de emergencia reconocida por la ley 25561 Ver Texto y sus sucesivas prórrogas”.

Si bien el monto de las tarifas que por los servicios que prestan continuarán percibiendo los actuales concesionarios en los términos de lo establecido en la ley 24076, seguirá siendo fijado, ajustado y modificado por el ENARGAS (conf. arts. 52, inc. f Ver Texto , 41 Ver Texto y 46 Ver Texto , respectivamente), de conformidad a lo previsto en la ley 26095 Ver Texto la facultad, no sólo de fijar, sino también la de ajustar -en la medida de lo necesario, a fin de atender el repago de las inversiones y cualquier otra erogación que se devengue con motivo de la ejecución de las obras de expansión a que están destinados- el importe de los cargos específicos que ella creara como aporte a los fideicomisos a constituirse para la ejecución de las obras de expansión, ha sido conferida al Poder Ejecutivo (art. 4 Ver Texto), el que la delegó a favor del MPFIPyS (art. 4 Ver Texto , decreto 1216/2006).

En tanto en el marco de la ley 24076 Ver Texto los actuales concesionarios no pueden aplicar tarifas diferenciadas -salvo con sustento en los distinguos que aprobase el ENARGAS- (art. 43 Ver Texto), la ley 26095 facultó al Poder Ejecutivo a exceptuar del pago de los cargos específicos a la categoría de “pequeños usuarios” (art. 9 Ver Texto , párr. 2º), en la que la resolución (MPFIPyS) 2008/2006 consideró comprendidos a los residenciales, usuario GNC y categoría general P sub-categorías SGP1 y SGP2 (art. 2).

³⁹ Al respecto se recomienda la lectura de Oklander; Juan “Cargos específicos para mejorar la estructura energética, PET, 2006 (mayo-349), 1 y Pico Terrero, “Cargos específicos para obras energéticas de gas y electricidad”, Revista de Tributación AAEF, n° 14 p. 9.

con la asistencia técnica de la Secretaría de energía y del ENARGAS a “fijar el valor de los cargos y a ajustarlos” en lo necesario para el pago de las importaciones de gas natural. Asimismo por el art. 7° lo faculta al susodicho Ministerio a exceptuar a las categorías de usuarios respecto del mencionado pago.

Al respecto para su dictado invoca entre otras la ley de emergencia 25.561 en sus arts. 1° y 9° y la ley de hidrocarburos 17.319 entre otras.

Considero que el cargo exigido por el mencionado decreto luce inconstitucional.

Fundamento lo afirmado en la naturaleza tributaria que ostenta el mismo, más allá del *nomen iuris* que se le asigne.

En efecto, nuevamente se reitera que, las cosas son conforme a su verdadera naturaleza y sustancia más allá de la denominación que se pretenda darles tendientes a eludir la aplicación de sus verdaderos principios y reglas (CSJN Fallos: 21:498; 289:67; 307:30%: entre muchos otros y más recientemente “Apache SA” 2.009).

Esto es así puesto que el llamado “cargo tarifario” nació como todas las obligaciones tributarias por imposición unilateral y coactiva por parte del Estado. Ninguna duda cabe acerca de su naturaleza tributaria, sin entrar luego a dilucidar la especie dentro de dicho género. No le quita tal naturaleza el hecho de que no esté destinado a rentas generales y tenga un destino específico. Puesto que los tributos pueden tener destinos específicos tal como ya lo sostuvo Jarach⁴⁰, por otra parte, hasta están previstos constitucionalmente en el art. 75 inc. 2° de la CN.

Tampoco parecen ser tales “cargos” de naturaleza tarifaria en efecto, como un aumento de tarifa –encubierto- puesto que, en primer lugar no invoca el Decreto ese motivo pero además, tampoco se tiene conocimiento acerca de una solicitud de aumento de tarifa por parte de distribuidores o transportistas efectuada al ENARGAS, camino a seguir en ese caso conforme al art. 46 de la ley 24.076. De todas maneras si fuera tarifa, también resultaría inconstitucional e ilegítimo el cargo específico puesto que violaría la exigencia de audiencia pública conforme art. 46 de la ley 24.076 y el 42 CN.

Claramente, a mi juicio se trata de un verdadero tributo (art. 4° CN) y, dentro de este género de un impuesto con un destino específico, establecido nada menos que por un Decreto Reglamentario del PEN invocando para su dictado el art. 99 inc. 1 y 2 de la CN. Lo que constituye un verdadero atropello al régimen republicano, a la propiedad y al régimen constitucional todo. Instituye un despojo.

De las leyes que invoca, 17.319 (ley nacional de hidrocarburos) y 24.076 (marco regulatorio del gas) ninguna de ellas faculta el establecimiento de tal importe tributario –lo que por otra parte tampoco podrían hacerlo en estos términos-. También hace invocación a la ley de emergencia 25.561 sin embargo, dicha norma tampoco permite sortear el cumplimiento del principio de reserva de ley en las materias expresamente reservadas por la CN como son la tributaria y la penal (arts. 76 y 99 inc. 3° CN). ¿O acaso podría pensarse como válida la posibilidad de establecer delitos por Decreto mediando emergencia?. La Constitución reformada tampoco lo permite, al igual que en materia tributaria.

El cargo tarifario (así llamado de naturaleza tributaria) resulta inconstitucional por violar el principio de reserva de ley (arts. 1°, 4; 17; 19; 52; 75; 76 y 99 inc. 3° de la CN).

Definitivamente, el decreto crea un tributo al que bautiza como “cargo tarifario”, lo que sólo puede hacerse por ley, y el PEN como un verdadero “Príncipe” frente a “súbditos” además, deja en manos del Sr. Ministro el fijar el valor de los mismos y lo faculta a establecer exenciones, manifestándose “todopoderosa” la voluntad del “príncipe” más allá de lo permitido por la Constitución Nacional como si su sola palabra bastara para legitimar lo ilegítimo. Y, por si esto fuera poco en el art. 6° cuando regula la facultad del Ministerio para fijar el valor de los cargos también le permite “ajustarlos” –lo que está prohibido por la misma ley de emergencia que invoca !!!!-. Por otra parte, también su contenido resulta inconstitucional por violar la razonabilidad (art. 1° y 28 CN) dada la magnitud de tales cargos tarifarios.

Dado lo expuesto, el Decreto es inconstitucional (arts. 1°, 4°, 17, 19, 52, 75 inc. 1 y 2, 76, 99 inc. 3°,

⁴⁰ Jarach, Dino, Finanza Públicas y derecho Tributario, 3ª. Edición, Abeledo Perrot, 2.004, p. 84 y 250.

100 inc. 12 y 103 CN) y las resoluciones que en consecuencia del mismo dicte el ENARGAS resultan nulas de nulidad absoluta e insanable por oponerse a la CN conforme lo dispone el art. 14 de la ley 19.549 y el organismo debe revocarlo por lo dispuesto en el art. 17 de dicha ley.

Además de crear un verdadero impuesto en cabeza de los usuarios del gas –consumidores de gas, sujetos pasivos- contrariando garantías constitucionales ya mencionadas, también afecta la protección constitucional establecida en el art. 42 de la CN puesto que, los usuarios han sido engañados por el Estado –al establecerlos por medios normativos inadecuados para generar confusión que evite la discusión en el pago- acerca del verdadero carácter del “cargo tarifario” y, por ende, no han tenido una información adecuada y veraz lo que resulta también violatorio del art. 42 de la CN y del principio de buena fe que gobierna los actos del Estado. En efecto, el PEN instituyó esta figura como atípica-que no es tarifa ni impuesto entonces basta para crearlo un decreto- al sólo efecto de escapar a los límites constitucionales de la imposición y burlar de este modo las garantías constitucionales de los ciudadanos usuarios. Bajo el ropaje de algo atípico que no existe en el mundo jurídico, instituye un impuesto sin ley.

Frente a este Decreto comenzaron a escucharse las voces de un pueblo ⁴¹ que clama por garantizar la “representación” en el establecimiento de un impuesto, haciendo así de la historia un diagrama circular al reiterarse aquel hecho acaecido en 1.215 en el que, los barones ingleses se rebelaron frente a lo que consideraron un capricho del Príncipe (el rey Juan Sin Tierra) –el establecimiento de un impuesto injusto a su antojo- y clamaron por la autoimposición generando el pleno reconocimiento del “*no taxation without representation*”, y por ende, del principio de reserva de ley en materia tributaria.

Quizá, cabría también otra reflexión y juicio acerca de la constitución de estos fideicomisos por parte de Estado para recaudar con diferentes finalidades puesto que en definitiva no hacen más que crear confusión a sus destinatarios y que, al constituir presupuestos paralelos son, además de inconstitucionales, violatorios de las leyes de administración financiera y de inversión pública, y fomentan la discrecionalidad y la corrupción ⁴².

Cabe mencionar en este punto la importancia de lo resuelto por la Justicia Federal de Rosario, en “Unión de Usuarios y Consumidores c/ PEN y/o ENARGAS s/ Amparo” el 24/09/09 en el que más allá de hacer lugar al amparo y declarar la inconstitucionalidad del decreto 2067/08 del PEN y otras normas complementarias lo hace con invocación de la causa “Halabi” CSJN 2009 en materia tributaria para reconocer legitimación activa a la accionante. Más allá de este comentario por la implicancia también fue declarado inconstitucional en “Cruz J.F. c/ Estado Nacional y otros s/ Amparo” Justicia Federal de Río Gallegos, 9/09/09, y en otros decisorios a lo largo del país como también suspendido cautelarmente en varios otros.

IV.- CONSIDERACIONES FINALES

Solamente a través del sistema de división de Poderes que establece la República (art. 1º CN) se podrá asegurar “la paz interior” (Preámbulo y “paz social” en la terminología de la CSJN “Massa”).

Respetar el principio de legalidad o reserva de ley en materia tributaria no es otra cosa que respetar el principio “representativo” de gobierno (art. 1º de la CN), es no violentar la voluntad del pueblo de autoimposición y no dejar en manos del Príncipe el derecho de propiedad. Por ello puede concluirse que la resolución ministerial vigente que establece los derechos de exportación es inconstitucional -más todavía luego del propio reconocimiento por parte del PEN (actos propios) -. Está prohibido el establecimiento de un impuesto sin ley, es un despojo.

El Congreso es el único poder del Estado investido de la atribución para el establecimiento de los tributos que considere conveniente (CSJN Fallos: 155:290; 248:482; 303:245; 312:912; 316:2329; 319:3400 y recientemente “Candy” 2.009). Esto obedece al debido respeto al Poder Judicial como órga-

⁴¹ Nuevamente ver diario “La Capital” de Rosario, 29/07/09, p. 15.

⁴² Tal como lo sostiene Oklander, Juan, ya citado en nota 9, citando a García Belsunce en La Nación sección “carta de lectores” 11/5/06.

no del Estado, a la confianza en la institución de la justicia y al sistema republicano. Al respecto merece citarse el voto del Ministro Zaffaroni en la causa "Llámenos SA", CSJN 2007, en el considerando 13 –reiterado en la disidencia de los Ministros Zaffaroni y Fayt en CSJN "Gualtieri SA c/AFIP" 2008, considerando 9- que al referirse a la facultad de establecer tributos, sostiene: "Que no se trata de cualquier acto de gobierno, sino nada menos que de la percepción de los tributos por el Fisco, materia que, con la Carta Magna, está vinculada a los remotos orígenes del constitucionalismo y que ha sido objeto de discusiones -y de las más reñidas- en nuestras asambleas constituyentes. Es deber de esta Corte, por ende, dada su específica función constitucional, velar muy especialmente por las garantías de los ciudadanos en esta materia".

No puede tolerarse en un estado de derecho, representativo y republicano la existencia de tributos sin ley, los ejemplos desarrollados en la presente ponencia son más que ilustrativos de la gravedad de la situación.

EL SISTEMA ACUSATORIO EN EL PROCESO PENAL.
**EL ACUSATORIO EN LA FASE DE EJECUCIÓN. POTENCIALIDADES EN
 TORNO AL NUEVO ART. 105 DEL RITUAL PENAL BONAERENSE**

DR. JUAN FERNANDO GOUVERT
 COLEGIO DE ABOGADOS DE MERCEDES

CONCLUSIÓN QUE SE PROPONE:

La prudente realización de una audiencia oral estipulada por el art. 105 para que las partes expongan sus alegaciones previo a la resolución de los principales benéficos liberatorios, acentuará el carácter acusatorio en la ejecución penal, promoviendo eficazmente la inmediación y contradictorio, actualmente menguadas, en esta fase final del proceso penal efectivo control jurisdiccional

“EL ACUSATORIO EN LA FASE DE EJECUCIÓN. POTENCIALIDADES EN TORNO AL NUEVO ART. 105 DEL RITUAL PENAL BONAERENSE.”.

1-INTRODUCCIÓN:

Con el advenimiento de la ley 11.922 se implemento el sistema de enjuiciamiento penal que nuestra Constitución Nacional, pactos internacionales incluidos a través de su inc. 75 inc.22, manda para nuestro Estado de Derecho: el acusatorio¹.

Al principio, la radical separación de las funciones de investigación y juzgamiento se plasmó, ya que desde principios del año 1997 el Juez dejó de instruir - hoy tarea de los fiscales- y fundamentalmente, quien acusa en el debate oral es un órgano distinto e independiente de quien en dilucidara la responsabilidad penal del ciudadano.

Posteriormente sucesivas reformas legales intentaron profundizar el modelo acusatorio, especialmente su faceta oral y adversarial, en la etapa de Juicio y algunos aspectos de la instrucción vgr. ley 13.449 que introdujo el art. 168 bis como forma de discutir en una audición oral la imposición o mantenimiento de una medida de coerción, ley 13811 de Oralización del tramite de la flagrancia, etc.

Bien lo explicita el Dr. Brocca: “En la Provincia de Buenos Aires, se cambió del modelo inquisitivo que traía la ley 3589, por un modelo muy semejante al acusatorio, aunque no puro.¹⁴ No obstante desde este punto de vista el modelo es respetuoso de las principales garantías que el acusatorio pretende salvaguardar, existiendo una parte acusadora, una defensa con más posibilidades de desempeño, un juez

¹ En este sentido se expresa *Adrián Norberto Martín* A nivel de nacional, la interpretación constitucional de la doctrina más reconocida indica que el sistema de enjuiciamiento es el acusatorio. Las opiniones más autorizadas varían en la gradación de ello, pero podemos, sin embargo, pensar en un marco mínimo: el momento del debate en el tribunal de mérito. El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (CPPMI) que, algunos países de la región, e inclusive algunas provincias argentinas, han adoptado desde los inicios de los '90 como base de sus reformas procesales, contiene una etapa principal constituida por el juicio oral, precedida por dos anteriores: una preparatoria a cargo del Ministerio Público Fiscal, y una intermedia que comienza con un requerimiento fiscal es sometido a un control jurisdiccional que, en caso de acusación, puede concluir en el auto de apertura del juicio. De tal manera este código, alineado en un sistema de enjuiciamiento acusatorio, no permite realizar un juicio sin requerimiento hecho por una persona distinta a la que juzgará. Es decir, que la acusación es el acto fundado y formal, formulado por el fiscal, que determina el objeto del juicio, lo califica jurídicamente y por lo tanto lo somete a un control jurisdiccional. Coincido entonces en que el sistema de enjuiciamiento constitucionalmente obligatorio es el acusatorio, y ello es así en razón de las claras líneas directrices que marcan los instrumentos internacionales protectores de Derechos Humanos incorporados a la carta constitucional en 1994. (Martín, Adrián Norberto; “La determinación judicial de la pena en la legislación sancionatoria aplicable en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (faltas, contravenciones y delitos). Implicancias de un sistema acusatorio de enjuiciamiento. Rol del fiscal, del juez y punto de ingreso en la escala”, disponible de <http://www.pensamientopenal.com.ar/43martin.doc>)

de garantías que controla al validez de los actos propios de la etapa preliminar y finalmente un juez tercero imparcial que deberá resolver y sin facultades impulsorias. Empero, la oralidad declamada al principio de la reforma es parcial, reservada sólo para la etapa del debate, y para algunas pocas audiencias expresamente previstas. Y sin embargo pese a esta oralidad disminuida, nadie podría acusar al régimen procesal vigente de ser enteramente inquisitivo, al menos en su etapa de juicio. En atención a esta realidad, y a la imposibilidad de acelerar y desformalizar la investigación preliminar, se está tratando actualmente de implementar más oralidad, fortaleciendo el plan que así lo establece para los casos de flagrancia.”²

En el marco trazado, de la mano de la herramienta legal introducida por la ley 13943 al Ritual Punitivo Bonaerense, nos ocuparemos de reflexionar sobre como poder optimizar el sistema acusatorio en la etapa de ejecución de la pena, intentando un enfoque practico que sea útil al abogado litigante.

Para ello, haremos una reseñaremos las características del sistema acusatorio, las potencialidades del reformado art. 105, para concluir en propuestas sobre una eventual implementaición de la oralidad en la tan conflictiva y poco explorada fase de la ejecución de la pena.

2-BREVES NOTAS DEL SISTEMA ACUSATORIO: SU POCO IMPACTO EN LA EJECUCIÓN PENAL:

2.A-EL PRINCIPIO ACUSATORIO:

Las características de un sistema acusatorio pueden ser pensadas con precisión expositiva por la construcción realizada por Ferrajoli de lo que ha denominado una “epistemología garantista”³.

En tal sentido, afirma que “la separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás, ... comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación -con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición *ne procedat iudex ex officio*- ... La garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (*terzieta*) del juez respecto a las partes de la causa, que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un prepuesto de la *carga de la imputación de la prueba*, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio⁴.

En el mismo orden Herbel sintéticamente: “El sistema acusatorio se caracteriza por definir con claridad los roles específicos de cada parte: el defensor debe proteger los intereses del imputado, el fiscal procurar una política de persecución penal eficaz y los jueces, dirimir los conflictos que no puedan ser resueltos por las partes”⁵.

Por su parte, Maier caracteriza al acusatorio, señalando que la jurisdicción penal reside en tribunales populares, la persecución penal se coloca en manos de una persona física, particular o popular, el acusado es un sujeto de derechos que se encuentra en posición de igualdad con su acusador, y tiene derecho a resistir la imputación. El procedimiento es básicamente público, oral, continuo y contradictorio, imperando el sistema de valoración de las pruebas según las íntimas convicciones⁶.

² Brocca, Marcelo; “el modelo acusatorio no implica necesariamente oralidad o a la inversa no todo lo oral es acusatorio (verdades de perogrullo), consultado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/21122009/doctrina06.pdf>

³ Ferrajoli, Luigi; “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”; ed Trotta, 2ª ed., 1997, traducida al español por Perfecto Andrés Ibáñez y otros

⁴ Conf. Martín, ob. cit.

⁵ Herbel, G. A.: “Crisis y sistema acusatorio”, en Política Criminal Bonaerense, Revista del INECIP Provincia de Buenos Aires, número 1, diciembre de 2005, pág. 81.

⁶ Maier, J. B.: “Derecho Procesal Penal”, tomo I, Editores del Puerto, 1999, pág. 444 y sgts.

En este sentido apunta Brocca “En punto al modelo acusatorio, es sumamente interesante lo planteado por Alliaud, en cuanto a que: “La lógica de la resolución de conflictos en forma triádica surge, a través de todas las culturas, siempre que el sentido común indica la necesidad de acudir a un tercero para lograr resolver el conflicto”.⁶ A partir de esa plataforma, que conecta al modelo simplemente con la razón humana y su necesidad del

Así pues, el sistema acusatorio, a través de la división de roles en tres partes –acusador, defensa, juzgador-, atiende de modo eficaz a la garantía de la defensa en juicio porque a las partes enfrentadas entre sí –acusación y defensa- son puestas en un pie de igualdad, con igualdad de armas como se dice habitualmente, y frente a un tercero que absolutamente imparcial y ajeno al mismo, así como a las pretensiones de las partes, resuelve en base a lo que aquellas le presentan y requieren.⁷

Va de suyo que tal igualdad entre partes debe ser real y operativa, posibilitando a la defensa tener amplias y reales chances de controvertir la prueba que vaya incorporando la acusación y presentar la propia que haga al descargo o al mejoramiento de la situación procesal del imputado. El tratarse de un proceso adversarial y contradictorio, pretende tornar operativa la garantía de la igualdad entre las partes, y todo ello, tendiente a efectivizar la garantía englobadora de la defensa en juicio.

2.B-LA EJECUCIÓN PENAL Y LA SOMBRA DEL ACUSATORIO .

Tal vez sea en la fase de ejecución penal⁸, la gran olvidada – o por lo menos no recordada debidamente- y con menos impacto del sistema acusatorio.

Bien cierto es que la creación misma del Juez de ejecución fue un paso fundamental para judicializar el purgamiento de la pena⁹, pero no lo es menos que, por la dinámica de su procedimiento, los principios de contradicción y de igualdad de armas están, de alguna forma, menguados.

Asimismo, la preeminente - diría exclusiva-intervención de Órganos ajenos al Poder Judicial, principalmente del Servicio Penitenciario, en la evaluación del interno desde que ingresa como primero como preso preventivo¹⁰ y luego como penado; sumado también a que la confección de los informes indispensables para conceder casi todos los beneficios liberatorios¹¹ (Ej. *libertas condicional*¹² o asistida, arres-

juez tercero imparcial, lleva la génesis del principio a sostenerlo como un derecho natural, para concluir –y creo que acertadamente- en que el principio acusatorio puede ser considerado hoy en día como un meta principio o meta garantía, que es el que posibilita la operatividad de las demás garantías procesales. (Brocca, ob. cit.)

⁷ Conf. Brocca., ob. cit.

⁸ Así “Esta faceta cúlmine quizás represente la más importante del proceso penal, atento su carácter instrumental en relación al Derecho Penal. No en vano, nuestro recordado maestro Ricardo Núñez destacaba la importancia de la fase ejecutiva dentro del proceso penal, ya que ésta representa el verdadero momento de obrar de la jurisdicción, permitiendo la actuación en concreto del Derecho Penal en busca del reestablecimiento del orden jurídico vulnerado por el delito (La oralización de incidentes de ejecución penal Una experiencia novedosa Luis Raúl Guillaondegui1 <http://www.pensamientopenal.com.ar/31052007/guilla.pdf>)

⁹ Esta fase del proceso ostenta conflictividad es patente por la superpoblación s y el hacinamiento carcelario

¹⁰ No olvidemos que desde el auto de prisión preventiva (art. 157 del CPP) se dispone al imputado en una unidad carcelaria y, detalle no menor, la inmensa mayoría de la población de las cárceles argentinas no tiene sentencia condenatoria firme, siendo su detención meramente cautelar. cárceles argentinas

¹¹ Después una persona es condenada empieza una verdadera puja para recupere cuando antes su libertad ambulatoria, o al menos goce paulatinamente de ella, mediante un catalogo de institutos, entre ellos; la libertad condicional (art. 13 del CP), *libertas asistida* (104 ley 12061), cambio de régimen (art. 119), prisión discontinua y/o semi-detención (art. 122 y cc del 12061), salidas transitorias (art. 156 ley 12061), *habeas corpus* (etc.), *semilibertad*, entre muchos otros

¹² **Es importante destacar que** la concesión de la libertad condicional no es un “beneficio” del reo o una “facultad” del magistrado, sino un derecho del condenado cuando se cumplieron los requisitos legales, en pos de una justa reinserción del ciudadano.

Hago pie en sólidos fallos: “Que el suscripto, sin perjuicio de la postura que se adopte respecto de su naturaleza jurídica, ya sea como una forma de cumplimiento de la pena o como una suspensión de la ejecución de la pena, destaca que existe cierto acuerdo doctrinario **en considerar a la Libertad Condicional como un derecho del condenado, dejando de lado la vieja concepción de acto graciable o discrecional del Estado. Simplemente, ante la concurrencia de las exigencias legales, el condenado tiene el derecho a reclamar su concesión y el órgano jurisdiccional a acordarlo. Y ello, resulta coherente con los Principios Rectores de la Ejecución Penal, representando la Libertad Condicional un derecho de los penados**¹² que han dado muestras de un mejor posicionamiento frente a la pretensión de neutralización de la reincidencia criminal; por lo que, si el objetivo anhelado con la ejecución de la pena privativa de libertad es la Resocialización del interno, que más justo que mitigar sus efectos cuando ella está dando con los resultados perseguidos” (Juzgado de Ejecución Penal nº 1 de San Fernando del Valle de Catamarca, Expte. Nº 171/08 caratuladas “Incidente de libertad condicional del interno Jorge Luis Moreno s/libertad condicional”, 10 de octubre de 2008).

En lo referente a la vinculariedad de los informes del art. 13 del Código Penal el mismo Juez postula: “... es necesario evocar que los informes criminológicos penitenciarios *no son vinculantes* para la autoridad jurisdiccional, cumpliendo simplemente un efecto auxiliar, ilustrativo y orientador.

to domiciliario ¹³) son patrimonio excluyente de las Autoridades Carcelarias – Ej. Institutos de Clasificación, grupo de admisión y seguimiento, Junta de Selección, Psicólogos, asistentes sociales, etc, – y sus conclusiones son, muchas veces, concluyentes para la decisión que tome el Magistrado, aunque no sean estrictamente vinculantes ¹⁴.

Se le aduna la poca o nula presencia de la oralidad, y lo que es más importantes, falta de la intermediación de Juez con el interno dado que casi el única fuente de conocimiento que recibe el Magistrado son los informes carcelarios, mas allá de alguna audiencia de *visu* que pueda disponerse.

Tampoco se verifican, sustanciales componentes del principio contradictorio, ya que, que mas allá de la temporánea presentación de los pedidos y la consecuente impugnación de una resolución adversa, la defensa tiene pocas intervención en esta etapa ya que no se puede oponerse a los informes carcelarios, lo que, reitero, son casi dirimentes para reintegrar al cliente al medio libre.

El panorama trazado hace que se creen las condiciones para que en la toma de decisiones trascendentes para el imputado, en esencia la concesión o no de algún beneficio liberatorio, .pueden presentarse fuertes dosis de arbitrariedad.

En este marco, creemos que la prudente aplicación del nuevo art. 150, en cuanto habilita una audiencia oral para que las partes expongan sus alegaciones previo a la resolución judicial, promoverá en la fase de ejecución de pena un efectivo control jurisdiccional ¹⁵ e intermediación en el procedimiento acentuando el carácter acusatorio en la fase final del proceso penal.

Admitir lo contrario, importaría una vulneración indirecta del Principio de Judicialización Penal señalado, toda vez que, de ser así, la Administración Penitenciaria podría impedir la procedencia de cualquier Derecho de egreso anticipado con sólo pronunciarse desfavorablemente sobre la Conducta y/o el Concepto del penado (Juzgado de Ejecución Penal n° 1 de San Fernando del Valle de Catamarca Expte. N° 207/08 caratulada "Incidente de libertad condicional del penado Castaño Sergio Augusto s/libertad condicional", 03 de octubre de 2008.).

¹³ Sobre la procedencia del arresto domiciliario resultan interesantes algunas conclusiones de un reciente encuentro de Jueces d Ejecución penal:" El principio de legalidad debe ser la línea rectora de la interpretación. De lo cual se deduce que no se pueden añadir requisitos -para establecer la procedencia de la aplicación del instituto- se refiere al arresto domiciliario-que la ley y los tratados no exigen. No se puede usar la peligrosidad como criterio. El principio de legalidad también implica que no puede retrocederse en la aplicación y el reconocimiento de los derechos consagrados desde antes en base a la normativa internacional, de modo que esta reforma sólo puede mejorar las expectativas de los detenidos de acceder al beneficio, y no puede ser interpretada como una fuente de restricciones (CONCLUSIONES. 5.2 Del IV ENCUENTRO NACIONAL DE JUECES DE EJECUCION PENAL Mendoza, 24 de abril de 2009, consultadas en la web www.pensamientopenal.com.ar, sección ejecución penal)

¹⁴ En este punto destaco un reciente y lúcido voto del Dr. Carral en la Casación Provincial:"...resulta oportuno mencionar que los informes criminológicos labrados por la autoridad carcelaria, que dan cuenta del desarrollo y desenvolvimiento intramuros de los reclusos, son apenas simples descripciones acerca de la forma en que ellos se han conducido en prisión, sin resultar, en modo alguno, vinculantes para el tribunal, que deberá juzgarlos a la luz de un análisis integral de sus conductas y características personales, sin verse limitado por las conclusiones que aquellos arrojasen. De no ser así, la decisión de conceder o no la libertad en los términos del artículo 13 del C.P. se hallaría indirectamente en cabeza de la autoridad penitenciaria, interviniendo la jurisdicción como un mero órgano homologador del criterio administrativo, lo cual significaría una inaceptable violación a la división de poderes, consagrada por el principio republicano de gobierno –artículo 1º de la Constitución Nacional- (Cfr. TCPBA, Sala III, c.10.727, Reg. Pcia. n° 37.963, "Usher", 2009; CNCP, Sala II, c.54 "Sanchez", del 12-4-95; Sala III, c.368 bis, "Rosato", del 22-3-96, JA, 980-III-233). Por lo demás, se impone destacar que la interpretación de dicha norma debe conjugarse con la manda prevista en el artículo 104 de la ley 24.660, que dispone que la calificación de concepto del interno servirá de base para la aplicación de la libertad condicional, entre otros institutos (Cfr. TCPBA, Sala III, c.10.727, Reg. Pcia. n° 37.963, "Usher", 2009; CNCP, Sala I, c. 2596, del 17-11-99; Sala II, c. 4572 "C.G.L. s/rec. Cas., del 28-8-03; c. 3165 "Baena", del 25-3-02; Sala IV, c. "Neto", del 15-6-04). (Sala III del Tribunal de Casación Penal, 22/12/09, causa N° 11.338 (Registro de Presidencia N° 39.316) "E., G. C. s/ Recurso de Casación")

¹⁵ Nuestro máximo Tribunal, mediante un paradigmático fallo ha venido a reforzar diferentes aspectos vinculados a la importancia del control jurisdiccional de la ejecución de la pena y la vigencia efectiva de las garantías individuales de las personas privadas de libertad. sosteniendo: "...*Que los postulados de la ciencia del derecho penal actual tendientes a un control total de la ejecución penal por parte de los órganos jurisdiccionales (conf. Roxín, Claus, Derecho Procesal Penal, ed. Del Puerto, 2002, & 57, A y B, pág. 501 y siguientes) han sido plenamente recogidos por nuestro ordenamiento jurídico... Este principio llamado de "judicialización" significó, por un lado, que la ejecución de la pena privativa de la libertad, y consecuentemente, las decisiones que al respecto tomara la autoridad penitenciaria debían quedar sometidas al control judicial permanente, a la par que implicó que numerosas facultades que eran propias de la administración requieran hoy de la actuación originaria del juez de ejecución. Estas modificaciones respondieron fundamentalmente a la necesidad de garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales y los tratados internacionales respecto de los condenados, criterio que no es más que un corolario de aquellos principios que procuran garantizar que "el ingreso a una prisión, en tal calidad (de condenado), no despoje al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la Constitución Nacional... Que, a su vez, este control judicial permanente durante la etapa de ejecución tiene como forzoso consecuente que la vigencia de las garantías constitucionales del proceso penal se extienda hasta su agotamiento.* En efecto, si la toma de decisión por parte de los jueces no se enmar-

En este sentido: “corresponde resaltar la relevancia de la inmediación en el ámbito de la ejecución penal, ya que su operatividad permitirá arribar a resoluciones más justas al evitar la intromisión de factores ajenos a la valoración o la incorporación de informes técnico-criminológicos no ajustados a la realidad, que devienen en la mayoría de los casos puestos en consideración judicial, en decisiones de mérito que vulneran derechos penitenciarios y atentan contra el objetivo primero de las normas de la ejecución penal. La inmediación como principio propio del procedimiento penal, derivado del principio de oralidad, exige que los actos procesales se practiquen en presencia directa del Tribunal de mérito ya que sólo así se podrá obtener un adecuado conocimiento en busca que las probanzas lleguen al ánimo del juzgador “sin sufrir alteración alguna por influjo que sea extraño a su naturaleza”, o sea que, los elementos de convicción lleguen directamente al espíritu del sujeto que ha de valorarlos, sin que se interpongan otras personas, porque éstas pueden tergiversar, falsificar, desdibujar consciente o inconscientemente la verdad, quitando o limitando la eficacia de tales elementos”¹⁶.

Así pues, la realización de una audiencia oral permitirá a las partes – defensor y Fiscal- realizar las consideraciones pertinentes sobre los resultados de los informes y alegar – argumentos y réplicas median- te- sobre la eventual procedencia del beneficio liberatorio impetrado. Al mismo tiempo, se propiciará un marco contradictorio en el que el Juzgador tendrá mejor información para fundar su decisión y, lo que es menos importante, se bajaran los considerables niveles de arbitrariedad y deficiente fundamentación en la toma de resoluciones que reviste esta etapa.

Antes de expedirnos de brindar precisiones sobre la instrumentar la propuesta, haremos unas some- ras gloses sobre la potencialidad del reformado art. 105 que posibilita la oralización de los incidentes en la ejecución penal

3-LA REFORMA DE LA LEY 13943 EN EL ART. 105. SU FUNCIONAMIENTO Y POTENCIALIDAD EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN

Con similar alcance y sentido que la ley 13.811 que profundizó la oralidad en la flagrancia ¹⁷, o el art. 168 bis. que estableció una audiencia preliminar oral al dictado y/o sostenimiento y/o cese de una medida de coerción y/o de seguridad, la ley 13943 agregó un tercer párrafo al art. 105 ¹⁸ por el cual el Juez o Tribunal al tener resolver planteos o peticiones que, por su naturaleza o importancia, tengan que ser debatidos o requieran la producción de pruebas , se podrá convocar a una audiencia para que las partes formulen sus alegatos oralmente, debiéndose adoptar las resoluciones judiciales de la misma forma dentro del término legal correspondiente. En este supuesto “las notificaciones se practicarán en la misma audiencia, donde podrán interponerse los recursos pertinentes. De lo actuado se labrará acta, debiendo además disponerse la filmación o grabación íntegra de la audiencia”.

Como observación preliminar vemos como se avanza en la implantación de una oralidad plena en

ca en un proceso respetuoso de las garantías constitucionales del derecho penal formal y material, la "judicialización" se transforma en un concep- to vacío de contenido, pues el control judicial deja de ser tal...", (CSJN, 09/03/2004, Romero Cacharane, Hugo S/Ejecución Penal.)

¹⁶ GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, "Los principios rectores de la ejecución penal", *Pensamiento Penal y Criminológico*, N° 10, 2005, Mediterránea, Córdoba, pp. 130-133. También disponible en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 12, Agosto 2005, Lexis Nexis, Buenos Aires, pp. 1115-1116.

¹⁷ En especial son de aplicación a la novel reforma los arts. 6,8, 9 y 10 de la ley 13811.

¹⁸ Artículo 105: Resoluciones. Las decisiones del Juez o Tribunal, serán pronunciadas por sentencia, auto o decreto.

Se dictará sentencia para poner término al proceso, después de su íntegra tramitación; auto, para resolver un incidente o artículo del proceso o cuando este Código lo exija; decreto, en los demás casos, o cuando esta forma sea especialmente prescripta.

Cuando el Juez o Tribunal deba resolver planteos o peticiones que, por su naturaleza o importancia, tengan que ser debatidos o requieran la producción de pruebas, se podrá convocar a una audiencia para que las partes formulen sus alegatos oralmente, debiéndose adoptar las resoluciones judiciales de la misma forma dentro del término legal correspondiente. En este supuesto, las notificaciones se practicarán en la misma audiencia, donde podrán interponerse los recursos pertinentes. De lo actuado se labrará acta, debiendo además disponerse la filmación o grabación íntegra de la audiencia

todas las etapas del proceso pena, que siempre entendida a favor de imputado ¹⁹, puede ser una forma de garantizar con mayor amplitud y eficacia el derecho de defensa y las garantías individuales ²⁰.

El nóvel artículo contiene una herramienta jurídica, que usada con prudencia, es idónea para profundizar el acusatorio en la etapa de ejecución de la pena, posibilitar el contradictorio mediante la discusión de las conclusiones de los informes carcelarios, mejorar la calidad y cantidad de información a través de la intermediación y la oralidad, todo ello en pos de brindarle garantizarle al condenado la plena vigencia de sus derechos.

3.A- ALCANCE Y FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO DE LA REFORMA:

Primeramente, al tratarse de una facultad por el órgano jurisdiccional, la audiencia que puede **ser fijada de oficio, lo que no obsta que también sea por pedido del abogado, quedando en este último supuesto a criterio del Juez de Ejecución su efectiva realización**; sin desmedro que las ventajas y beneficios que apareja la medida

Como esta audiencia comprende todas las fases del proceso ²¹, es muy útil para el Juez de Ejecución para atender con intermediación y celeridad hipotéticos planteos de los condenados y en especial robustecer su confección sobre la viabilidad de los pedidos liberatorios ²²

Como adelantamos, esta audiencia debe ser realizada con prudencia, estando reservada para la deliberación de la eventual concesión de los beneficios-derechos- liberatorios más importantes ²³, como son la inclusión del condenado en el régimen de libertad asistida y la condicional (arts. 105 ley 12061 y 13 del CP, respectivamente). Todavía no creemos viable la realización de la medida en los demás beneficios por la saturación de expedientes que padece el fuero y la gran cantidad de recursos materiales – sala de audiencia, humanos, y técnicos – registración del acto- que requiere la oralidad.

En la práctica, la solicitud de la audiencia puede hacerse con el mismo liberatorio o por separado una vez realizado los informes técnicos y antes que pase en vista al Ministerio Público.

¹⁹ En este sentido: "Se avanza hacia un modelo casi pleno de litigación oral, donde el acortamiento de plazos se compensa con la intermediación, contradicción, bilateralidad y concentración tanto en la formulación y como resolución de planteos de las partes – Fiscal Defensor- en pos de ganar transparencia, veracidad y racionalidad del sistema punitivo." "Sin embargo, la oralidad por si misma no es la panacea, sino que debe acompañarse con la eliminación de todas las rémoras inquisitivas de los operadores y un irrestricto respeto de las garantías constitucionales. El sistema acusatorio refleja el plan constitucional para un proceso penal, pero ciertas prácticas inquisitivas aún presentes- Vg. importancia excesiva de la instrucción, ritualidad del expediente escrito, etc.- pueden ensombrecer las ventajas intrínsecas del sistema que se pretende profundizar". (Gouvert, Juan Fernando, "Orientaciones prácticas sobre excarcelación", "Doctrina Judicial", La Ley, sección "Doctrina", Año XXIV, n° 33, Buenos Aires, 13 de agosto de 2008, pag. 991.)

²⁰ En este sentido "Un sistema de oralidad plena provoca indudablemente mejor calidad de la información que transmiten los sujetos procesales y, consecuentemente, mejor calidad de las decisiones que tomen los jueces, permitiendo a los defensores el ejercicio de su tarea en un ámbito mucho más apropiado y con herramientas más adecuadas, generando que el ejercicio profesional se acerque al objetivo que, seguramente, todos los abogados anhelaban cuando eligieron estudiar la -formidable- carrera de Derecho, motivando, a su vez, que los operadores se capaciten permanentemente para mejorar la calidad de sus tareas. e entiende que, luego de haber efectuado el análisis precedente, ha quedado claramente demostrado que instaurar la oralidad en todas las etapas del proceso penal y para todo tipo de investigaciones, garantiza con mayor amplitud y eficacia el derecho de defensa y las garantías individuales. Ello no sólo es posible, sino necesario, para garantizar cabalmente los postulados del debido proceso penal, ya que un sistema en el que sólo se oraliza el debate final, no respeta adecuadamente los derechos humanos (Ariel Ciano, ¿Se puede ejercer debidamente el derecho de defensa sin oralidad plena?, publicado en el Suplemento de derecho penal de www.eldial.com.ar, el 22/10/09)

²¹ Instrucción, Juicio y Ejecución. Por la función, finalidad y funcionamiento, se excluye la ante el Tribunal Revisor, vg. Cámara Penal de Apelaciones y Garantías.

²² Se concluye en una reciente Jornada de Jueces de de Ejecución: "Propiciar la implementación de la oralidad en la etapa de Ejecución, a los efectos de resguardar los principios de intermediación y concentración. Asimismo corresponde reclamar a los Consejos de la Magistratura y a las autoridades pertinentes la implementación de un sistema de videoconferencia en una sala que preserve la confidencialidad de las mismas. (CONCLUSIONES. 5.2 del IV ENCUENTRO NACIONAL DE JUECES DE EJECUCION PENAL Mendoza, 24 de abril de 2009 , consultadas en la web www.pensamientopenal.com.ar, sección ejecución penal)

²³ No hay que perder de vista la voluminosidad de causas que tramitan en la etapa de ejecución y haciendo que nos alcancen los recursos humanos y técnicos del fuero.

Así pues, una vez iniciado el incidente respectivo con el pedido del abogado ²⁴ (Ej. libertad asistida), realizados los informes de rigor y los que la parte haya ofrecido, se realizaría la audiencia para discutir, en forma oral, en intermediación, y con plena vigencia del contradictorio, la conclusiones de los conformes Penitenciarios y cada parte alegará – con la correspondiente réplica de la otra- sobre los argumentos de su pretensión – Ej. concesión del beneficio-, teniendo el Juez cinco días para resolver (art. 498 del CP).

Va de suyo con la realización de esta audiencia, el Ministerio Público contestaría en forma oral la Vista que estipula el art. 498 del CPP, sin perjuicio que puede presentarla antes por escrito y verbalizarla en el acto de la audiencia.

Segundo, el presupuesto objetivo son las peticiones que tengan que ser debatidas o requieran la producción de pruebas y beneficios liberatorios de libertad asistida y condicional requieren ambas ya que: 1- por la importancia y garantías involucradas merecen debatirse ampliamente y 2- necesitan la producción de pruebas, más allá de los informes legales requeridos Vg. informe ambiental o socioeconómico, peritajes médicos o psicológicos (arts. 512 inc. 3), oficios – para ratificar las posibilidades laborales del condenado en el medio libre-, etc.

En el caso que el abogado solicita realización de la audiencia es recomendable que acreditar los extremos requeridos para su realización Vg. invocando y/o demostrando la necesidad de debatir la cuestión u ofreciendo prueba útil y conducente para dilucidar el asunto.

Tercero, lo que se oraliza son los “alegatos” ²⁵-entendido en sentido genérico como exposición oral de los argumentos que fundamenta el pedido realizado-, y no el pedido en sí mismo, que deberá introducirse en forma escrita al proceso – Ej. pedido de libertad asistida o condicional, salidas transitorias, etc.,-

Va de suyo que en la audiencia sólo se efectiviza el resumen oral de la “petición”, la eventual producción de la prueba que le da sustento al planteo, de considerarla admisible el Juzgador, se realizaría con anterioridad a la audiencia.

Cuarto, la audiencia será orales serán públicas y contradictorias y pivotarán sobre los principios de intermediación, bilateralidad, continuidad y concentración ²⁶, siendo aplicables en lo pertinente a su desarrollo y funcionamiento los arts. 168 bis. y 6,8,9 y 10 de la ley 13811. Empero, como el objeto procesal de la audiencia versará en tener en resolver planteos o peticiones ya formulados, no se podrá someter a decisión jurisdiccional cuestiones diferentes a las que pudieran haber motivado su designación.²⁷

Quinto, la resoluciones judiciales se adoptarán también en forma oral dentro del término legal correspondiente a la cuestión a resolver ²⁸, sin perjuicio que el Juzgador pueda resolver en la misma audiencia después de un cuarto intermedio.

Por ultimo, la norma establece que las notificaciones se practicarán en la misma audiencia ²⁹ y los recursos pertinentes se **interpondrán en forma oral en el acto**, así que las partes deberían expresar a viva voz: 1-que clase de recurso interpone (reposición, apelación, etc.³⁰) 2- en forma inmediata la parte

²⁴ Es muy importante incoar el pedido con la suficiente anticipación para la realización de los informes Penitenciarios, o sea, uno o dos meses antes del cumplimiento del requisito temporal.

uno o dos meses antes del cumplimiento del requisito temporal del respectivo beneficio para

²⁵ Creemos que el vocablo alegar es usado aquí en sentido mas amplio que el utilizado en el art. 368 del Ritual donde “el alegato “es la acción y efecto de exponer los argumentos, motivos o razones a favor de la tesis que se sostiene en juicio (conf. Pedro J. Bertolino, Código ... Ob. cit, Pág. 421)

²⁶ Conf. art. 6 ley 13811

²⁷ Art. 7 de ley 13811 en sentido contrario.

²⁸ En el caso que nos ocupa, cinco días según el art. 498.

²⁹ Por lo general, al resolver la cuestión las partes deben manifestar que se notifican y si consienten o no la decisión. Por ejemplo, si una parte apela lo resultado deberá expresar: “me notifico e interpongo recurso de apelación por los argumentos que paso a exponer...”.

³⁰ Excluimos de este régimen oral el recurso de Casación, Revisión y Extraordinarios ante la Corte Suprema ya que tiene su régimen propio, por

debe manifestar oralmente los motivos y fundamentos de su agravio para que la impugnación sea admisible ³¹, ya que interposición y fundamentación son dos acciones coetáneas ³².

A todo evento, teniendo en cuenta que toda limitación del ejercicio de un derecho debe interpretarse restrictivamente ³³, y más cuando se trata de la potestad de recurrir en el plazo legal previsto a favor del imputado, entendemos que la defensa –**previo consentimiento del Juzgador**– puede tomarse el plazo legal para fundar el respectivo recurso, más allá de la enunciación oral de la impugnación ³⁴. Además, cabe recordar que la inobservancia de una regla de garantía establecida en beneficio del imputado – la oralidad y el plazo legal para recurrir lo son – no podrán hacer valer en su perjuicio (art. 1 *in fine* del CPP). Para despejar cualquier inquietud – por cierto no menor– sobre el punto, conviene que las partes acuerden con el órgano Jurisdiccional si se permitirá o no tomarse el plazo legal para fundar la impugnación ³⁵. Por lo demás, atento a la oralidad del proceso, estimamos que los recursos deberían mantenerse y mejorar en audiencia oral ante el Tribunal *ad quem* ³⁶, con la pertinente elevación del acta, filmación y/o grabación íntegra de lo actuado.

En suma, la implementación de la oralidad en la Etapa de ejecución favorecería la judicialización en el control de la pena. “En ese sentido, cuando se está discutiendo en ámbitos doctrinarios y prontamente a niveles legislativos la necesidad de extender la oralidad a todas las instancias del proceso, “...”, “no resulta coherente proseguir con un mecanismo impregnado de tintes innecesariamente burocráticos. Asimismo, se fortalece la noción de un Tribunal imparcial, ya que el Juez de Ejecución Penal resuelve luego de conocer las pretensiones del Ministerio Fiscal y del condenado, quien actúa con permanente asistencia legal; sujetos procesales que, confrontación procesal mediante, impulsan el trámite a fines de su resolución jurisdiccional. Como se puede observar y más allá del necesario perfeccionamiento del mecanismo implementado, no se hace otra cosa que adecuar el procedimiento al modelo de enjuiciamiento penal impuesto constitucionalmente, esto es, el acusatorio⁷; extendiendo la vigencia de las garantías constitucionales a la última y olvidada etapa del proceso penal, a tono con el Principio de Judicialización Pena” Y “Corresponde advertir que el mecanismo propuesto resulta útil para la resolución de cualquier incidente de ejecución de condena, desde un pedido de revisión de cómputo de pena hasta la resolución de cualquiera de los derechos penitenciarios de egresos anticipados, tales como salidas transitorias, semi-

lo que se interpondrán y fundamentarán en la forma establecida según su procedimiento específico (arts. 448 a 455, 467 a 496 y cc del CPP)

Por otro lado, sería un despropósito que se le exija a la parte – y más a la defensa – que funde en el momento y en forma oral un recurso de Casación, teniendo el carácter técnico y complejo que lo gobierna.

³¹ Motivar y fundar el recurso oralmente en simultáneo en el acto de interposición hace indudable la admisibilidad de la impugnación, más allá de la posterior ratificación ante el Tribunal Revisor. **Empero, teniendo en cuenta que el texto expresa que en la audiencia “podrán” y no dice “deberán” interponerse los recursos, podría interpretarse que sería una facultad -y una carga- de la parte interponer y fundar oralmente en el mismo momento el recurso.** Por ello, la parte podría manifestar que se notifica de lo resuelto y expresar en forma oral el recurso que interpone (vgr. apelación), tomándose el plazo legal – vg. 5 días para la apelación (art. 441)- para motivarlo y fundarlo para después presentarlo por escrito. También podría expresar que solo se notifica y que “no consiente” lo resuelto o decir que solo se notifica, presentando el recurso por escrito dentro del plazo legal. La cuestión se radica en lo que comprende el vocablo “interponer” el recurso: si se refiere a su sola mención o también su fundamentación. Por el sistema del Código, el sentido de las últimas reformas el principio de la oralidad, y el riesgo posible de la declaración de inadmisibilidad, **opto por la interposición y fundamentación simultánea.**

Cabe aclarar que la ley 13811 que oralizó el proceso de fragancia aclara expresamente cuando la Defensa puede tomarse el plazo legal para contestar la oposición al pedido de elevación a juicio del art. 336, lo que no especifica con los recursos que se interpondrán y concederán oralmente (art. 13 y 6, respectivamente de ley 13811).

³² Conf., art. 442 del Ritual, primer párrafo, según ley 13260.

³³ Conf. art. 3 del CPP.

³⁴ Vg. la parte podría alegar “apelo y me tomo el plazo del art. 442 del CPP para fundarlo”.

³⁵ Ver comentario al nuevo art. 121.

³⁶ Conf. art. 15 ley 13811.

libertad, prisión domiciliaria y otras alternativas para situaciones especiales, libertad condicional y asistida, como su suspensión o revocación ³⁷.

4- Conclusión:

La prudente aplicación del nuevo art. 105, en cuanto habilita una audiencia oral para que las partes expongan sus alegaciones previo a la resolución judicial, promoverá en la fase de ejecución de pena un efectivo control jurisdiccional e inmediación en el procedimiento acentuando el carácter acusatorio en la fase final del proceso penal.

³⁷ Raúl Guillamondegui1, "La oralización de incidentes de ejecución penal Una experiencia novedosa" Luís, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/31052007/guilla.pdf>).

LAS LIBERTADES PÚBLICAS. GARANTÍAS Y DERECHOS INDIVIDUALES. EL SISTEMA ACUSATORIO EN EL PROCESO PENAL. JUICIO POR JURADOS

DR. LUIS DEL VALLE MORENO

COLEGIO DE ABOGADOS DE MORÓN

SÍNTESIS. Esta ponencia tiene por finalidad demostrar la importancia del juicio por jurados como culminación de un proceso de reformas procesales que se vienen estableciendo en Latinoamérica desde la década del 80 hasta el presente. Para ello, se tomará en cuenta las disposiciones del texto constitucional en vigor de la Constitución Nacional Argentina; la Constitución de la Provincia de Córdoba según el texto de 1923 y la reforma de 1987 que estableció el juicio con jurados “escabinos” o mixtos, y las recomendaciones y observaciones que viene realizando la CEJA.

Analizaré el sistema acusatorio desde un punto de vista teórico al que le denominaré método de la disputa y lo compararé con el modelo inquisitivo al que titularé el de la investigación oficial, comparando las ideas o directrices centrales que los diferencian.

Por último, como síntesis del protocolo de tesis doctoral que estoy elaborando, abogaré y defenderé el sistema acusatorio pleno con la instrumentación del jurado más que un modo de participación popular en la administración de justicia, como uno de los rasgos característicos en la limitación al Poder de la Democracia Representativa que plantea el modelo de la denominada Democracia Participativa y Protagónica.

Como conclusión, sostendré que resulta necesario implementar el juicio por jurados escabinos en la Provincia de Buenos Aires, previa reforma constitucional que lo plasme en su Carta Constitucional basándose en el precedente del Tribunal Superior de Justicia Cordobés en el leading case “Luis Medina Allende” del 2007 para evitar eventuales o posibles cuestionamientos constitucionales y espero poder llegar a demostrar las ventajas que el sistema acusatorio posee en la actualidad, proponiendo la formación teórico y práctica de quienes sean designados jurados.-

EL SISTEMA ACUSATORIO EN EL PROCESO PENAL. JUICIO POR JURADOS

UN POCO DE HISTORIA:

En la materia Historia del Derecho Argentino, la currícula académica en los cursos de Grado, Posgrado y aun de Doctorado de diversas Facultades de Derecho de la Nación se estudian el desarrollo de las Instituciones que rigieron los aspectos políticos, jurídicos y sociales de las antiguas “Indias” bajo la dominación del antiguo Imperio Español desde su primigenia organización bajo los reyes católicos, siguiendo por la dinastía de los Austrias mayores y menores y luego el advenimiento de los Borbones hasta la Independencia de dicho Imperio, que como todos sabemos luego de perder el control de los mares por Inglaterra comenzó su lento e inexorable derrumbe en los siglos XVII y XVIII hasta los procesos de Independencia de las guerras americanas del siglo XIX

El imperio Español fue poderoso y su cultura, instituciones e ideas políticas fue heredada por las pueblos que se fueron independizando a través de las campañas Libertadoras de próceres como San Martín y Simón Bolívar.

En lo que interesa destacar, es que el sistema de justicia español no reconocía la división de poderes como lo entendemos en la actualidad y la magistratura o función judicial era delegada por la corona

en determinados funcionarios. El rey era la cabeza del poder y luego en forma burocrática se organizaba en autoridades creadas que algunas eran residentes en España y otras residentes en las Indias. El procedimiento penal era escriturario, secreto y ejercido en nombre y por orden del Rey. No era desde el punto de vista de la costumbre de los españoles residentes en las colonias del nuevo mundo o los naturales nacidos en las Indias un proceso judicial que se asemejara al sistema acusatorio inglés que se ajustaran los colonos en las trece colonias de Norteamérica. En dichas colonias fiel a su sistema de administración de justicia o modelo de enjuiciamiento, era que el pueblo juzgaba a sus pares.

Una de las hipótesis que explica el sistema denominado acusatorio denominado método de la disputa, es el que el Profesor Hender enseña en sus clases sobre la historia del pueblo inglés. En realidad, la Isla Británica fue invadida sucesivamente por diversos pueblos de la antigüedad hasta la formación de la nación inglesa porque, convivieron en el mismo territorio los pueblos originarios, y los que invadían y sometían a sus habitantes y luego eran invadidos y sometidos a su vez por otros, y así por ejemplo los romanos a los pictos, los sajones a estos, los normados a los sajones, etc hasta que terminadas las invasiones u ocupaciones del territorio el modelo de la disputa fue concebido como una confrontación entre un ofendido y un ofensor y el juez delegado por el rey vencedor y el pueblo sus pares sometidos a su vez por el Rey, emitían su veredicto de culpabilidad o inocencia con el ofensor. Luego ese sistema fue impuesto en la época feudal para que el rey reconociera el poder de los nobles y otorgara determinadas garantías para que tengan un juicio justo. Documento contenido en la denominada Carta Magna de 1215 y los Estatutos de Oxford en donde los barones descendientes de los sajones, lograron que el Rey Normando hermano de Ricardo Corazón de León respetara sus privilegios y sus derechos a un juicio por sus pares. Entonces, quienes integrarían el jurado serían a su vez nobles y caballeros sajones.

Como primera conclusión a este relato histórico comparado, es que el sistema que impuso el Imperio Español para las Indias fue un juicio secreto, utilizando el tormento como forma de obtener la verdad a través de la confesión por la autoridad, escriturario y el acusado era objeto de derecho y su cuerpo objeto de prueba.

En cambio, el denominado método de la disputa, las partes llevaban su conflicto a un tercero que asumía un rol pasivo y quien convenciera en igualdad de armas era declarado inocente o culpable según el caso, pero quien decidía era un grupo de hombres de la comunidad denominado jurados que si era encontrado el acusado culpable entonces quien ejercía la función de justicia, imponía la pena en nombre del rey.

LA DISTINCIÓN ENTRE LO ACUSATORIO Y LO INQUISITIVO:

Según la doctrina se dice que son rótulos que sirven para denominar un sistema procesal penal concreto o un conjunto de sistemas procesales concretos pasados o presente.

Por lo antes dicho, responden a la tradición histórica de denominación los países de origen anglosajón los primeros y los de tradición continental europea o más bien española los segundos.

Existe una variante denominado mixto producto de la dominación que Napoleón hiciera durante su Imperio en la primera década del siglo XIX en Europa. El tipo ideal mixto es una combinación de los dos modelos que se caracteriza por una etapa de investigación cerrada, secreta denominada sumaria y una etapa o juicio predominantemente acusatorio pero sin jurados.

El sistema inquisitivo tiene por función la obtención coercitiva de reconocimientos de culpabilidad por parte del imputado.

Por el contrario, en el modelo garantista del proceso acusatorio el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse.

Dentro del sistema acusatorio, algunos autores distinguen el acusatorio material del acusatorio formal. El primero es el modelo histórico desarrollado en la antigua Inglaterra como tipo ideal, y el formal que separa en un órgano del Estado distinto de quien va a Juzgar en definitiva.

Ahora bien, como modelo normativo adoptado ello ha sido por los Constituyentes de 1853 y en los documentos que se fueron construyendo a medida que la Nación se fue organizando hasta adoptar la

Constitución del 53 60 que estableció como en sus textos constitucionales la organización por parte del Congreso Nacional del sistema acusatorio material, o sea, con participación de jurados populares.

Estos dos modelos que responden a tradiciones jurídicas distintas y a civilizaciones distintas, resultan contradictorios entre sí.

El Acusatorio o método de la disputa el proceso penal es una lucha entre dos partes, acusador y acusado desarrollada ante un tercero que se encuentra en una posición relativamente pasiva asemejándose a un triángulo equilátero o isósceles, con el juez ocupando el vértice superior, y las partes ocupando en el mismo nivel, los dos vértices inferiores. En este modelo, las partes son las dueñas de la contienda y son ellas las que, mediante su actividad, llevan adelante el procedimiento.

En cambio, para el otro método, el proceso es una investigación realizada por uno o más oficiales estatales, con el objeto de determinar si es verdad que el imputado ha cometido un delito. En este modelo el proceso no se desarrolla mediante la actividad de las partes porque en realidad es una sola la que instruye en un expediente secreto y reservado que solamente es conocido por quien lo instruye por orden de un Juez, que puede decretar el secreto y prorrogarlo indefinidamente, que el imputado no tiene acceso a las pruebas que se le acumulan en su contra y que no conoce las pruebas con que cuenta el instructor para luego elevarlo a juicio.

El sistema acusatorio tiene mecanismos de negociación propios que son desconocidos en el otro sistema como ser el Plea Bargaining. En cambio en el otro sistema, las reformas procesales han logrado imponer la negociación a través de un instituto denominado Juicio Abreviado que algunos jueces lo declararon inconstitucional porque el mecanismo de la negociación no se ajusta al modelo de la investigación oficial.

Ocurre que los mecanismos como el Juicio abreviado son verdaderos caballos de Troya que, al ingresar a los países de la tradición continental europea y latinoamericana, llevan consigo al modelo cultural del proceso penal propio de la tradición anglosajona denominado modelo de la disputa. Ese mecanismo puede significar o bien contribuir a una verdadera revolución cultural sobre el modo en que pensamos y percibimos el proceso penal. Inclusive si se instaura el juicio por jurados en la Nación y en las Provincias, sería la llave por la cual optimizar el funcionamiento de los jurados ante la alta conflictividad penal en aumento en el transcurso de esta última década.

LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES

Existen tres artículos de la Constitución Nacional que en forma expresa, se refieren al establecimiento en el sistema judicial argentino, del juicio por jurados Arts. 24, 75 Inc. 12 y 118 CN.

La doctrina constitucional sostiene por una parte que la Constitución delegó en el Congreso Federal en materia de proceso penal en la adopción del sistema acusatorio material como un modelo de juicio, tipo acusatorio, oral y público, adversarial y no inquisitivo. En consecuencia, así como el Congreso dicta normas de fondo y leyes federales como el Código Penal o la Ley Federal de Estupefacientes estaría legitimado para dictar una ley nacional con carácter obligatorio para las provincias que componen el Estado Federal un sistema único de enjuiciamiento que admita el juicio por jurados.

Otro sector de la doctrina, interpreta que una de las materias o poderes que se reservaron las Provincias es el dictado de sus códigos de procedimiento y su Administración de Justicia, en donde cada Provincia organiza el sistema de enjuiciamiento. Ahora bien, la distribución de Poderes que efectúa la Constitución Nacional, la materia procesal compete a las Provincias, con las excepciones que la propia Constitución establece, como por ejemplo el juicio por jurados.

Una solución que se propone y es la que adoptara la Constitución Provincial de Córdoba es que hasta tanto la Nación no asuma su obligación de regular en los ámbitos expresamente delegados por las provincias, estas podían asumir dicha actividad, debiendo cesar dicha prerrogativa a momento que el Congreso cumpliera con dicho deber.

En consecuencia, mientras la Nación no legisle sobre el juicio por jurados, las provincias pueden hacerlo. Ahora bien, si el Congreso lo hiciera entonces parece que debería seguirse ese modelo.

Debe tenerse en cuenta que al proponer una mínima uniformidad a la procuración y administración de justicia en Argentina, mientras no restrinja las soberanías provinciales y en lo que se refiere específicamente al juicio por jurados de la lectura de los arts. 75 inc 12 y 118, diluye con claridad que todos los juicios de la nación debe terminar por jurados y es el Congreso de la nación quien tiene competencia para dictar la ley que establezca esa institución. Por lo tanto, de estas normas surge naturalmente que el Congreso de la Nación tiene competencia para dictar, al menos, ciertas normas procesales penales que obligan a las provincias: las que requiera el establecimiento del juicio por jurados. También que cuando la Constitución se refiere al juicio por jurados esta refiriéndose a un modelo de Administración de Justicia.-

EL CASO DE LAS PROVINCIAS Y LA ADOPCIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO Y JUICIO POR JURADOS.

Tomaremos el caso “Luis Medina Allende” en sentencia del 25 de abril de 2007 por el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba. En dicho caso distinto del denominado caso Maders II, que terminara con la absolución de dicha persona a mediados de 2009.

En el primer caso se cuestionaba la competencia de la Provincia de Córdoba para legislar sobre el establecimiento del juicio por jurados, el juzgamiento obligatorio de una franja de delitos, la integración numérica de jurados.

Con carácter previo al fallo del Superior Tribunal Cordobés, la Cámara Segunda del Crimen, a pedido tanto del fiscal como de los defensores, en el caso Monjes declaro inconstitucional a las leyes que la Legislatura del Estado Cordobés nros. 8123,9122 y 9182 argumentando que el Congreso de la Nación no estableció nunca el juicio por jurados, a pesar que la constitución desde 1853 en sus arts 75 inc 12, 24 y 118 lo autorizo a hacerlo, y hasta que ello no ocurra, las provincias no pueden implantarlo como lo hiciera la de Córdoba. Se dijo que los juicios por jurados se implantaron en Inglaterra cuando los jueces del Rey, eran nobles, a pedido de los súbditos que para evitar las sentencias no fueran tan duras preferían ser juzgados por sus pares. Los jurados solo fallan sobre los hechos, si el acusado es culpable o inocente, pero la aplicación de la ley y la pena la hace el juez. Al no existir más la monarquía ni la nobleza, el juicio por jurados perdió su razón de ser, y en el Reino Unido y Estados Unidos se mantiene por tradición.

Para dichos jueces la ley procesal también es inconstitucional, porque el juicio por jurados se puede establecer para beneficio del acusado, como lo fue históricamente y lo dispuesto por el artículo 24 de la CN y si el justificable no lo quiere no puede ser obligado a someterse al mismo, como ocurrió en este caso. Se dijo que la Constitución Provincial admite, suponiendo que lo autorice el Congreso Nacional que la ley puede determinar los casos en que los tribunales colegiados son también integrados por jurados Art 162, como en el abandonado sistema de dos jurados y tres jueces. Pero la Constitución Provincial no autorizo a agregar ocho jurados, y dejar en minoría a los jueces de Cámara Art 41 y 155

El tribunal señaló, además, que al reservar al presidente del tribunal, como juez técnico para cumplir la función de hacerse cargo de fundarlo lógica y legal de la decisión de los jurados Art. 44 ley 9182, ha sido necesario primero sustraerlo de su deber de intervenir para conformar la decisión del Tribunal. Ambos deberes legales, uno negativo de abstenerse de resolver las cuestiones de hecho y derecho segundo positivo motivar lógica y legalmente la decisión de otros, se encuentran en contradicción con el deber de resolver, de rango constitucional y afectan directamente la garantía de independencia de los Magistrados. En otros pronunciamientos se ha declarado la inconstitucionalidad de la ley cuando se pretendía aplicarla retroactivamente, a casos en que se juzgan hechos anteriores a su puesta en vigencia.

Uno de los académicos que mas critico el sistema de juicios por jurados creados en la aludida Provincia es el profesor de Derecho Constitucional de las Universidades Nacional y Católica de Córdoba Dr. Jorge Horacio Gentile que propuso por septiembre de 2006 que la Legislatura Cordobesa derogara la ley u evitar asi los graves daños que esta causando este sistema que hace mas lentos los procesos, mas caros, que no se sabe si fue implantado para hacer mas severos o mas benévolos a nuestros tribunales, y que permite que personas ignorantes de la Constitución

Ahora veamos cómo resolvió el Superior Tribunal, comenzó por señalar las diferencias de los tex-

tos constitucionales de la Constitución Provincial de Córdoba de 1923 y la reforma de 1987 Señaló el Tribunal que el art. 134 fue reformado en 1987 introduciendo el siguiente texto: “La ley puede determinar los casos en que los tribunales colegiados son también integrados por jurados (art. 621) En la Convención Constituyente se interpretó que mientras que la disposición reemplazada (art. 134 Cons Prov. Córdoba 1923) se refería al “jurado popular” conforme al modelo anglosajón compuesto totalmente por legos, la norma propuesta era una institución para Córdoba basada en la intervención de los tribunales técnicos que se integraría también con particulares especialistas o no, que podía implementarse no sólo para la justicia penal, sino también en otras competencias, tal como rigiera en 1940 para la de menores (Conv. Cafferata Nores, del bloque que presentó el proyecto aprobado, citas del Diario de Sesiones reproducido en Ferrer, Carlos F. Grundy Celia A, “El nuevo juicio penal con jurados de la provincia de Córdoba” Ed. Mediterránea, Córdoba 2004 ps. 82,83 y 90) Y ese parecer también fue compartido en tanto se expresó que la incorporación “no es el juicio por jurados, tal cual lo pensó el constituyente del 23, tal cual lo pensaron los constituyentes del 53...”(Conv. Del Barco, de otro Bloque que votó a favor del proyecto, cit, p. 92).-

Entonces, es claro que los constituyentes de 1987 incorporaron una habilitación diferenciada con su precedente, que condicionaba los jurados a su instauración por el Congreso y que se entendió que mientras que todas estas reglas se referían al jurado popular, la novel norma local prevé un tribunal mixto que puede incluso no estar limitado a los juicios criminales. Tal decisión legislativa tiene engarce, a su vez en el cuadro CN, conf. A la distribución de competencias dentro del estado federal en que las provincias conservan todo el poder no delegado y se dictan su propia Constitución (arts. 121 y 123 CN)

También abordó el juzgamiento obligatorio de una franja de delitos a través del tribunal mixto integrado con jurados (ley 9182, art.2)

También se expidió sobre la reglamentación del llamado tribunal mixto facultativo, requerido por otros sujetos procesales diferentes al imputado.-

El Alto tribunal también abordó el debate doctrinario si el enjuiciamiento con jurados es un derecho renunciable o irrenunciable

Ello permite descartar que la reglamentación efectuada por la ley provincial haya alterado el marco de razonabilidad normativa, afectando el derecho de defensa de alguna parte por disponer en la reglamentación del tribunal mixto el juzgamiento obligatorio de los más graves delitos y de otros que pueden vincularse con modalidades de corrupción pública en los que las convenciones internacionales propenden la intervención de la sociedad civil. El imputado en el jurado popular vigente en Estados Unidos, tiene la posibilidad de renunciar, pero requiere el acuerdo del fiscal y el consentimiento del tribunal.-

En otros países, como el Brasil exige la intervención del jurado en los casos de delitos dolosos contra la vida. Por su parte, en Francia se encuentra un claro ejemplo de modelo escabinado irrenunciable para los procesos en los que interviene la Corte de Assises.-

En cuanto al número o cantidad de jurados, dicho Alto Tribunal dijo en otra causa denominada “Perez” que la Constitución Provincial dejó librada a la reglamentación del tribunal mixto (escabinado) a la Legislatura. Así, para el juzgamiento de delitos graves se previó una integración con minoría de jurados (dos? Conforme la ley provincial 8123. La ley 9182 para el juzgamiento de los delitos mas graves y de los que se conectan con la corrupción estatal, en cambio, aumento la integración de los ciudadanos llevándolos a ocho.

En el debate parlamentario de la composición de jurados, en el tribunal mixto se admitido que existían opiniones que aconsejaban la reducción, se opto por establecer una mayoría para que ella sintetizara el promedio de opinión de los ciudadanos. Incluso se cito la opinión del ilustre maestro de pisa Francesco Carrara quien siglos atrás al referirse al escabinado, esto es al tribunal mixto integrado por jueces permanentes y ciudadanos, sostenía que en esta institución la mayor o menor garantía de su independencia consistía íntegramente en la proporción del numero, porque si los magistrados son mayores en numero que los ciudadanos, con facilidad estos serán reducidos a la función de meros testigos, por el desprecio que aquellos les tienen, y el voto de los jueces populares no tendrá preponderancia sino en caso de

desacuerdo entre los jueces magistrados; en cambio, si prevalece el número de los jueces populares, el equilibrio podrá mantenerse mejor por predominar la autoridad, que compensa la minoría del número .

De allí que la fijación del número de jurados en ocho haya sido correctamente interpretada como una opción de política procesal insertada en un proceso de reformas progresivo cuya tendencia consiste en consolidar un modelo de juzgamiento penal que incluya a la ciudadanía, habiéndola corresponsable de sus resultados.

LA CUESTIÓN DE LOS JURADOS BONAERENSES

El art 182 de la Constitución Bonaerense dice: “Los jueces de las Cámaras de apelación y de Primera Instancia y los miembros del Ministerio Público pueden ser denunciados o acusados por cualquiera del pueblo, por delitos o faltas cometidas en el desempeño de sus funciones, ante un jurado de once miembros que podrá funcionar con número no inferior a seis, integrado por el presidente de la Suprema Corte de Justicia que lo presidirá, cinco abogados inscriptos en la matrícula que reúnan las condiciones para ser miembro de dicho tribunal, y hasta cinco legisladores abogados. Los legisladores y abogados que deban integrar el jurado se designaran por sorteo, en acto público, en cada caso; los legisladores por el presidente del Senado y los abogados por la Suprema Corte de Justicia, a cuyo cargo estará la confección de la lista de todos los abogados que reúnan las condiciones para ser conjueces. La ley determinará la forma de reemplazar a los abogados no legisladores en caso de vacante”.

Esta es la única norma que se refiere a la participación del jurado, pero no es un jurado popular, sino que pertenecen a sectores de la sociedad con conocimiento del Derecho como los abogados en ejercicio y de legisladores que representan con el voto popular a la sociedad con el título de abogados.

El Art. 206 de la Constitución Bonaerense establece el procedimiento de reforma pudiendo designarse una convención constituyente similar al Art. 30 de la Constitución Nacional o que el propio Congreso actúe como Poder Constituyente derivado, es decir que sea quien este autorizado a reformarla.

La ponencia propone que se inserte una cláusula constitucional similar al art. 162 de la Constitución Provincial Cordobesa reformada de 1987, que permita la adopción plena del sistema acusatorio material con jurados mixtos o escabinos. Que deje como norma programática en la Legislatura la cantidad de jurados populares que se integren con los tribunales de juicio. Que se los integre para delitos que contengan penas superiores a 15 años de prisión o reclusión y para los casos de corrupción o cuando se juzgue a funcionarios públicos o magistrados por lo que se propone la modificación del Art. 182 de la Constitución Provincial, permitiendo al pueblo participar en la toma de decisiones.

La norma constitucional debería autorizar al diseño del sistema procesal acusatorio pleno, a la idoneidad para ser jurado, a la capacitación requerida para integrarlo encomendando al legislador que establezca las condiciones de solvencia moral, respeto por las instituciones, nivel de instrucción y respeto por los derechos humanos, estableciendo el número y los delitos que van a ser juzgados. La ley común podría establecer mecanismos de negociación más amplios que el actual que se denomina juicio abreviado en donde se faculte al Ministerio Público Fiscal a desistir de imputaciones o cargos.

LA LABOR DEL CEJA

Es indudable el valor encomiable que ha venido proporcionando la CEJA organismo que depende de la OEA y la Universidad Diego Portales de la República de Chile ha aportado incorporando novedosas técnicas y herramientas de gestión que optimicen el uso de los recursos en la Administración de Justicia. Es una noticia por todos conocidos los cursos y seminarios de perfeccionamiento que dicta y del cual han concurrido a formarse operadores judiciales al instaurarse el denominado Procedimiento Acusatorio en Flagrancia puesta en Marcha del Plan Piloto primigeniamente en el Departamento Judicial de Mar del Plata y así extendiéndose progresivamente a los Departamentos Judiciales restantes hasta la sanción de la Ley Provincial 13.811 de Flagrancia. Este Organismo ha venido monitoreando las sucesivas reformas en los códigos de procedimiento latinoamericanos, ha firmado convenios con la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires y muchos de sus operadores judiciales se han capacitado en cur-

sos o seminarios en la ciudad de La Plata o han realizado cursos sobre técnicas de litigación oral en diversos departamentos judiciales. Desde el encuentro del Ministerio Público en septiembre de 2007 en la Facultad de Derecho de La Plata, la oralidad se ha acentuado como herramienta de gestión en los procesos de contenido acusatorio formal. Y volviendo a lo dicho al principio de la exposición, hemos venido modificando el Código de Procedimientos desde 1998 de un sistema inquisitivo como era el derogado Código Jofre en donde la Policía tenía facultades de tomar declaración indagatoria, hasta este modelo de enjuiciamiento acusatorio con sus sucesivas reformas, con sus marchas y contramarchas, el balance resulta altamente positivo, con la modificación del sistema recursivo que descomprime las causas correccionales del Tribunal de Casación, con la posibilidad de que los Tribunales Colegiados pueda ser renunciado por el acusado imputado de ser juzgado por juez único, sin perjuicio de conocer que ciertos tribunales declararon la inconstitucionalidad de la norma, si es renunciable para el imputado no habría agravio.

Sin embargo, el CEJA no ha propiciado el jurado popular al sistema anglosajón o al escabinado como es el modelo de la Provincia de Córdoba.

Entiendo que es un ejemplo a imitar y hasta tanto el Congreso Federal no dicte una norma que señale de seguimiento obligatorio la adopción del acusatorio material pleno.

EL JURADO ESCABINADO:

El Jurado mixto compuesto en parte por jueces técnicos, de carrera especialistas formados con verificación sobre el fuero en que se desempeñen con más la gente común del pueblo, de la sociedad que integren los jurados es la solución más posible. Para que ello ocurra deben tenerse bien en cuenta los gastos que demandara la instrumentación de este sistema, ya que se deberá contar con lugar para el alojamiento del jurado, su alimentación y manutención mientras dure el juicio y fundamentalmente la evitación del contacto con las partes en el juicio, para que no ocurra la suspicacia que hablara la prensa en el famoso Caso MADERS II en donde el abogado defensor del imputado le entregara una tarjeta a un miembro del jurado, y eso fue redactado por la prensa gráfica.

Por eso, el Estado deberá si desea implementar el acusatorio material diseñar políticas de inclusión social para que el jurado popular que se integre a los jueces técnicos del sistema escabinado sean personas debidamente instruidas, que asuman la actuación como jurado como una carga, un honor y una gran responsabilidad para la República y sus instituciones y no termine realizando la actitud del ciudadano cuando para el comicio es designado “Presidente de Mesa” y no concurre a cumplir con su deber cívico.

LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y PROTAGÓNICA COMO TEORIA QUE FUNDAMENTA EL JURADO.

En Ciencia Política y en la Teoría de la Constitución la doctrina se refiere que el pueblo deja de ser espectador, conciente de que no basta con delegar su poder soberano, y que debe darse en el texto una Constitución que consagre el derecho de los ciudadanos y ciudadanas a participar en los asuntos públicos – no solamente a través de sus representantes elegidos democráticamente, sino también directamente. La sociedad, conjuntamente con las autoridades elegidas, tiene el derecho y el deber de formular, ejecutar, controlar y efectuar seguimiento a las políticas públicas.-

Este cambio representa un salto cualitativo para la vida social y política de ese país. Esta nueva forma de democracia constitucional plantea un nuevo paradigma para su ejercicio. Ya no se trata de un momento (el sufragio electoral) sino de una actividad permanente de construcción social que exige Pro actividad, formación, planificación, capacidad de negociación, consulta del pueblo o de la gente, y participación y seguimiento por parte de todos los ciudadanos. La democracia participativa implica un cambio de cultura en la conciencia del pueblo, su ejercicio exige central la acción en una ética de continuo crecimiento individual y colectivo. Por supuesto no se trata de darle vida a un simple cambio operacional sino de instaurar en la práctica una nueva visión del poder popular en los niveles municipal, provincial, regional, nacional e, incluso, internacional.-

Un pueblo organizado no debe olvidar que existe el riesgo de que el ultra democratismo paralice la acción, que el arte de gobernar implica generar sinergias, aprender a ordenar las prioridades, diagnosti-

car, consultar, sistematizar proyectos y ejecutar. De manera análoga los representantes elegidos deben desaprender la cultura de la democracia representativa y facilitar este ejercicio de soberanía, promover realmente la corresponsabilidad en el proceso de toma de decisiones.

Por ejemplo Joseph Stiglitz, ex asesor del Banco Mundial ha señalado que la principal causa del fracaso de los proyectos de desarrollo multilateral en los llamados países del tercer mundo fue la falta de consulta a las comunidades locales. Ello evidencia que el pueblo posee un conocimiento de la realidad indispensable e insustituible, y que el conocimiento técnico debe ser puesto a su servicio.

El empoderamiento del pueblo exige estar vigilantes, implica armarse de herramientas para forjar una cultura anticorrupción. El sistema de justicia debe responder a las exigencias de la nueva democracia participativa y protagónica y castigar con contundencia al que se apropie de fondos públicos, y con ello perjudique los proyectos, y la posibilidad de bienestar del pueblo. Ante un mal tan enraizado hay que actuar con firmeza, con voluntad política, sin complicidades, e imponer penas ejemplarizantes y proporcionales al daño causado al colectivo. De allí la necesidad del pueblo que participe en la Administración de Justicia, a través de la Institución de Jurados.

La participación del pueblo en los asuntos públicos, me refiero a una participación cooperativa, empoderada de herramientas técnicas, conocimiento del presupuesto y ejercicio permanente del control social, donde los gobernantes sean líderes facilitadores del ejercicio soberano del poder popular en la concepción de los planes, en la ejecución con participación de las instituciones del poder organizado cooperativas, microempresas, etc. Es la única garantía de superación del problema de la corrupción.

Hay que dar más poder al pueblo si queremos marchar hacia una sociedad de nuevo tipo, hacia un nuevo y mejor modelo de democracia. Hay que avanzar en lo organizativo hacia un verdadero protagonismo del pueblo en la toma de decisiones soberanas.

Como conclusión para justificar la participación popular del pueblo como jurado en la Administración de Justicia, implica el no copiar modelos que respondan a culturas o civilizaciones diferentes. No somos los Yankees del Sur como lo soñaba el Maestro Sarmiento, somos mayoritariamente latinos y la realidad es mayor participación y protagonismo de la sociedad, de la gente en la cosa pública, en la política, en lo social y en su sistema Judicial para que las Instituciones no se vean como Corporaciones.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:

- Las garantías penales y procesales. Enfoque Histórico Comparado. Hendler Edmundo Compilador.2001
- El Juicio por Jurados. Significados, genealogías, incógnitas”
Ed. Del Puerto, Buenos Aires 2006. Edmundo Hendler.
- El Juicio por Jurados. La Participación popular en el Proceso. Ed. Abaco, Bs.As. 1999 Bianchi Alberto B.
- El nuevo juicio penal con jurados de la provincia de Córdoba Ed. Mediterránea. Córdoba 2005 Ferrer Carlos F. y otros. 2005.
- Diario de Sesiones Constituyente Reforma Constitucional Córdoba.
- Convención Interamericana Contra la Corrupción OEA
- Justicia y Participación Ed Universidad Cavallero y Hendler.1999

**UNA BUENA Y UNA MALA. (REFLEXIONES DE UN CIUDADANO
QUE ADEMÁS ES ABOGADO, DIRIGIDAS A LOS INTEGRANTES
DEL FUERO PENAL)**

Dr. **ADOLFO ROCHA CAMPOS**
PODER JUDICIAL DE AZUL. (BS. AS.)

1-) Estimados colegas. La noticia buena es que no hay que preocuparse de la opinión pública respecto de los jueces.

Porque se trata de la opinión pública de la República Argentina, no de Suecia.

Aquí la opinión pública ha erigido como gran divo a Diego Armando Maradona, y como gran diva, a Susana Giménez.

Como ágora en la cual se debaten los grandes problemas del país, el almuerzo de Mirta Legrand y como lugar donde se decide la suerte y permanencia de los gobiernos, el programa de Marcelo Tinelli.

Donde el máximo cantor de Folklore es Horacio Guarani y la máxima cantora Soledad Pastorutti

Donde el gran cantor de tango es Roberto Goyeneche.

Donde el gran filósofo es Joaquín Sabina y donde el gran experto en filosofía griega es Mariano Grondona.

Y como frutilla de la torta, una opinión pública que promueve a Ricardo Fort y a Florencia de la Vega.

Está todo dicho. No hay que preocuparse de la opinión pública. La opinión pública es lo que la gente opina acerca de la realidad.

Hay que ocuparse de la realidad.

2-) Y esta es la noticia mala.

La realidad es que el sistema penal de la República Argentina no sirve para nada.

2-1) No le sirve a la sociedad, ya que no previene el delito, (ver las estadísticas), ni lo castiga debidamente. Basta considerar que el descomunal "affair IBM- Banco Nación" será castigado con penas de dos a tres años de prisión (a no cumplir) luego de años de angustiosa espera, cuando dos de los procesados estaban confesos, lo que arroja una considerable dosis de certidumbre sobre la responsabilidad de los demás Porque en este tipo de delitos, "o lo hacemos entre todos o no lo hace nadie".(La Nación del día 12 de Noviembre de 2009) (1).

No sirve a las víctimas, a las cuales no les da reparación material ni moral por el agravio sufrido. Basta pensar en ridículos juicios por problemas de vecindad en los cuales se concede una indemnización de \$ 10 (diez pesos) a los damnificados. (2)

Y no le sirve a los delincuentes, ya que les concede una falsa sensación de impunidad, una engañosa alucinación de que podrán seguir delinquiendo en forma ininterrumpida. Deliciosa sensación que se corta cuando caen víctimas de las balas de la Policía o de un civil enardecido o de un colega enojado.

No le sirve a nadie.

1) Ver ejemplar de "La Nación" del día 12 de Noviembre de 2009 pag II.

2) Indemnización fijada en un juicio por problemas de vecindad. Juzgado Correccional de Olavarría ("El Popular" de Olavarría del día 5 de Abril de 2009).

2-2) No me cabe duda que este mecanismo legal que hemos creado, respeta las pautas de la Constitución Nacional.- Pero sería útil recordar que la Constitución está al servicio de la gente y no la gente al servicio de la Constitución.

Y que así como este sistema, que no sirve, se ajusta a las pautas supremas, debe haber otro que, también respetando las pautas supremas, le sea de una buena vez útil a la gente.

2-3) Porque todo el derecho, mis amigos, no es una disciplina que se practica por el goce intelectual.

Los hombres del derecho estamos al servicio de la sociedad, no de sagrados principios.- El derecho cumple la inestimable tarea de hacer posible la vida en sociedad. Aun colaborando parcialmente en la tarea de hacer cumplir los contratos y evitar que se dañe a otro. Todo el Derecho. El Derecho Civil, Laboral, Comercial Administrativo, Fiscal y siga la lista. Y el Derecho Penal también. Si el Derecho Penal, en su aplicación práctica, no le sirve a la gente, deberemos abandonarlo y crear otro. Es útil al respecto leer la nota del Dr. Ricardo Guibourg, La Nación- 16 de Diciembre de 2009. (3)

El ciudadano común (entre los que me cuento a los fines de hacer esta ponencia, ayudado por mi formación de abogado) observa entre asombrado y enfurecido el mundo del Derecho Penal.

El Derecho Penal es, a sus ojos, un deporte que se practica entre aristócratas ociosos, en el cual son contendientes el delincuente y su Defensor por una parte y por la otra, el Juez y el Fiscal.

En el mundo de ese deporte aristocrático, es indiferente que gane el Fiscal o que gane el Defensor. Lo importante es que se hayan respetado las reglas y que la partida haya sido elegante y vistosa.

Igual que en el ajedrez. El mundo del ajedrez no declara preferible que ganen las blancas o las negras.

2-4) Pero en la sociedad, el Derecho Penal no puede ser indiferente a los valores que están en conflicto.

Si se ha cometido un delito en la sociedad, reitero, si se ha cometido un delito, el ciudadano común tiene puesta su esperanza en que el Fiscal haya identificado correctamente al culpable y tenga elementos de juicio para hacerlo condenar por el Juez.

Por que si el Fiscal no ha identificado correctamente al culpable o bien carece de elementos de prueba para condenarlo, se ha cometido una injusticia visceral. Hay un delito, hay un autor, pero ese autor vive en la sociedad sin condena alguna.

En este esquema, el papel del Defensor (Oficial o Privado) es evitar que se condene a un inocente.

El triunfo del Fiscal es lograr la condena del culpable, no de cualquier persona para que haga de chivo expiatorio. Toda la sociedad se congratula de su triunfo. El sistema ha funcionado bien.

El triunfo del Defensor es un triunfo "parcial" del sistema. La válvula de seguridad ha funcionado. No hemos condenado a un inocente.- Ese no era el culpable. Pero ese triunfo parcial deja un amargo sabor en la boca. El culpable está suelto. Tenemos la molesta e incómoda sensación de fracaso mezclada con alegría, que sentimos cuando se nos informa que los bomberos salvaron a todos los ocupantes de la casa incendiada. Si, todos están a salvo pero el incendio se ha producido.

Todos a salvo pero los daños del incendio son irreparables. Si, el culpable no era ése, está en la sociedad riéndose de nosotros.

Es absolutamente necesario volver a jerarquizar los valores que están en juego en el proceso penal.

Si no tenemos en claro para que funciona el Código Penal y el Código de Procedimientos Penal, no tendremos en cuenta para que la sociedad ha creado el Derecho Penal. El Derecho Penal ha sido creado para sancionar al culpable. Dentro de este mecanismo, la válvula de seguridad es el Defensor. El Defensor debe evitar que se condene a un inocente. Cumple la misma función que la válvula de seguridad en una caldera. Pero la caldera no se enciende para que funcione la válvula de seguridad. Se la enciende para crear energía.

3) Nota del Dr Ricardo Guibourg "La Nación" del día 16-12-09.

La válvula de seguridad permite que esa creación de energía no sea peligrosa. Así es el sistema de la caldera. Igual que el sistema del Derecho Penal. Sin embargo, este concepto tan claro y basal no es compartido por alguna luminaria del Derecho Penal (4).

2-5) Otro de los temas que debe ser revalorizado es el tema de la entidad de los delincuentes.- Son legión los penalistas, criminólogos, penólogos y ramas afines (sociólogos, psicoanalistas etc.) que manifestar en forma airada que el actual sistema penal solo obtiene la condena de los “ladrones de gallinas”.

Lo curioso es que en vez de mirar hacia la propia tropa para ver como es factible esto, (recuérdese el curioso “affair IBM- Banco Nación) realizan encendidas diatribas hacia los legisladores, jueces y demás integrantes del mundo jurídico.

Detrás de esas diatribas hay una amenaza infantil. “ Déjennos a nosotros y van a ver de lo que somos capaces de hacer”. Si, ya sabemos lo que son capaces de hacer. Detrás del affair- IBM.Banco Nación estaban los mas prestigiosos penalistas. ¿Para entregarnos qué? Un auténtico parto de los montes. Un humilde ratoncito.

Esto es lo que son capaces de hacer. Nos amenazan con revolear sobre nuestras cabezas la espada flamígera para evitar que la cárcel se llene de ladrones de gallinas. En la práctica, las cárceles se siguen llenando (según ese mensaje) de pobres, negritos y ladrones de gallinas. Como consuelo nos entregan algunos años de trabajo comunitario para conspicuos personajes.

2-6) Pero es útil revalorar algunas cuestiones.-. Un ladrón de gallinas, según la teoría penalista, es un ladrón de ínfima categoría.-

Pero la degradación del ladrón, se extiende a los bienes afectados por ese ladrón o sea las gallinas.

Y aquí yo quiero dar un grito de alerta.

Por que los dueños de las gallinas somos todos nosotros.

Todos los habitantes de la República somos los dueños de las gallinas.

Las gallinas son los muebles de nuestro hogar, el aparato de música del auto, la billetera que portamos en el bolsillo de nuestro traje, el monedero de las amas de casa.

Como existen determinadas categorías de delincuentes que no pueden dedicarse al contrabando de oro, o a defraudar al Banco Nación, a asaltar camiones blindados, o a promover el ahorro (y la estafa) piramidal, se dedican a nuestros humildes bienes. A nuestras gallinas.

Y son estas gallinas afectadas por un malandrino de bajísima categoría la que provocan infartos, picos de presión, ataques incontenibles de furia, excesos en la legítima defensa, chorros baleados por la espalda y en plena huida.

Es posible que el Affair IBM-Bco Nación haya causado a mi bolsillo mayores pérdidas que cuando me roban el reloj pulsera. Pero aquel es un robo lejano, imperceptible, anestésico. El robo de mi reloj pulsera es un feroz ultraje a mi dignidad.

Koestler decia con razón:” Seis millones de judíos muertos es solo un sonido. Ver un perro atropellado por un auto altera mi balance emocional”.

Por esa razón, Srs Penalistas, no conviene desacreditar tan livianamente al ladrón de gallinas. Porque él que así lo hace, indirectamente menosprecia la importancia de las gallinas. Y menosprecia también el impacto emocional que sentimos todo y cada uno de nosotros cuando afectan nuestros bienes. Es decir, nuestras gallinas,

Los penalistas tienen un discurso esquizofrénico que se sustenta en que ellos no están para los delitos de bagatelas (gallinas) y si lo están para los grandes delitos (IBM- Banco Nación, Carrascosa, Jack el Destripador) Ya sabemos lo que han hecho con los grandes delitos. Por favor ,sean más modestos y ocúpense de las gallinas.

4) Declaraciones del Dr Eugenio Zaffaroni ("El Tiempo" de Azul día 7 de Febrero 2009) en las cuales se expresa..." Como defensor tengo derecho a hacer todos los planteos que quiera y tratar de dilatar la causa". Éste no es el deber del Defensor.- Dilatar la causa no es "evitar que se condene a un inocente".

2-7) Los Srs penalistas deberían aprender del Derecho Civil. El Derecho Civil tiene una rama en creciente ascenso que se dedica a las gallinas. Es el Derecho del Consumidor. El Derecho del Consumidor no tiene grandes aspiraciones intelectuales, ni filosóficas. No debate por cuestiones abstractas

No se quema las pestañas tratando de entender los equivalentes civiles y dogmáticos de lo que en Derecho Penal significan. "Imputabilidad- responsabilidad-reincidencia- prescripción de la acción- tipicidad- culpabilidad- causales de justificación- preterintención- causalidad."

Se preocupa de que ese señor que compró una heladera que no funciona, tenga algún derecho contra quien le vendió ese aparato defectuoso. Una heladera que no anda, bien jurídicamente insignificante. ¡ Pero cuantos dramas familiares se han desencadenado por una heladera que no anda...! Tantos como los que han causado el robo de un monedero a un ama de casa que va de compras... Es hora, Srs Penalistas, que empiecen a pensar en un Derecho que defienda nuestras gallinas, es decir, nuestros pequeños bienes, éstos con los cuales tenemos una intensa relación emotiva.

Bájense de las teorías abstractas y elaboren el Derecho Penal del Dueño de las Gallinas.

2-8) Los jueces penales están demasiado olvidados de que su función dentro del esquema del Derecho como herramienta de convivencia social está en castigar a quien infringe el CP o las leyes conexas. Esa es su función. Ser malos y condenar a quien es culpable. No ser buenos para garantizar libertades abstractas. Para eso está el orden jurídico en general y sus mecanismos. Pero la función del Juez Penal es castigar, así como la función del juez civil es hacer cumplir contratos y ordenar desalojos

Desde ya que a ningún juez penal se le deberá exigir condenar a cualquiera así como a ningún juez civil se le deberá pedir que condene cumplir u contrato cuando el contrato no existe o no está incumplido o existen razones para no cumplirlo.

Pero no nos olvidemos que para eso nos pagan. Para ser malos cuando hay que ser malos No para ser buenos en abstracto. Nos pagan para ser malos y nos pagan bien. Por lo tanto, a arremangarse y a cumplir nuestra tarea.

Y recordar también que rechazar una demanda o absolver a un inocente también es una forma ser malos. Castigamos al actor equivocado o al Fiscal empecinado.-Pero derramar la bondad sobre la tierra no es nuestra misión Para eso están los sacerdotes, rabinos, pastores o el Ministerio de Bienestar Social.

Buena prueba de esta distorsión del razonamiento es esta declaración de los Jueces Penales de la Pcia de Bs as que en nota se transcribe (5)

Mediante esta curiosa distorsión del razonamiento, el Derecho Penal se ha ido alejando de la realidad cuando es el Derecho al que toda la Sociedad tiene presente cuando se trata de inventariar quejas contra la Justicia

Se ha transformado en una disciplina esotérica que se abastece a si misma y que permite que sus cultores vivan en el mundo del Derecho Penal sin tener que asomarse a la fea realidad, pudiendo cubrir sus necesidades intelectuales sin requerir auxilio del mundo exterior, como los huéspedes de hoteles de cinco estrellas. Esta reflexión pertenece a Hobsbawm (6) y el autor la aplica a la Economía pero puede ser extendida sin esfuerzo al Derecho Penal Esta idea conviene ser masticada.

2-9) Y como la frutilla de la torta por parte de la doctrina penalista se decide suplantar el acto terrible de decidir "Culpable o inocente" y que ha justificado toda la gimnasia intelectual anterior.

Ese acto, tan sencillo y tan terrible a la vez, se le encomienda al Jurado el cual estará integrado por gente respecto de la cual hemos expurgado cuidadosamente todo conocimiento del Derecho y del Derecho Penal mucho mas aun.

5) El texto atinente a nuestro trabajo dice."Sin embargo pretender que los jueces nos sumemos como un eslabón más a las tareas de persecución del crimen y la criminalidad, cual si nuestra función institucional consistiera en una simple extensión tribunalicia del accionar policial, implica desconocer las bases del sistema republicano que asigna a la magistratura el papel de poder independiente. Es decir, de poder limitador de los posibles abusos y excesos de las otras ramas de la actividad estatal y en definitiva de garantes de la irrestricta vigencia de los principios constitucionales"...

6-) Eric Hobsbawm- " Sobre la Historia"- pag 147- Ed Crítica ed. 1998.

Es decir que el Derecho Penal es una disciplina que sirve para determinar si una persona es culpable o inocente.

Pero llegado ese momento decisivo, encomendamos esa tarea a doce personas cuyo único y exclusivo mérito es que deben ignorar todo rudimento del Derecho Penal.

Parece algo contradictorio En realidad no es contradictorio, es un disparate

2-10) Hemos comenzado esta ponencia explicando que la mala noticia es que el actual sistema penal no sirve para nada.

AQUÍ APORTAMOS ALGUNAS IDEAS, QUE ESTIMAMOS POSITIVAS, PARA ENMENDAR ESA FALENCIA.

3-1) Cuando estén por modificar el Código Penal, todos los habitantes de la República tenemos algo que decir. Es bueno que nos consulten y no se encuentren veinte iluminados en una Biblioteca elaborando un Código Penal ajustado a las mas excelsas teorías alemanas o francesas. Los dueños de las gallinas queremos participar. Queremos aportar las experiencias de Villa Fiorito o de alguna similar. Un baño de realidad nunca viene mal.

3-2) Hablando del Código Penal, es hora de eliminar el carácter penal de ciertas figuras jurídicas.- El homicidio culposo y las lesiones culposas deberían desaparecer como delitos penales y limitarse ser ilícitos civiles.-La intervención policial debería limitarse a una investigación preliminar (croquis- fotos- actas de inspección- relevamiento de datos y testigos) y luego pasar las actuaciones al Juez Civil, si éste interviene. Y si alguien alega que no existe culpa sino dolo, que lo acredite sumariamente en la causa civil y se pasarán, si hay mérito para ello, las actuaciones al juez Penal.

3-3) Con idéntico criterio, debería pasarse el peine fino por el C. Penal para ver que delitos culposos o con figura culposa, pueden ser eliminados y transformados en figuras exclusivamente civiles.- Con esto se lograría un incalculable beneficio para la Justicia penal, hoy atiborrada por cuestiones nimias del choque de una moto y un auto.

3-4) Hay que sacar consecuencias del fracaso del sistema penal de la Pcia de Bs As. Y la consecuencia que hay que sacar es que los abogados no servimos para investigar. Para investigar el delito hay que estar en la calle y nuestro mundo no es la calle sino los papeles. Y si no, que lo digan los instructores judiciales que iban a ser la columna práctica del sistema y que en verdad se han transformado en empleados burocráticos.

3-5) Consecuencia de 4-) Si alguna vez se crea la Policía Judicial no debe estar integrada por abogados. Ni uno solo. Porque todo abogado sueña con ir a refugiarse al mundo que conoce. Los papeles.

3-6) Se cree o no se cree la Policía Judicial, tanto la Judicial como la existente tiene que ser restituida a su auténtica dignidad Es inadmisibile que la Policía para hacer un allanamiento necesite testigos y un Oficial de Justicia no necesita testigos para notificar demandas millonarias ¿No son acaso funcionarios unos y otros ? ¿No debe ser creída su palabra?

3-7) La investigación debe ser restituida a la entidad natural que es la que tiene que conocer, por sí o a través de informantes, el mundo del delito. Para investigar un asesinato de prostitutas hay que conocer el mundo de la prostitución. Para investigar un asesinato de travestis, el mundo de los travestis. Estos mundos no están en la órbita normal de conocimiento de las UFIs Sí son la órbita natural de la Policía. Pero para que la Policía pueda actuar y ser confiable en estos ámbitos, hay que restituirle la dignidad que le hemos arrebatado por escrúpulos científicos y revanchismos políticos. Debemos volver a confiar en la Policía

3-8) Como contracara, la Policía tiene que volver a ser confiable.

3-9) Es absolutamente necesario limitar instancias. Es muy hermoso proclamar luego del fallo "Casal" de la CSN, que en cada caso debe haber doble revisión de hechos y derecho. Pero para ello precisamos Tribunales de Alzada que estén dispuestos a sacar sentencias en un plazo razonable. Porque los Tribunales de juicio las sacan en término por las posibles nulidades.

3-10) Es absolutamente necesario que así como los Tribunales de juicio en la Pcia de Bs As tienen plazos perentorios para dictar sentencias (lo que a veces obliga a la sucia artimaña de que se va redactando la sentencia a medida que se desarrolla el juicio) también tengan la misma carga los Tribunales de Casación y la Suprema Corte. De nada vale enarbolar como una garantía la duración razonable del proceso si la misma funciona "contra" la sociedad al excarcelar a peligrosos delincuentes, como ocurrió en el Caso del Motín de Sierra Chica (caso de los Doce Apóstoles), en el cual, el Tribunal de Casación de la Pcia de Bs As declaró que se había excedido el plazo y ordenó la libertad de los encausados. Lo alarmante del caso era que el propio Tribunal de Casación que se alarmaba de la duración del proceso, se había tomado seis años para su sentencia luego de la sentencia del Tribunal de Juicio. Sin comentarios.

3-11) Debería haber un compromiso no escrito de que las sentencias debieran ser lo mas escuetas posibles. Hay sentencias que son novelas, que han sido elaboradas por los jueces a lo largo de un período ilimitado de tiempo y que luego deben ser leídas, interpretadas, analizadas y cuestionadas por los abogados (Fiscal o Defensor) en plazos breves. La lealtad procesal y la igualdad de armas deberían también extenderse a este tipo de situaciones. Los jueces no nos debemos pensar como pavos reales que en cada sentencia abren la cola para que un montón de papanatas digan ? Ahhhhh!

3-12) Convendría que en el ámbito del Derecho Penal la prescripción de la acción deje de ser un fenómeno de la naturaleza, del cual nadie es responsable. En el ámbito del Derecho Civil, la acción se "LE prescribe" a alguien. ¿A quién se le prescribe la acción en el ámbito del Derecho Penal? ¿Y quién paga o debería pagar por ello?

3-13) Hablemos de la cárcel. Así como en el Derecho Civil y mas aun en el Comercial, el dinero es el bien con el cual se pagan las deudas, en el Derecho Penal la moneda de pago es la cárcel.

Ahora bien ¿para que sirve la cárcel?

3-13-1) La cárcel sirve para resocializar al delincuente, dicen las almas bienintencionadas. Suponiendo que eso sea cierto, ¿cual es la ciencia que determina que para resocializar a un delincuente que ha cometido un hurto se necesitan de un mes a tres años y para un homicida simple, de 8 a 25 años? ¿Y si esa ciencia existiera, no sería el experto en esa ciencia y no el Juez quien debería aplicar la condena, analizando sobre todo la personalidad del delincuente? ¿ Y si esa ciencia existiera, no sería ese experto el que debiera conceder los beneficios de la libertad condicional, de las salidas transitorias, de la detención domiciliaria? ¿ Y en caso de equivocarse respecto de los beneficios concedidos, ese experto ¿no sería pasible de sanciones o bien de una demanda por mala praxis profesional como le ocurre al psiquiatra que atendía el S XX... que se suicidó? (7) ¿Y si está claro que la cárcel es para resocializar, no correría por cuenta del Juez determinar si el delito se ha cometido o no y si esa persona procesada es culpable o no, pero la pena para resocializar debería estar en otras manos? ¿Quien ha dicho que los abogados somos expertos en esa ciencia misteriosa de la resocialización?

Como se ve, la cárcel como resocialización arroja una serie de inquietantes preguntas.

3-13-2) ¿ Y si la cárcel fuera castigo? Aparentemente esta vía es mas sencilla ya que el Codificador que fija las penas y el Juez en el manejo de ese Código, saben que ciertos valores tienen preferencia sobre otros (la vida por sobre la propiedad por eso el homicidio se castiga (reitero, se castiga) con penas mas graves que el hurto o el robo

Pero si la cárcel fuera castigo, deberíamos pensar el tema de las oportunidades, ¿Cuántas oportunidades daremos al delincuente? ¿Una, dos, diez, ilimitadas oportunidades? Porque tal como se maneja el sistema penal hoy día , se parece al Juego infantil del Antón Perulero: se paga la prenda y se sigue en el Juego. Robo, me condenan, cumplo, salgo. Robo, me condenan, cumplo, salgo Robo... etc. ¿Para siempre? Si, para siempre. Y aquí es útil recordar lo que pasa en el mundo de lo lícito. En el mundo de lo lícito las oportunidades de sus habitantes son limitadas ¿Cuántas oportunidades tuvo Ud, amigo lector en su vida lícita? Cuando hablo de oportunidades, me refiero a aquellas coyunturas de la vida que pueden cam-

7) Ver resolución de la Cámara Nac. Criminal y Correccional I2 de Marzo de 2009 "L y R y otro procesamiento". Registrado en DJ- primeros meses de 2009.

biar el curso de sus días ¿Una, dos, tres, no más de cuatro? Y no solo hay que tenerla, hay que aprovecharla-

¿Y cuántas oportunidades vamos a darle al delincuente? ¿Ilimitadas? Parece una clara discriminación en perjuicio de los habitantes de lo lícito.

Por lo tanto, así como la cárcel como resocialización nos coloca ante el misterio de una ciencia desconocida y de quienes son los expertos en ella, la cárcel como castigo nos coloca ante el dilema de las oportunidades.

3-14-) Es necesario que los Jueces (de cualquier fuero) tengan un vocero que le explique a los MM no solo lo que pasó (sentencia ya dictada) sino lo que puede llegar a pasar (sentencia a dictarse) Nos evitaríamos los escándalos públicos tipo Cromagnón o LAPA.

COMISIÓN II

LA ABOGACÍA Y LA JUSTICIA EL ROL DEL ABOGADO EN SU CONTRALOR

• **Los Consejos de la Magistratura y organismos asimilables. Selección, nombramiento y remoción de los Magistrados. Sistemas aplicables. Participación de los abogados.**

• **Las normas constitucionales: equilibrios y desequilibrios. Integraciones: ¿igualdad en las representaciones? Las experiencias desde 1994.**

• **Control judicial de la administración pública en el siglo XXI: acceso a la tutela judicial efectiva; control de legalidad; legitimación colectiva; el amparo; el proceso como garantía y no como valladar**

LOS JUECES SUBROGANTES. UNA PERSPECTIVA DESDE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Dr. ENRIQUE PEDRO BASLA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PLATA

El presente trabajo se fundamenta en el comentario al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela, (sentencia de 30 de junio de 2009) LEANDRO DESPOUY¹, Presidente de la Auditoría General de la Nación, que fuera Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre independencia de magistrados y abogados, nos dice que: *“Otra cosa importante es que los estándares internacionales, como los principios básicos sobre la independencia de la judicatura y sobre la función de los abogados, son aplicados frecuentemente por la jurisprudencia interamericana y europea, lo que les da una enorme relevancia jurídica. En una palabra, -dice- se han jerarquizado los sistemas de justicia de todo el mundo, y las Naciones Unidas los tienen como una preocupación central.”*

LOS HECHOS

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos promovió el juicio ante la **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** por demanda presentada el 9 de noviembre de 2007 contra la República Bolivariana de Venezuela, atribuyendo la destitución arbitraria de la juez María Cristina Reverón T., llevada a cabo el 6 de febrero de 2002 por la Comisión de Reestructuración y Funcionamiento del Poder Judicial de dicho país.

La doctora Reverón había ingresado en el Poder Judicial en 1982 y en 1999 había sido nombrada Jueza de Primera Instancia de lo Penal con “carácter provisorio” hasta “la celebración de los respectivos concursos de oposición”. Desde el 21 de julio de 1999 hasta el 26 de febrero de 2002 la doctora Reverón fue jueza de Primera Instancia del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas; y en el año 2002 ejercía como Jueza Decimocuarta de Primera Instancia en función de juicio de dicho circuito.

A pesar de que la jueza Reverón demandó la nulidad y reestablecimiento de su situación jurídica, no pudo obtener justicia ante el Tribunal Supremo de Justicia (“TSJ”). En efecto, el 13 de octubre de 2004 si bien la Sala Político Administrativa del TSJ declaró la nulidad de su destitución por considerar que no había incurrido en un ninguna falta como juez, no ordenó su restitución al cargo, ni el pago de los salarios y beneficios sociales dejados de percibir. Como fundamento de su decisión en ese caso, el TSJ aplicó su reiterada doctrina sobre el carácter de libre nombramiento y remoción de los jueces “provisorios” mientras el Poder Judicial continúe en reestructuración, como lo está desde 1999.

LAS ALEGACIONES DE LAS PARTES.

A.La Comisión Interamericana y los representantes.

La Comisión sostuvo que en el caso se había producido la violación del derecho a un recurso efec-

¹ Leandro Despouy:

“Independencia de la Justicia – Estándares Internacionales”, AECID, APDH, 2009

“Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15.9.2006, Titulada ‘Consejo de Derechos Humanos’ Informe sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados”

“Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la independencia del poder judicial, la administración de justicia y la impunidad”, ONU, 25.9.2006, 6.8.2007, informe a la Asamblea General

tivo (art. 25.1 de la CIDH) por entender que *“la efectividad de un recurso no se circunscribe únicamente a la declaratoria formal de una violación sino por el contrario, el derecho de acceder a la justicia implica que el Estado adopte todas las medidas necesarias para remediar dicha situación”*. Estimó que la denegación de justicia en el caso *“obedece a la no satisfacción de la lógica y principal consecuencia de un recurso judicial ordinario, concretamente un recurso de nulidad de una destitución de un cargo público”* y que *“el necesario e indispensable resultado efectivo de un recurso judicial que determine la ilegalidad de una remoción es la consecuente reincorporación al cargo y al pago de los beneficios dejados de percibir”*

Por su parte, los representantes de la juez destituida entendieron –además– que se había conculcado el derecho de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país (art. 23.1.c, en relación con el art. 1.1 de la C.I.D.H.) como así también su derecho a la independencia como juez (art. 8 .1 de la C.I.D.H) y a la integridad personal (art. 5.1 de la C.I.D.H.)

Fundaron su pretensión en la consideración de que la magistrada 1) *“sufrió un trato desigual frente a su derecho a ingresar y permanecer en sus funciones públicas, toda vez que al haberse negado el restablecimiento pleno de su situación jurídica infringida, al descartarse su reincorporación al cargo y pago de beneficios dejados de percibir, se le impidió participar en el proceso de ‘regularización’ que hubiese podido otorgarle su ‘titularización’”*; 2) en que al haberse violado *“el derecho a la protección judicial efectiva de María Cristina Reverón Trujillo, se le violó en consecuencia, su derecho a la independencia como juez...”* y 3) en que el Estado *“falló en su obligación de proteger la integridad psicológica y moral...tanto en el momento en que fue ilegalmente destituida [...], lo que le causó humillación y deshonra ante la comunidad jurídica como en el momento en que el [TSJ] se abstuvo de restablecer plenamente la situación jurídica infringida, incumpliendo con la obligación de reincorporarla a su cargo...”*

B.El Estado demandado.

Durante el juicio el Estado venezolano reconoció plenamente la jurisdicción de la Corte Interamericana incluso nombrando un juez *ad hoc*, produciendo pruebas, convocando a testigos, expertos y aportando documentos, presentando sus alegatos con base en las pruebas producidas.

Es importante señalar los argumentos desarrollados por la República Bolivariana de Venezuela para responder los términos de la demanda.

El Estado sostuvo, respecto de la alegada conculcación del derecho a un recurso efectivo, que *“el hecho de que la reparación acordada por [la SPA} sea distinta a la esperada por la supuesta víctima, y por la Comisión Interamericana, ello no implica que el recurso no haya sido efectivo, conforme a las condiciones objetivas del caso concreto”*. Las *“condiciones objetivas”* serían, según Venezuela, el proceso de reestructuración judicial que el país mantenía y la condición de *“jueza provisoria”* de la presunta víctima. Para Venezuela las medidas de reparación que acordó la SPA eran las *“procedentes para el caso de los jueces provisorios”*.

Respecto de las violaciones alegadas únicamente por los representantes sostuvo el Estado que el art. 23.1 de la C.I.D.H. no incluía la protección del derecho a la permanencia en el ejercicio de las funciones públicas.

Con relación a la violación del art. 8.1 sostuvo el Estado que los representantes *“interesadamente desvirtúan el sentido y alcance del derecho a las garantías judiciales, previsto en el art. 8 de la Convención Americana, para atribuirse la supuesta titularidad de un derecho a autonomía e independencia judicial [...B]asta con señalar que [dicha norma] convencional [...] consagra una garantía para el sujeto sometido a un proceso judicial, y no una garantía individual de protección del juez”*.

Respecto de la alegada violación al art. 5.1 el Estado señaló que los representantes obviando la jurisprudencia interamericana habían incorporado al proceso hechos no contemplados en la demanda de la Comisión. El extremo fue corroborado por la Corte, y no fueron analizados.

MARCO NORMATIVO.

El abordaje del planteo fue efectuado por la Corte en el marco del juego armónico de las normas establecidas en los arts. 25.1 y 1.1.

Así la Corte recordó que *“ el art. 25.1 de la Convención establece en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra los actos violatorios de sus derechos fundamentales”* y que dicho artículo (art.25) *“se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la misma, que atribuye funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes, de lo cual se desprende que el Estado tiene responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de las autoridades judiciales”*

La Corte –con cita de precedentes- reiteró *“el deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar los derechos en ella consagrados...”* y el sentido de la norma del art. 25.1 en cuanto afirmó que *“para que exista un recurso efectivo no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.”*

En el contexto de la normativa en la que se enmarcó el caso, la Corte constató que mediante el recurso de nulidad articulado por la juez Reverón Trujillo, la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (SPA) había declarado que la destitución de la magistrada *“no estuvo ajustada a derecho pero no ordenó su restitución ni el pago de los salarios dejados de percibir”*

Así, el tema a decidir -en el caso- se centró en establecer *“si la reincorporación al cargo era la reparación necesaria para remediar la situación...lo que llevaría a la consecuencia que un recurso efectivo implicaba necesariamente dicha reparación”*

La respuesta afirmativa a esta cuestión obligaría -seguidamente- a analizar si los motivos señalados por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia para no reincorporar a la magistrada (proceso de reestructuración judicial y la condición de juez provisoria) se erigían como restricciones adecuadas conforme a la Convención y por lo tanto eximían al Estado de reincorporar a la magistrada a su cargo y pagarle los salarios dejados de percibir.

La respuesta negativa, necesariamente obligaría a concluir que el recurso no había sido efectivo para solucionar la situación de la presunta víctima.

La Corte afirmó que *“los jueces que forman parte de la carrera judicial cuentan, en primer lugar, con la estabilidad que brinda el ser funcionario de la carrera. El principio general en materia laboral para los trabajadores públicos de carrera es la estabilidad, entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido. Lo anterior se debe a que los funcionarios públicos han ingresado por medio de concursos o algún otro método legal que determine los méritos y calidades de los aspirantes y forman parte de una carrera permanente”*

Señaló que los jueces *“a diferencia de los demás funcionarios, cuentan con garantías reforzadas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, lo cual la Corte ha entendido como esencial para el ejercicio de la función judicial”*

Consideró que *“el principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de las personas”*

Recordó que del *“principio de independencia judicial”* se derivan las siguientes garantías:

1.- **Adecuado proceso de nombramiento** sustentado en principios básicos como la integridad, idoneidad y formación o calificaciones jurídicas apropiadas (confr. Principio 10 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas, relativos a la independencia de la judicatura adoptados por el Séptimo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento de Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de setiembre de 1985).

La Corte destacó, en este aspecto que *“todo proceso de nombramiento debe tener como función no sólo la escogencia según los méritos y calidades del aspirante, sino el aseguramiento de la igualdad de oportunidades en el acceso al Poder Judicial. En consecuencia se debe seleccionar a los jueces exclusivamente por el mérito personal y su capacidad profesional, a través de mecanismos objetivos de selección y permanencia que tengan en cuenta la singularidad y especificidad de las funciones que se van a desempeñar”*

Señaló que *“cuando los Estados establezcan procedimientos para el nombramiento de los jueces, debe tenerse en cuenta que no cualquier procedimiento satisface las condiciones que exige la Convención para la implementación adecuada de un verdadero régimen independiente. Si no se respetan parámetros básicos de objetividad y razonabilidad, resultaría posible diseñar un régimen que permita un alto grado de discrecionalidad en la selección del personal judicial de carrera, en virtud de lo cual las personas escogidas no serían necesariamente, las más idóneas”*

2.- **Inamovilidad.** *“Los Principios Básicos establecen que ‘ [l]a ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos y que ‘ [s]e garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto”*

Afirmó que *“la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse independiente e imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa. Ello así toda vez que la libre remoción de jueces fomenta la duda objetiva del observador sobre la posibilidad efectiva de aquellos de decidir controversias concretas sin temor a represalias”* (conf. en el mismo sentido Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2001, Serie Nro. 71, párrafo 74 y Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de agosto de 2008, Serie C. Nro. 182, párraf. 44)

3.- **Garantías contra presiones externas.**

Los Principios Básicos *“disponen que los jueces resolverán los asuntos que conozcan ‘basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas sean directas o indirectas de cualquiera sectores o por cualquier motivo”*

PRIMERA CONCLUSIÓN. La Corte reiteró que *“La garantía de inamovilidad debe operar para permitir el reintegro a la condición de magistrado de quien fue arbitrariamente privado de ella”* (Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de agosto de 2008, Serie C. Nro. 182, párrafo 246)

De ello concluyó que, *“un recurso que declara la nulidad de una destitución por no haber sido ajustada a la ley debe llevar necesariamente a la reincorporación”*.

El recurso de nulidad resultó idóneo porque declaró la nulidad y hubiera podido llevar a la reincorporación de la magistrada, si no hubiera sido –como lo señaló la Sala Política Administrativa del Tribunal Superior de Justicia- por el proceso de reestructuración judicial por el que transitaba y transita el Poder Judicial de Venezuela y por la condición de “juez provisoria” que revestía la magistrada.

En el caso, fueron las razones sostenidas por el Estado las que –luego de ser examinadas - no permitieron justificar fundadamente la no reincorporación.

El Estado de Venezuela sostuvo que el 19 de agosto de 1999 la Asamblea Constituyente, mediante Decreto de Reorganización del Poder Judicial y el Sistema Penitenciario, instauró una Comisión de Emergencia Judicial que –entre otras competencias- estaba la de “elaborar el Plan Nacional de Evaluación y Selección de jueces, organizar el proceso de selección mediante concursos públicos de oposición. El referido decreto dejó *“sin efecto la estabilidad establecida por la Ley a los actuales jueces en función {,} quienes podrán competir en los concursos públicos de oposición que se abrirán para cubrir sus cargos”* (art. 12 del decreto citado)

Según el Estado los jueces provisorios eran jueces no titulares que *“han sido designados de manera excepcional, mediante un acto emanado de la Comisión de Emergencia Judicial, la Comisión Judicial del [TSJ] o la Sala Plena del [TSJ], sin que se efectúe el concurso público de oposición establecido en el art. 255 de la Constitución”*

En consecuencia, sostuvo el Estado que los jueces provisorios *“no están sujetos a la carrera judicial y por lo tanto se encuentran excluidos de los beneficios de la estabilidad y permanencia que de esta dimanar”*.

Se destacó que, la línea jurisprudencial dentro del fuero interno del Estado, seguida tanto por la Sala Político Administrativa cuanto por la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia, sostenía que los jueces provisorios eran libres de nombramiento y remoción y que el derecho a la estabilidad estaba reservado a los jueces que ingresaran a la carrera judicial por la vía constitucionalmente consagrada –concurso públicos de oposición–

En el contexto fáctico en el que se insertó el caso, la Corte hizo notar que *“los jueces provisorios en Venezuela ejercen exactamente las mismas funciones que los jueces titulares, esto es, administrar justicia.”*

No obstante señaló que *“aunque las garantías con las que deben contar los jueces titulares y provisorios son las mismas, éstas no conllevan igual protección para ambos tipos de jueces, ya que los jueces provisorios son por definición elegidos en forma distinta y no cuentan con una permanencia ilimitada en el cargo”*

Destacó –entonces– que las condiciones y aptitud de los jueces provisorios para el ejercicio del cargo no se encontraban demostradas con las garantías de transparencia que imponen los concursos. Más de ello no podía concluirse que los jueces provisorios no deban contar con ningún procedimiento para ser nombrados.

De ello, concluyó que de la misma forma que el Estado *“está obligado a garantizar un procedimiento adecuado para los jueces provisorios, debe garantizarles una cierta inamovilidad en su cargo”*

En esta línea de desarrollo argumental, la Corte expresó que la provisionalidad *“debe estar sujeta a una condición resolutoria, tal como el cumplimiento de un plazo predeterminado o la celebración y conclusión de un concurso público de oposición y antecedentes que nombre al reemplazante del juez provisorios con carácter permanente”*

Así entendió que *“la garantía de inamovilidad se traduce, en el ámbito de los jueces provisorios, en la exigencia de que ellos puedan disfrutar de todos los beneficios propios de la permanencia hasta tanto acaezca la condición resolutoria que pondrá fin a su legal mandato”*

La Corte Interamericana afirmó que: *“La inamovilidad de los jueces provisorios está estrechamente ligada a la garantía contra presiones externas, ya que si los jueces provisorios no tienen la seguridad de permanencia durante un período determinado, serán vulnerables a presiones de diferentes sectores, principalmente de quienes tienen la facultad de decidir sobre destituciones o ascensos en el Poder Judicial.”*

Y reiteró su criterio expresado en su anterior sentencia del tema respecto a Venezuela (*Juan Carlos Apitz y otros –Corte Primera de lo Contencioso Administrativo–*), en el sentido de que:

“...los nombramientos provisionales deben constituir una situación de excepción y no la regla, ya que la extensión en el tiempo de la provisionalidad de los jueces o el hecho de que la mayoría de los jueces se encuentren en dicha situación, generan importantes obstáculos para la independencia judicial”.

Así, hizo notar que *“el régimen de transición en Venezuela persigue un fin legítimo y acorde con la Convención, esto es, que los mejores jueces integren el Poder Judicial. No obstante, la aplicación en la práctica de dicho régimen se ha mostrado inefectiva para cumplir con el fin propuesto. En primer lugar, porque el régimen se ha extendido por cerca de diez años...En segundo lugar, en el expediente ante la Corte no existe prueba sobre la adopción del Código de Ética...En tercer lugar, el Poder Judicial tiene actualmente un porcentaje del 40%...porcentaje que en la época de los hechos del presente caso alcanzó el 80%... Además, la Corte observa que los jueces provisorios son nombrados discrecionalmente por el Estado, es decir, sin la utilización de concursos públicos de oposición.”*

Consideró –entonces- que *“un reintegro inmediato de la señora Reverón Trujillo con posterioridad a la decisión judicial que reconocía la arbitrariedad de su destitución, y hasta tanto se celebraran los concursos de oposición, hubiera permitido salvaguardar tanto el objetivo que persigue el régimen de transición como la garantía de inamovilidad inherente a la independencia judicial”*

Por tales razones la Corte consideró que el Estado **violó el art. 25.1 de la Convención, en relación con los arts. 1.1. y 2 de ésta**, toda vez que el recurso al cual tuvo acceso la magistrada no brindó las reparaciones adecuadas y porque no existió motivo justificado para no reincorporarla al cargo judicial que ocupaba y saldarle los salarios dejados de percibir. El recurso –en consecuencia- no resultó efectivo.

SEGUNDA CONCLUSION. También consideró que el Estado **violó el art. 23.1.c de la C.I.D.H** al señalar que el mencionado artículo *“no establece el derecho a acceder a un cargo público, sino a hacerlo en ‘condiciones generales de igualdad’ ...el respeto y garantía a este derecho se cumplen, cuando ‘los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución [sean] razonables y objetivos’ y que ‘las personas no sean objeto de discriminación en el ejercicio de este derecho”*

Concluyó que *“es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación”*

Por ello, entendió que la decisión de la Sala Política Administrativa de reconocer que la destitución no estuvo ajustada a derecho, seguida de la referencia de que “en otras circunstancias” esa Sala hubiera podido ordenar la restitución de la magistrada, permitía inferir que entre esas otras circunstancias se encontraba la de contar con la condición de juez titular.

Así, la diferencia de trato entre jueces titulares *“que cuentan con una garantía de inamovilidad plena, y provisorios que no tienen ninguna protección de dicha garantía en el contexto de permanencia que les corresponde, no obedece a un criterio razonable”*

Por ello, consideró que la magistrada había sufrido un trato desigual arbitrario respecto del derecho de permanencia, en condiciones de igualdad, en ejercicio de las funciones públicas, situación que configuró la violación del art. 23.1 en función del 1.1. ambos de la C.I.D.H.

RECHAZO. Finalmente la Corte declaró improcedente la alegada violación del art. 8.1 –garantías judiciales- de la C.I.D.H. efectuada por los representantes de la juez destituida por entender que los términos en los que está redactado el artículo indican que el sujeto del derecho es el justiciable, es decir *“la persona situada frente al juez que resolverá la causa que se le ha sometido”*

Consideró, además, que tampoco se había probado la violación del art. 5.1.-derecho a la integridad personal- de la C.I.D.H., ya que los “hechos relacionados con la publicación de la destitución” no habían sido presentados en la demanda de la Comisión por lo que constituían hechos nuevos que no conformaban el marco fáctico del caso.

LA SENTENCIA. En su sentencia la Corte Interamericana, declaró la responsabilidad internacional del Estado venezolano por violar en perjuicio de María C. Reverón T. los derechos humanos a la Protección Judicial (artículo 25.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana), y el derecho político a tener acceso en condiciones de igualdad, a las funciones judiciales (artículo 23.1.c, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana). La Corte no estimó las violaciones a los artículos 8.1 y 5.1, aunque ordenó las reparaciones correspondientes por los daños inmateriales.

En efecto, en su sentencia la Corte Interamericana concluyó requiriéndole al Estado las siguientes órdenes de reparación integral y no repetición: **1.** Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación; **2.** El Estado deberá reincorporar a la juez Reverón Trujillo, en el plazo máximo de 6 meses a partir de la notificación de la Sentencia, a un cargo similar al que desempeñaba, con la misma remuneración, beneficios sociales y rango equiparables a los que le correspondería el día de hoy si hubiera sido reincor-

porada en su oportunidad. En caso contrario, deberá pagarle US\$ 60.000,00 o su equivalente en moneda nacional, en el plazo máximo de 18 meses a partir de la notificación de la Sentencia. **3.** El Estado deberá eliminar inmediatamente del expediente personal de la juez Reverón Trujillo la planilla de liquidación en la que se dice que la víctima fue destituida. **4.** El Estado deberá adoptar, a la mayor brevedad, las medidas necesarias para la aprobación del Código de Ética, en el caso de que aún no lo haya hecho. **5.** El Estado deberá adecuar en un plazo razonable su legislación interna a la Convención Americana a través de la modificación de las normas y prácticas que consideran de libre remoción a los jueces provisorios, de conformidad con lo expuesto en la Sentencia. **6.** El Estado deberá realizar las publicaciones en la Gaceta Oficial y en un diario de mayor circulación nacional indicadas en la Sentencia, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la misma. **7.** El Estado debe realizar los pagos de las siguientes cantidades en dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la Sentencia: (i) US\$ 150.000 teniendo en cuenta el salario y las prestaciones sociales que la víctima percibía sobre la base de la equidad; (ii) US\$ 30.000,00 por concepto de indemnización por daño inmaterial; y (iii) US\$ 30.000,00 por concepto de costas y gastos.

Finalmente la Corte dejó claramente señalado que supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. A estos efectos, el Estado deberá, dentro del plazo de 6 meses contado a partir de la notificación de la Sentencia, rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

Si bien el Juez *ad hoc* designado por el Gobierno venezolano, abogado Einer Elías Biel Morales, votó de manera disidente, el mismo se refirió únicamente a las excepciones preliminares, ya que aclaró que “concuero en las razones que sustentan las decisiones de fondo adoptadas por la mayoría”.

COMENTARIO: En suma, se ha estimado ajustadamente que se trata de un trascendente fallo que fortalece la democracia, el Estado social de derecho y de justicia, así como los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana. El cumplimiento de esta decisión deberá repercutir en la búsqueda de un Poder Judicial autónomo e independiente, capaz de resistir las presiones políticas o económicas de los poderes del Estado y demás factores. Sin duda, un triunfo para quienes tienen la difícil labor de impartir justicia frente a condiciones hostiles y carentes de las garantías exigidas por la Constitución venezolana y la Convención Americana.

EL CASO ARGENTINO: El régimen de subrogancias fue establecido por la ley 25.876 (publicada en el Bol. Of., el 22/1/04) que agregó el art. 7, inc. 15 a la ley 24.937 por el cual se reconoció al Consejo de la Magistratura de la Nación la facultad de “*dictar los reglamentos que establezcan el procedimiento y los requisitos para la designación de jueces subrogantes en los casos de licencias o suspensiones del titular y transitorios en los casos de vacancia para los tribunales inferiores*”

Se estableció –además– que el juez designado debe cumplir con los requisitos previstos por la ley para concursar para ese cargo y que perciba una remuneración equivalente a la que correspondería a su titular.

En el contexto de esta facultad legalmente acordada fue que el Consejo de la Magistratura dictó la resolución 76/04 por el que se aprobó el reglamento de selección de los jueces subrogantes.

Sin perjuicio que la validez del régimen de subrogancia fue llevado a conocimiento de la Corte, ante la solicitud de “avocación” impetrada por la Cámara Nacional en lo Civil, con la finalidad de invalidar la designación de magistrados en ese fuero, la Corte rechazó resolver el planteo por Resolución 2374/04, del 3/12/04.

Con posterioridad varios tribunales nacionales declararon la inconstitucionalidad de la normativa fundando su decisión en la afectación al principio de división de poderes y a las garantías de independencia e inamovilidad de los jueces inherente al derecho de los justiciables de ser juzgados por jueces imparciales.

El argumento central partió de la base de considerar inconstitucional la resolución 76/04 del Consejo de la Magistratura en cuanto aprobaba el reglamento de subrogancias, previendo la subrogación de jueces por funcionarios que no contaban con designación del Ejecutivo ni el correspondiente acuerdo del Senado.²

En este marco, la Corte Suprema de Justicia dictó la Acordada 7/05 donde dispuso mantener la validez de las actuaciones cumplidas por los jueces subrogantes.

En esa oportunidad, la Corte instó al Consejo y al Ejecutivo a que agilizaran la cobertura de vacantes. También advirtió que *“dada la cantidad de designaciones que se han llevado a cabo al amparo del régimen aludido y la importancia de las cuestiones decididas en todos los fueros y, especialmente, en el ámbito penal, tales nulidades pueden incrementarse y provocar la paralización de la administración de justicia con consecuencias gravísimas”*.

Para ese entonces, el Consejo había nombrado unos 200 jueces subrogantes, que ya ocupan aproximadamente el veinte por ciento de los puestos de la Justicia.³

Si bien el régimen de nombramiento de jueces interinos (subrogantes) que creó el Consejo de la Magistratura –res.76/04–, pretendió atender una situación de necesidad cual es la de cubrir provisoriamente los cargos vacantes en juzgados y tribunales que, por cualquier motivo se encontraran sin un titular a cargo, lo cierto es que estableció un procedimiento que permitió conferir la función jurisdiccional a personas no designadas conforme a los mecanismos constitucionales. No obstante la Corte mantuvo la validez *“de las actuaciones cumplidas o a cumplir por los subrogantes designados con arreglo al reglamento aprobado...hasta tanto se agoten en cada caso las vías recursivas... y se decida en definitiva...”*

Posteriormente el Máximo Tribunal se expidió sobre la cuestión de fondo: la validez constitucional de dichos actos, resolviendo por mayoría la inconstitucionalidad del Régimen de Subrogaciones aprobado por Resolución n° 76/2004 del Consejo de la Magistratura, ratificando la validez de los actos procesales cumplidos por quienes desempeñaron la judicatura en esas condiciones y el mantenimiento de los designados en el ejercicio de sus cargos hasta su reemplazo o ratificación durante el plazo máximo de un año.⁴

Que es importante destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación fijó el alcance de la declaración de inconstitucionalidad del régimen de subrogaciones aprobado por la res.76/04 del Consejo de la Magistratura *“en la medida en que no se adecua a los parámetros constitucionales, en particular; en cuanto autoriza un método de nombramiento circunscripto a la intervención exclusiva de organismos que operan en el ámbito del Poder Judicial (tribunales orales, cámaras nacionales de apelaciones o cámaras federales y, para algunos supuestos Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura)...”* (del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda)

Sin embargo, sostuvo que *“Lo expuesto no implica en modo alguno cuestionar el funcionamiento y eficacia de las actuaciones que se hubieran iniciado o se hallen aún en trámite bajo el sistema de subrogaciones, aquí tachado de inconstitucional. Elementales razones de seguridad jurídica obligan a rechazar cualquier inteligencia que admitiese la negación de consecuencias derivadas de la aplicación del régimen de subrogaciones, cuya génesis debe ubicarse en una situación de extrema necesidad susceptible, eventualmente, de obstruir, o más aún paralizar, la administración de justicia y que, por ello, con una finalidad eminentemente práctica y en el ámbito de la superintendencia que ejerce el tribunal fue*

² En numerosas oportunidades se decretó la nulidad de parte o todo lo actuado por los subrogantes. En esa línea se expidieron, por ejemplo, la Sala V de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, el Tribunal Oral Criminal n° 9 y las Salas III y IV de la Cámara de Casación Penal.

³ Según estadísticas de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, en septiembre de 2006 sobre un total de 895 magistrados que cumplían funciones en los tribunales inferiores nacionales y federales de todo el país, aproximadamente 170 eran subrogantes. (María Bourdin, para infobaeprofesional.com del 18 de septiembre de 2006. “El 20% de los jueces de la Nación está con cargo provisorio.”) Al 20 de agosto de 2009 existen 143 vacantes con concurso en trámite, a las que se agregarán 6 más que se producen al generarse vacantes en los juzgados por la designación de 17 nuevos jueces.

⁴ R. 1309. XLII. “Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación”, marzo de 2007.

oportunamente admitido en forma provisorias” (del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda)

La Corte Suprema, en el caso ‘Rosza’ citado, en el considerando 14 dijo, claramente, que el sistema constitucional *“no excluye la implementación de un régimen de jueces subrogantes... Este régimen alternativo y excepcional requiere la necesaria intervención de los tres órganos mencionados”* (el Consejo de la Magistratura, el Poder Ejecutivo y el Senado de la Nación, sic). Y dice que ha sostenido enfáticamente la intervención del Poder Ejecutivo precedida de la selección y emisión de propuestas en ternas vinculantes (Fallos 306:72). Agregó que a los fines de no vulnerar la independencia es indispensable *“que este régimen de contingencia respete los principios y valores que hacen a la naturaleza y esencia del Poder Judicial en un estado constitucional de derecho, adaptándolos a las particularidades de excepción de un mecanismo de suplencias. También resulta imprescindible que la selección de estos magistrados esté precedida de un criterio de razonabilidad”* (cons. 14).

A pesar de la claridad de estos conceptos, se dictó luego la ley 26.372, sancionada el 21 de mayo de 2008, promulgada el 29 de mayo y publicada en el Boletín Oficial el 30 de mayo de 2008, por la que el Congreso de la Nación estatuye sobre el régimen de jueces subrogantes, permitiendo su designación sin la indispensable intervención del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, conforme lo ordenan los arts. 113, 114 y correlativos de la Constitución Nacional, y lo determinado por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso ‘Rosza’.⁵

INCIDENCIA DEL FALLO DE LA CORTE INTERAMERICANA EN LA SITUACIÓN ARGENTINA.

Del fallo que comentamos, surgen los siguientes principios:

La inamovilidad de los jueces provisorios está estrechamente ligada a la garantía contra presiones externas;

Si los jueces provisorios no tienen la seguridad de permanencia durante un período determinado, serán vulnerables a presiones de diferentes sectores, principalmente de quienes tienen la facultad de decidir sobre destituciones o ascensos en el Poder Judicial;

Los nombramientos provisionales deben constituir una situación de excepción y no la regla;

La extensión en el tiempo de la provisionalidad de los jueces o el hecho de que la mayoría de los jueces se encuentren en dicha situación, generan importantes obstáculos para la independencia judicial;

En el caso, la aplicación del régimen de jueces provisorios ha resultado contraria a los fines de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además de generar obstáculos a la independencia judicial resulta particularmente relevante por el hecho de que el estado demandado no ha ofrecido a dichos jueces la garantía de inamovilidad;

Se establece la responsabilidad internacional del Estado cuando se viola los derechos humanos a la Protección Judicial (artículo 25.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana), y el derecho político a tener acceso en condiciones de igualdad, a las funciones judiciales (artículo 23.1.c, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana).

Finalmente, la Corte dejó claramente señalado que supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

⁵ El art. 2º de la ley 26.372 dice: “ARTICULO 2º - De no resultar posible la integración mediante el procedimiento previsto precedentemente, se procederá a la designación de un subrogante, por sorteo, entre una lista de conjuceces confeccionada por el Poder Ejecutivo nacional. A esos efectos el Poder Ejecutivo nacional confeccionará cada TRES (3) años, una lista de conjuceces, que contará con el acuerdo del Honorable Senado de la Nación. Los integrantes de la misma, serán abogados de la matrícula federal que reúnan los requisitos exigidos por la normativa vigente para los cargos que deberán desempeñar. Se designarán entre DIEZ (10) y VEINTE (20) conjuceces por cada Cámara Nacional o Federal, según las necesidades de las respectivas jurisdicciones”.

Que, el art.75, inc.22 de la C.N. otorgó jerarquía constitucional a ciertos Tratados de Derechos Humanos disponiendo que “en las condiciones de su vigencia... no derogan artículo alguno de la Primera Parte de (la) Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”

Más allá de la intensa discusión que se ha generado acerca de la jerarquía (supra constitucional o infra constitucional) de los tratados y convenciones internacionales, lo cierto es que Constitución Nacional mantuvo supremacía sobre los tratados, con la excepción de los Tratados de Derechos Humanos que obtuvieron jerarquía constitucional y de aquellos que la adquirieron con posterioridad a la reforma de acuerdo con el procedimiento establecido en la norma constitucional –vgr. la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas (1997), la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad (2003)-

En este marco, es dable advertir que la interpretación que de ellos hagan los organismos internacionales suscita el problema de las relaciones del orden jurídico interno con el derecho internacional y del mantenimiento o no de la supremacía de la Corte Suprema frente a la protección internacional de los derechos humanos y las competencias respectivas de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conf., Gelli, María Angélica en “Constitución de la Nación Argentina”-Comentada y Concordada- Tercera edición, ampliada y actualizada, La Ley, págs. 709 y sgtes.)

Sin embargo la Corte Suprema de Justicia de la Nación al remitirse a la jurisprudencia internacional para resolver casos concretos aludió, en “Ekmekdjian c/Sofovich”, a la Opinión Consultiva 7/86, afirmando que en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica- debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Y si ello es así, las cuestiones tratadas y decididas en el fallo que se comenta, se ajustan rigurosamente a la concepción del Estado Constitucional de Derecho, con especial énfasis en los derechos humanos, y dan certeza constrictiva a las pautas

**CONSEJO DE LA MAGISTRATURA. NORMAS CONSTITUCIONALES, EQUILIBRIOS
Y DESEQUILIBRIOS. INTEGRACIONES ¿IGUALDAD EN LAS REPRESENTACIONES?
LAS EXPERIENCIAS DESDE 1994**

DR. HÉCTOR OSCAR MÉNDEZ
COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PLATA

RESUMEN DE CONTENIDO. CONCLUSIONES PROPUESTAS.

1.) La integración del Consejo de la Magistratura Nacional debe conformarse con la participación de la representación de: a) los órganos políticos resultantes de la elección popular (P.E y P.L.); b) los jueces de todas las instancias (incluida la CSJN); c) los abogados de la matrícula federal, y d) los profesionales del ámbito académico y científico.

2.) En esa integración debe existir equilibrio entre la representación de los tres primeros sectores, sin perjuicio de la participación en el órgano y sin formar parte de dicho equilibrio del cuarto sector.

3.) La ley no exige la intervención directa y personal en el Consejo de los órganos políticos y es conveniente que no lo haga, haciéndolo en cambio a través de sus representantes técnicos, en tanto se ha pretendido la despolitización del sistema de designación y remoción de magistrados.

4.) Ese equilibrio que presupone la necesaria existencia de igualdad de pesos y fuerzas de cada sector, debe existir en lo sustancial confiriendo el mismo peso político a cada uno de los sectores en el momento de la toma de sus decisiones.

5.) Ello presupone que ninguno de los tres sectores que lo forman tenga preponderancia por sí solo sobre los otros dos, tanto para la toma de decisiones como para imposibilitarla.

I.- LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LA JUSTICIA. CONSEJO DE LA MAGISTRATURA Y JURADO DE ENJUICIAMIENTO

La actual Justicia Nacional y Federal necesita imperiosamente recuperar la credibilidad, confianza y prestigio que ha perdido en los últimos años, así como la legitimidad social de un sistema que viene siendo seriamente cuestionado en cuanto a su funcionamiento. Los índices de confianza y la percepción de la población sobre la imparcialidad, honestidad y eficiencia de nuestra justicia continúan en niveles alarmantes por lo bajos.

Se emparejan con ello los altos índices de corrupción que indican todas las encuestas y la general conciencia de impunidad que tiene la gente común, en especial para estos delitos porque así lo demuestra la diaria realidad, que como se ha dicho es la única verdad.

La falta de independencia de los jueces y su sometimiento al Poder Ejecutivo terminan por facilitar el camino hacia la impunidad, al menos por el solo paso del transcurso del tiempo, ante la inacción judicial que favorece la pérdida de pruebas o el arribo a los plazos de prescripción.

Diversos factores han influido para la configuración de la actual situación de la Justicia Nacional. Pero, por cierto, la reforma del marco regulatorio del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento -Ley 24.937 y su correctiva Ley 24.939- que fuera dispuesta por la Ley 26.080 vino a agravar sensiblemente el estado de situación. Esta última ley, actualmente vigente, sancionada inmediatamente después de la asunción de los nuevos representantes surgidos de las elecciones parlamentarias de octubre de 2.005 que confirieran mayoría legislativa al oficialismo, contribuyó a ese descrédito, generan-

do temor e intranquilidad en el Poder Judicial, la queja de los sectores interesados y el descrédito de la justicia nacional y federal.

La reforma constitucional de 1.994 en los nuevos artículos 114 y 115, al introducir en la órbita del Poder Judicial el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento de extracción constitucional europea, respectivamente, tuvo por objetivo asegurar el respeto de la idoneidad de los magistrados, la transparencia de sus designaciones y con ello reforzar la independencia del Poder Judicial colocándolos fuera de la influencia de los Poderes Políticos. Por ello la última reforma de la Ley 26.080 al dar clara preponderancia a los órganos políticos en la integración de estos órganos que entre otras, tienen las importantes facultades de designación y remoción de los magistrados, ejercicio de las facultades disciplinarias, de reglamentación y de administración de los recursos del Poder Judicial, se vislumbra como notoriamente contraria a la citada reforma constitucional que pretende reglamentar.

II.-LA INTEGRACIÓN DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA. EL CONCEPTO DE EQUILIBRIO

Sin perjuicio de la ausencia de precisiones del art. 114 de la CN 1994 respecto a la cantidad de integrantes y la forma de integración del órgano entre los diferentes sectores o estratos intervinientes, por la falta de acuerdo en el seno de la Convención Constituyente de 1994, el constituyente fijó una importante pauta directriz para que el legislador pudiese interpretar razonablemente en cada caso al regular su composición el verdadero sentido de la norma constitucional, traduciendo numéricamente el “*equilibrio*” del que habla el precepto constitucional.

Así se pretendió que esa integración no sea no solo proporcionada entre los tres sectores o estratos interesados, sino también que esta proporcionalidad sea establecida “*procurando el equilibrio*” entre los mismos, esto es buscándolo o teniéndolo siempre como objetivo prioritario, lisa y llanamente porque hace a la esencia del nacimiento y razón de ser del órgano y de sus funciones.¹

Sin duda la clave de bóveda del sistema radica en determinar el correcto sentido de la previsión constitucional que establece que esa integración tripartita se concrete reglamentariamente “*procurando el equilibrio*” entre los sectores que la conforman.

Se ha dicho que de los términos y forma en que está redactada la norma constitucional, pareciera ser que el equilibrio debe darse entre la representación de los órganos políticos, los jueces y los abogados, o dicho en otros términos, una representación numérica igualitaria de cada uno de los estamentos es decir un tercio para cada uno.²

Por nuestra parte creemos que si bien es cierto que inicialmente esa expresión no permite asegurar la alusión a la exigencia de una igualdad estrictamente numérica entre los tres estratos representados porque precisamente, como se vio, los constituyentes no pudieron llegar a acuerdo para determinar con precisión la cantidad total de los miembros del órgano ni la de cada uno de los estratos o sectores representados, ni del cuarto sector que conforma la integración, dejando librados esas cuestiones a la decisión del legislador, existió preocupación por fijar una pauta dirimente de la regulación legislativa.

En virtud de ello entendemos que de la adecuada y razonable interpretación del término “*equilibrio*”, en función de las características y atribuciones del órgano que se regula, se puede llegar a una significación adecuada a la finalidad del constituyente, que como se verá es algo semejante al de la integración igualitaria.

En suma, si bien es cierto que como se ha dicho, es evidente que no se exige igualdad en la cantidad de representantes de cada estamento, no es menos cierto que también ha desechado el predominio de alguno de ellos. Por ello una interpretación de mayor buena fe debería acercarse a la igualdad.³

¹ Convencional HITTERS, “*Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*”, Santa Fe. Paraná, 1.994. Tomo II. Secretaría Parlamentaria. Comisión de Publicaciones. Pág. 2430

² CRAVIOTTO Eduardo “*El Consejo de la Magistratura ¿Consecuencia de la crisis de la Administración de Justicia?*” L.L. 1.995-A-840

³ PALAZZO Eugenio Luis “*Viejas y nuevas culpas en la degradación de los procesos de designación y remoción de jueces*”, cit. loc cit.

El marco de la procura del equilibrio, que establece la Constitución, obliga a concluir que cualquiera sea el número de miembros que el legislador considere conveniente establecer en cada caso, según las circunstancias y razones para la composición total del órgano o de los sectores representados, su configuración definitiva ha de estar siempre signada por dicho equilibrio. Con ello se ha pretendido ni más ni menos que la composición numérica que en definitiva se fije en cada caso -y que puede no ser necesariamente igualitaria- deba garantizar que ninguno de los sectores, pero sobremanera los poderes políticos, tenga en él una hegemonía que menoscabe la transparencia en el cumplimiento de las funciones que le asigna y así se asegure el pluralismo en su integración.⁴

Consideramos que la Constitución utiliza el término equilibrio no en un sentido técnico sino en su significado común u ordinario que tiene en la lengua española⁵ como igualdad de peso o fuerzas⁶ permitiendo entender sin dificultad que los convencionales constituyentes han pretendido significar que siempre debe existir un balance, contrapeso o contrarresto de fuerzas entre los representantes de los tres sectores o estratos, de modo que todos tengan igual peso sin que ninguno de ellos prevalezca o predomine sobre los otros dos. Algo así como una particular balanza de tres platos.

Tratándose de un órgano colegiado que toma sus decisiones por la mayoría (común o especial) de sus miembros o integrantes, se ha pretendido que en la formación de esos actos orgánicos, cada uno de los tres estratos tenga igual fuerza o peso, descartándose la posibilidad de que esas decisiones sean producto de la sola participación (quórum), o voluntad (mayoría) preponderante de uno solo de ellos, tanto en sentido positivo para la toma de una decisión, como negativo para evitar o bloquear una decisión de los demás sectores o estratos representados. En ello, creemos no pueden caber dudas y es precisamente lo que ambas leyes regulatorias no han respetado, sobremanera la ley 26.080.

En suma, lo importante es que ese equilibrio o igualdad de pesos, para resultar eficaz a los efectos pretendidos debe existir no en lo formal o extrínseco mediante la igualdad numérica de los miembros de cada uno de los tres sectores, sino que la exigencia constitucional es más profunda aún, debiendo encontrarse siempre reflejado en lo sustancial, como consecuencia de la igualdad de peso político (en razón de los derechos políticos o de voto) de cada uno de los sectores en el momento de la toma de sus decisiones.

Ello así por cuanto en la estructuración definitiva que pueda conferir la ley al órgano, en cada caso, puede suceder que no todos los integrantes tengan voto o la misma cantidad de votos, o que puedan existir algunos que tengan voto simple y otros voto plural. Lo que importa sustancialmente -en suma- no es la cantidad numérica o formal de los integrantes de cada sector, sino la cantidad final de votos que se confiere a cada uno de ellos en la formación de la voluntad del cuerpo, en comparación con los otros dos, de modo que ninguno tenga por sí solo una participación preponderante⁷ o de más peso respecto de los otros, prevaleciendo sobre ellos.

⁴ PAIXAO Enrique "La reforma de la administración de Justicia. El Consejo de la Magistratura" En AAVV, "La Reforma de la Constitución Explicada por los miembros de la Comisión de Redacción", Ed. Rubinzal Culzoni, 1.994,

⁵ Según el Diccionario de la Lengua Española, en las acepciones que más se adecuan al caso la palabra equilibrio significa: 3. "peso que es igual a otro y lo contrarresta"; 4. "contrapeso, contrarresto, armonía entre cosas diversas"- Real Academia Española, Vigésima segunda edición 2.001, tomo I, a/g, pág. 942, Ed Espasa, Argentina.

Por otra parte, en su sentido etimológico, proviene del latín "k" de "aequilibrium": "aequi" o "aequus" -igual, mismo- y "libris" o "librium" -de libra, unidad de peso; balanza-, corrobora o permite redondear esa significación-. GÓMEZ DE SILVA Guido, "Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española". Ed. Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1.999, pág. 261/262

⁶ EDWARDS Carlos Enrique "El Consejo de la Magistratura", ed. Ciudad Argentina, Bs.As., 1.998. Cap. III. Composición y autoridades. Parag.1. Integración Plural. Pag. 39/42

⁷ En la necesidad de utilizar los términos con cuidado y en su correcto sentido lingüístico, cabe recordar que "preponderante" significa en la lengua española "Que prevalece o tiene cualquier tipo de superioridad respecto a aquello con lo cual se compara", mientras que "preponderar" significa 1-Dicho de una cosa: pesar más respecto de otra; 2.-Dicho de una opinión u otra cosa: Prevalecer o hacer más fuerza que aquella con la cual se compara; 3.-Dicho de una persona o de un conjunto de ellas: Ejercer influjo dominante o decisivo". *Diccionario de la Lengua Española* cit., vol. 2 h/z, pág. 1825

Como consecuencia de lo expuesto, tratándose el Consejo de un cuerpo orgánico, el equilibrio que determina la Constitución reformada equivale a lograr una igualdad de número de los integrantes que representan a cada estamento: el político, el judicial y el profesional.⁸

Y ello será así siempre que -como es el principio general en materia corporativa- se prevea que todos los integrantes tengan el mismo derecho de voto simple o de un voto cada uno. En suma en estos casos, la igualdad numérica de los miembros de cada sector o estrato se traslada o paraleliza con la igualdad de peso o de derechos políticos de cada sector en la toma de decisiones, de forma tal que lógicamente cuantos mas representantes tenga un estamento, mayor poder de decisión tendrá en el consejo a la hora de tomar resoluciones⁹ aunque como se vio puede que ello no se de cuando por ejemplo se confiera a alguno de los integrantes voto plural o privilegiado.

Por su parte, la expresión procurando (de procurar) que se antepone a equilibrio, ha sido utilizada también en el significado común que le confiere la lengua española¹⁰ pretendiendo que el equilibrio constituya una finalidad que tendrá que ser permanentemente respetada en cada regulación legal que siempre deberá buscarlo como objetivo cierto e inexcusable.

En suma la Constitución exige que se hagan los esfuerzos necesarios para conseguir que todos los sectores o estratos representados tengan igual peso o fuerza a la hora de la toma de las decisiones, de forma tal que uno solo de ellos no pueda tomarlas o impedir que se las tome (poder de bloqueo) por su sola voluntad como acaece con la reforma de la ley 20.680.

Esta postura ha sido recientemente adoptada por la Mesa de Diálogo y Trabajo para la reforma de la Ley del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento, al destacar que ha existido un amplio consenso en cuanto a algunos principios claramente fijados en la CN que deben ser respetados al establecer legislativamente la organización funcionamiento del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento. El primer principio constitucional a tener en cuenta es sin duda, el de la composición equilibrada del Consejo de la Magistratura a través de la adecuada representación de los órganos políticos, de los jueces, de los abogados y del mundo académico.¹¹

Este concepto de equilibrio -añade el documento-, no es una mera recomendación sino una regla esencial que rige la integración del Consejo. La noción adquiere su pleno valor por contraste, pues resulta fácil visualizar cuando ocurren desequilibrios. Se entiende que dicho concepto de equilibrio encuentra su debido contenido en que ninguno de los grupos indicados pueda por sí solo tener quórum, actuar o bloquear la actividad de los demás, requiriéndose por tanto una actividad conjunta de los representantes de los distintos sectores, de manera de lograr el espíritu de consenso que corresponde a dicha directiva constitucional de equilibrio.¹²

III.-SECTORES QUE INTEGRAN EL EQUILIBRIO

Con relación a cuáles son los sectores o estratos intervinientes entre los que se ha de formar el equilibrio, existen diferentes opiniones.

Según una postura, éste debería lograrse con los cuatro sectores o estratos a los que la constitución

⁸ EDWARDS. Ob cit, loc cit.

⁹ EDWARDS. Ob cit. parag.2.Miembros, pág.43/45

¹⁰ Según el Diccionario de la Lengua Española cit. 1. Hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa. 2. Conseguir o adquirir algo. Cit. vol. II pág. 1839.

De latín "*Procurare*" de "pro" (para, en nombre de) y "curare" (ocuparse, cuidar). GOMEZ DE SILVA, *Diccionario Etimológico* cit., pág . 566

¹¹ Resulta claro que para la opinión de esta comisión el equilibrio participativo es entre los cuatro estratos, opinión que por lo visto supra no compartimos, al entender que debe ser entre los primeros tres.

¹² Documento final de la Comisión cit. Parág. I. Fundamentos y orientaciones constitucionales sobre la organización y finalidades del Consejo de la Magistratura.

da participación: los órganos políticos resultantes de la elección popular considerados separadamente, esto es Poder Legislativo (1) y Poder Ejecutivo (2), Jueces (3) y Abogados (4).¹³

De acuerdo a otra opinión, se entiende que sin perjuicio de la integración plural con representantes de los órganos políticos, de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula federal y de otras personas del ámbito académico y científico, el equilibrio solo debería procurarse entre todos los poderes del Estado esto es Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial (1), y de los particulares vinculados con la administración de justicia (2), esto es entre dos grandes sectores.¹⁴

Consideramos que sin perjuicio de la participación plural de los cuatro estratos o sectores mencionados (1) órganos políticos resultantes de la elección popular; (2) jueces de todas las instancias; (3) abogados de la matrícula federal y (4) otras personas del ámbito académico y científico, a la luz del texto y del espíritu de la reforma constitucional cabe considerar que el equilibrio debe ser procurado o buscado solo y exclusivamente entre los tres primeros sectores representados¹⁵ que se encuentran comprometidos e interesados en el quehacer judicial, a saber: los órganos políticos elegidos por el pueblo (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo juntos integrando un mismo y único sector o estrato) (1); los jueces de todas las instancias (2) y los abogados de la matrícula federal (3).¹⁶

Si bien la última parte del segundo párrafo del artículo 114 de la CN, complementa esa integración del Consejo de la Magistratura con un cuarto sector: “*otras personas del ámbito académico y científico*” (4) entre las que entendemos cabe incluir tanto necesaria como convenientemente a los miembros de las Academias de Derecho¹⁷, no lo hace formar parte del equilibrio de representaciones pretendido en la primera parte del mismo, ni lo incluye en la representación de uno de esos sectores.¹⁸ De forma tal que su participación en el órgano no puede considerarse comprendida integrando ninguno de esos estratos porque la Constitución no lo dice. Menos aún como un sector o estrato autónomo integrante del equilibrio que reiteramos según lo dispone la CN debe lograrse solo entre la representación de los tres primeros estratos o sectores -órganos políticos (1), jueces (2) y abogados (3)- por haber quedado expresamente excluido de dicho equilibrio el cuarto estamento (ámbito académico y científico).¹⁹ Su integración en el cuerpo está claramente prevista en el párrafo siguiente (separado del anterior) que exige el equilibrio entre los tres sectores, sin perjuicio de delegar su participación en cuanto al número y la forma -al igual que los demás estratos- a lo que indique la ley reglamentaria.

a.- Estamento político.

En cuanto a la participación de los órganos políticos resultantes de la elección popular en el Consejo, es importante tener en cuenta que con la reforma constitucional de 1994 éstos no desaparecieron de esce-

¹³ Convencional FALBO “*Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*”, cit. pág. 2410.

Así lo consideran también en las conclusiones de la Mesa del Diálogo y Trabajo para la Reforma de la Ley del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, integrada por los dros. Fernando R. Frávega (Colegio de Abogados de la Ciudad de Bs.As.); Alfonso Santiago (Universidad Austral), Luis V. Velasco (Sociedad de Abogados Penalistas de Buenos Aires -UCA), Eugenio Palazzo (Fundación para la Educación, la Ciencia y la Cultura); Roberto A. Punte y Maria Sofia Sagues (Universidad Católica Argentina).- Bs.As., 22 de septiembre de 2009. UCA. E.D. rev 28-XI-2009 pág.8 Opiniones y documentos, ap. I Fundamentos y Orientaciones constitucionales sobre la organización y finalidades del Consejo de la Magistratura).

¹⁴ BIANCHI, Alberto B. “*El Consejo de la Magistratura*” LL 1994-E-1274. Parág. IV. El Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional, parág. a); Pautas Básicas. Pág. 1285/1286.

¹⁵ Convencional CULLEN, “*Diario de Sesiones de la Convención Nacional constituyente*”, cit. pág. 2410/2412.

¹⁶ Convencional HITTERS, “*Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*”, cit. pág. 2428.

¹⁷ Convencional FALBO, “*Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*”, cit. pág. 2408/2410

¹⁸ PAIXAO Enrique “*La reforma de la administración de Justicia. El Consejo de la Magistratura*” En AAVV, “*La Reforma de la Constitución Explicada por los miembros de la Comisión de Redacción*”, Ed. Rubinzal Culzoni, 1.994, pág. 418.

¹⁹ EDWARDS, Carlos Enrique “*El Consejo de la Magistratura*”, ed. Ciudad Argentina, Bs.As., 1.998, PALAZZO Eugenio Luis, “*Viejas y nuevas culpas en la degradación de los procesos de designación y remoción de jueces*”, E.D.- Sup. Constitucional-, 22-XI-2.009, pag.1/4,ap.V

na, ni tienen solo una participación compartida con el poder judicial, los abogados y académicos en la integración de este nuevo órgano de selección.

Por el contrario es importante advertir que al respetarse el esquema clásico presidencialista y de división de poderes de origen estadounidense que caracteriza a la Constitución de 1853, estos órganos políticos a diferencia de los Consejos de la Magistratura del sistema parlamentarista continental europeo conservan en lo que hace a la designación y remoción de los jueces, (a través de sus representantes), las mismas y trascendentes atribuciones políticas que antes tenían, a las que se añade ahora la participación en ese nuevo órgano.

El Poder Ejecutivo mantiene así la facultad de designación por elección discrecional -aunque ahora limitada a la terna- y de nominación o propuesta del candidato y su posterior designación, y el Senado prestando -o rechazando- el acuerdo solicitado por aquél, acto también discrecional aunque ahora público²⁰ lo que implica por parte de ambos órganos el ejercicio de facultades -en el caso del primero- y de controles -respecto del segundo- también políticas.

Cabe señalar por lo demás que la norma no exige la intervención directa de los legisladores en el Consejo, sino tan solo de la representación de los mismos, solución que es la que han tomado todos los antecedentes europeos que sirvieron de base a este modelo (Francia, Italia y España, entre otros), por considerarse que se trata de un órgano eminentemente técnico que ha de estar conformado por profesores y profesionales de reputación y prestigio. Además, no otra deberá ser la solución aplicable si se tiene en cuenta el expreso propósito de la despolitización del sistema de designación y remoción de magistrados.

En suma, ambos poderes políticos: legisladores (diputados y senadores) y ejecutivo, deben estar representados en el Consejo aunque integrando un solo estrato o sector y a través de los indicados profesionales.

b.- Estamento judicial.

El artículo 114 exige la participación de la representación de los jueces de todas las instancias.

Con respecto a este sector, se ha considerado que la regla de elección no admite el fraccionamiento en estamentos diferenciados según el cargo de cada magistrado, considerándolos iguales a la hora de elegir y ser elegidos, sin perjuicio de la posibilidad de establecer alguna exigencia dirigida a evitar que todos los representantes de los jueces pertenezcan o se desempeñen en una misma instancia.²¹

No compartimos esa calificada opinión por cuanto si bien en el Poder Judicial no existen jerarquías sino competencias, éstas lo son por instancias, las que se encuentran bien diferenciadas, razón por la cual no podría excluirse tanto a la representación de la Corte como última o superior instancia, como a las dos instancias ordinarias.

Por lo expuesto precedentemente, en función del carácter presidencialista y de división de poderes en que se estructura nuestra constitución, no puede caber duda en que encontrándose el Consejo y el Jurado en la órbita del poder judicial, aunque fuere en forma desconcentrada, la CSJN como cabeza de poder no solo puede sino que debe participar, y también debe presidirlo.

²⁰ Destaca GARCIA LEMA que al elaborarse el núcleo de coincidencias básicas plasmadas en el documento del 13 de diciembre de 1.993, el radicalismo propuso suprimir todas las intervenciones políticas en el procedimiento de nombramiento de los jueces (excluida la Corte Suprema), en búsqueda de una mayor transparencia, remitiendo al Consejo de la Magistratura que se creaba la totalidad de esa responsabilidad. En cambio el Justicialismo defendió la participación de los poderes políticos en ese procedimiento por entender que la designación de los jueces no es una tarea que interese a un solo sector de la comunidad -al más vinculado profesionalmente a la actividad judicial- sino que atañe también al conjunto de ella, por tratarse de un servicio abierto a todos los sectores sociales. Como conciliación entre ambas posiciones, se postuló que los jueces fuesen designados por el Presidente de la Nación sobre la base de una propuesta vinculante realizada por el Consejo de la Magistratura en dupla o terna (sin cerrarse esta alternativa que hace a la mayor o menor discrecionalidad presidencial), con acuerdo del Senado en sesión pública. De tal modo, el control político quedaba muy limitado en el ámbito presidencial, pero se lo mantenía -en los términos de la Constitución vigente- en la Cámara de Senadores. GARCIA LEMA Alberto Manuel "La reforma por dentro. La difícil construcción del consenso constitucional" Ed. Planeta, Bs. As. 1.994 pág. 218 -Las Coincidencias alcanzadas.-

²¹ PAIXAO ob. cit., loc. cit. pág. 418.

Esta es, por lo demás, la opinión de la Mesa de Diálogo y Trabajo para la reforma de la Ley del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento, al sostener que el segundo principio que surge de la CN es que solo hay una cabeza del Poder Judicial, la CSJN (cfr. Art. 108 CN), lo que obliga a armonizar sus facultades con las del Consejo de la Magistratura (art. 114 CN). Por otra parte -añade el informe- del texto constitucional surge que los dos objetivos centrales que se propuso el Constituyente con la incorporación del Consejo de la Magistratura son “*asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación del servicio de justicia*” (art. 14 inc. 6 de la CN).²²

Y ello surge también tanto en los citados modelos europeos que sirvieran de antecedente, como en similares órganos que funcionan en la órbita del Poder Judicial de los EEUU cuyo sistema constitucional sirviera de modelo al argentino.

Finalmente cabe señalar en cuanto a la participación del Poder Judicial en la integración del Consejo de la Magistratura, que tampoco puede sobredimensionarse el rol que le confiere la reforma. En tal sentido, en el seno de la convención se señaló en forma expresa que se ha procurado un modelo de equilibrio que garantice la transparencia en el cumplimiento de sus cometidos y el pluralismo en la integración del órgano, pero que simultáneamente no convierta al Poder Judicial de la Nación en un sistema autogestionario en el que los jueces -cuya misión es la de decidir en casos concretos- puedan llegar a transformarse en la fuente de provisión de nuevos jueces (cooptación).²³

c.- Los abogados de la matrícula federal:

El trípode del equilibrio se completa con la representación de los abogados de la matrícula federal, pieza necesaria e imprescindible en la organización y control del funcionamiento de la justicia, que ha de intervenir en igualdad de condiciones y atribuciones que los otros dos sectores, la que lamentablemente no se ha dado en la práctica en ninguna de las dos regulaciones legales del Consejo de la Magistratura, ni en la última del Jurado de Enjuiciamiento.

IV.- EL DESEQUILIBRIO PARTICIPATIVO (O ESTÁTICO) EN LAS LEYES REGULATORIAS DEL CONSEJO.

La ley 24.937 adoptó una integración del Consejo de 20 miembros con la participación de los cuatro estratos interesados: órganos políticos -P.L. y P.E- (1), jueces de todas las instancias (2), abogados de la matrícula federal (3), y representantes del ámbito académico y científico (4), reconociendo que el Consejo es un órgano permanente del Poder Judicial (art. 1) y otorgando la presidencia del mismo al presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 10).

Cierto es que esa integración no lograba concretar el pleno y adecuado equilibrio entre los tres primeros sectores que pretende la norma constitucional (órganos políticos, jueces y abogados), al considerar en forma independiente a los diputados y senadores como si ambos órganos formaran parte, separadamente de un estrato distinto, con lo cual estimó un equilibrio cuatripartito y no tripartito como lo establece el art. 114 de la C.N, donde dos estratos eran políticos dando a cada cámara la misma cantidad de representantes que a los jueces y a los abogados (4 a cada uno), completándolo con el presidente de la

²² Documento final de la Comisión integrada por los drs. Fernando R. Fravega (Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires;), Alfonso Santiago (Universidad Austral); Luis V. Velazco (Sociedad de abogados penalistas de Buenos Aires- Uca), Eugenio Palazzo (Fundación para la Educación, la Ciencia y la Cultura), Roberto A. Punte y María Sofía Sagues (Universidad Católica Argentina), E.D. 23-XI-2009, pág. 8, Opiniones y Documentos. Parág. I. Fundamentos y orientaciones constitucionales sobre la organización y finalidades del Consejo de la Magistratura y Parág. II Reformas Legales que se consideran necesarias y/o conveniente introducir).

²³ Convencional PAIXAO “*Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*”, cit. pag 1220.

Añadiendo que “Se ha buscado un modelo intermedio en que los poderes democráticos retengan una importante injerencia en el proceso de designación de los jueces, pero en el que simultáneamente -por la participación de los propios jueces en el gobierno de la magistratura, junto con estamentos vinculados con la actividad forense y otras personas-, el sistema judicial esté gobernado con pluralismo aunque sin transferir a quienes no tienen la representación popular la totalidad de los poderes distintos de los que le son específicamente propios del sistema judicial, que son los de dictar sentencias, esto es resolver casos contenciosos ”

Corte, un (1) representante del Poder Ejecutivo, un (1) docente elegido por sus pares y un (1) académico designado el Consejo Interuniversitario Nacional.²⁴

De tal forma la norma estableció un notorio desequilibrio a favor de los órganos políticos en detrimento de los otros dos estratos -fundamentalmente de los abogados de la matrícula federal- lo cual fuera motivo de críticas y cuestionamientos que no fueron escuchados ²⁵, al otorgar a los órganos políticos 9 miembros (45 %); a los jueces, 5 miembros (25 %); a los abogados de la matrícula federal 4 miembros (20 %) y a las personalidades del ámbito académico y científico 2 miembros (10 %) -aunque estos no integran, como se vio el equilibrio-.

Como consecuencia de ello se otorgó al oficialismo (de ser mayoría en el Congreso) 5 miembros (4 legisladores por la mayoría y 1 representante del Poder Ejecutivo) el 25 % igualando a los jueces y superando en porcentaje a los abogados que resultan ser los mas afectados.

Sin perjuicio de lo antes indicado respecto de la inexistencia de una igualdad numérica integrativa o estática sino sustancial o dinámico funcional de los tres sectores entre los que se debe formar el equilibrio y la necesidad de hacer una interpretación armónica con la forma en que se estructuran el quórum y las mayorías para la toma de decisiones de éste como de cualquier otro órgano colegiado o plural ya sea público²⁶ o privado²⁷ no cuesta mucho comprender que en el esquema de esta ley no se cumplía con dicho equilibrio integrativo, en tanto uno de sus miembros -en el caso el sector político- tenía una participación claramente preponderante con respecto a los otros dos separadamente considerados, prevaleciendo claramente sobre los mismos al momento de la toma de decisiones, de forma tal que el equilibrio solo se logra juntando los otros dos sectores.

De todas formas, no obstante esas deficiencias, el Consejo de la Magistratura logró funcionar razonablemente unos pocos años durante la vigencia de esta Ley.

El Consejo entró en crisis con la modificación a la Ley 24.937 dispuesta por la Ley 26.080 del 22 de febrero de 2.006.

Lo cierto es que alegando pretender remediar la ley anterior²⁹ y con la excusa de disminuir la can-

²⁴ Algo semejante ocurre en la Provincia de Bs. As. con la ley 11.868 cuyo artículo 3 establece que el Consejo de la Magistratura de esa provincia estará compuesto por cuatro representantes del Poder Judicial (un ministro de la SCBA, un juez de Cámara, un Juez de Primera Instancia y un representante del Ministerio Público), 4 representantes del Colegio de Abogados de la Provincia de Bs. As., 4 representantes del Poder Ejecutivo y 6 representantes del Poder Legislativo (4 por la mayoría y 2 por la minoría), de forma tal que sobre una cantidad total de 18 miembros, los poderes políticos se reservan 10, esto es una amplia mayoría del 55,55% con una clara preponderancia en la integración del órgano, violatoria de la integración equilibrada que exige el art. 175 de la Constitución Provincial.

²⁵ PALAZZO Eugenio Luis, *"Viejas y nuevas culpas en la degradación de los procesos de designación y remoción de jueces"*. Señala además el autor que también se advertían en esa regulación legal colisiones con otros principios constitucionales, considerando que la participación de senadores y de un representante del Poder Ejecutivo resultan contradictorias con la intervención posterior del Presidente y del Senado en el proceso de designación de los jueces, entendiéndose también como discriminatoria la exclusión de docentes de universidades provinciales y privadas. Ob cit loc cit-

²⁶ Conf. arts. 53, 59, 63, 64, 66, 70, 75 inc.2, 22, 24, 77 bis, 79, 81, 83, 85, 86, 99 inc.4; 114 1º parte de la CN 1.994.

²⁷ Conf. PAEZ J.I. *"Tratado Teórico Práctico de las asociaciones"*, ed. Ediar, 1.964, Cap. V "Los órganos de la asociación", pág. 175/193; arts. 15 y 16 de la Ley 19836 de Fundaciones; arts. 49, 53 y 54 de la Ley de Cooperativas; arts. 243, 244 de la Ley de Sociedades Comerciales.

²⁸ Desde su rapidísima instrumentación ni bien se incorporaron las autoridades electas en 2005, no dejó de preocupar a todos los sectores vinculados con la justicia, afectando su credibilidad y prestigio. Creemos decididamente que esa nueva regulación, producto de un apresurado abuso de transitorias mayorías políticas en el seno del Congreso, de premeditada factura, no respeta y viola tanto el texto y el espíritu de la constitución nacional. Y lo que es peor aún, se ha colocado a la justicia argentina en una peor situación de la que se encontraba antes de la reforma constitucional de 1994, cuando se sabía que el régimen de designación era exclusivamente por elección política discrecional. Ahora con la modificación de esta ley, bajo el ropaje de una selección concursal por mérito a cargo de un órgano dominado por el sector político, las designaciones siguen siendo manipuladas por ese sector desnaturalizando o desvirtuando la esencia de esa reforma constitucional

²⁹ PALAZZO Eugenio Luis, *"Viejas y nuevas culpas en la degradación de los procesos de designación y remoción de jueces"*, cit, loc cit.

tividad total de miembros (que redujo a 13), no solo produjo un claro desequilibrio en la representación de los distintos sectores al provenir 7 de los 13 representantes del sector político³⁰ dándole una notoria preponderancia y un peso prevaleciente sobre los otros dos, no solo considerados separadamente sino también juntos o sumados!., incurriendo en nuestro modo de ver, en una grosera violación constitucional que deberá ser urgentemente revisada por vía legislativa o por medio de la intervención controladora de la CSJN como intérprete final de la Constitución.

Veámoslo. La ley 26.080 al fijar en 13 la cantidad de miembros³¹, otorga a los órganos políticos 7 miembros (53,85 %); a los jueces 3 (23,07 %); a los abogados de la matrícula federal 2 (15,38 %); y al ámbito académico y científico 1 miembro (7,69 %).

Se confiere así a los órganos políticos la mayoría absoluta, que por sí sola supera no solo a la sumatoria de los otros dos sectores que deben formar el equilibrio (jueces y abogados), sino también a la del cuarto sector o estrato, el ámbito académico y científico.

En suma, los órganos políticos incrementaron su participación del 45% según la Ley 24.937/24.939 al 53,85% respectivamente y el oficialismo (según la composición del Congreso) del 25% al 38,46%.

El sector de los jueces vio reducida su participación del 25% al 23,07% y los abogados -que aparece notoriamente como el sector mas perjudicado- del 20% al 15,38% .

Se ha dicho, con razón que la ruptura de todo equilibrio es evidente, pues la cantidad de los representantes de los órganos políticos supera la mitad, esto es goza de la mayoría.

Si bien se reduce la participación de todos los sectores representados -el sector político de 9 a 7, los jueces de 5 a 3, los abogados de la matrícula federal de 4 a 2 y los académicos de 2 a 1- como se ve, la reducción es mucho mas pronunciada en el caso de los sectores o estratos no políticos (jueces, abogados, científicos y académicos) que son así perjudicados en beneficio de los sectores políticos, a contrapelo de la letra y el espíritu de la reforma constitucional.

Respecto de los representantes del ámbito académico y científico tampoco respeta la disposición constitucional que se refiere en plural a los representantes del ámbito académico y científico, lo cual impediría la reducción de su participación de este estrato de dos a uno.³²

Finalmente se excluye irrazonablemente a la CSJN no solo de la presidencia sino también de representación en el Consejo, cuando el texto constitucional requiere jueces de todas las instancias y la CSJN es la instancia superior de la Justicia Nacional.

En efecto mientras el art. 2.1 de la Ley 24.937 otorgaba participación a la CSJN -a través de su Presidente- por el sector o estrato de los jueces, la Ley 26.080 al modificar esos artículos la excluyó -creemos que erróneamente- de esa participación a la cabeza del poder judicial, sin que se adviertan razones valederas para ello.

Creemos que el sistema de la Ley 24.937 al dar participación a la CSJN en el Consejo y conferirle su presidencia, resultaba mas razonable y adecuado al texto constitucional, sobremanera porque sin perjuicio de la autarquía financiera y autonomía funcional del Consejo, éste se encuentra constitucionalmente ubicado dentro del Poder Judicial y no como un órgano extra poder, en cuyo caso podría justificarse su no participación.

³⁰ Conclusiones de la Mesa de Diálogo y Trabajo para la reforma de la Ley del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento, cit. parág. I. Fundamentos y orientaciones constitucionales sobre la organización y finalidades del Consejo de la Magistratura .

³¹ Nos referimos siempre al artículo 2 de La Ley 24.937 según modificación de la Ley 26.080.

³² Artículo 114 segundo párrafo de la CN, GENTILE Jorge Horacio, *“La reducción del Consejo y el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados”*, cit.

**LOS CONSEJOS DE LA MAGISTRATURA.
LAS NORMAS CONSTITUCIONALES: EQUILIBRIOS Y DESEQUILIBRIOS.
INTEGRACIONES. ¿IGUALDAD EN LA REPRESENTACIÓN?
LAS EXPERIENCIAS DESDE 1994. PARTICIPACION DE LOS ABOGADOS.**

Dr. **LUIS ENRIQUE PEREIRA DUARTE**
COLEGIO DE ABOGADOS DE MARCOS JUÁREZ

SÍNTESIS

A través de la presente ponencia se realiza un análisis de la razón de ser y el funcionamiento del Consejo de la Magistratura de la Nación.

Para esto se valoran los antecedentes constitucionales en diferentes provincias argentinas y el procedimiento de designación y remoción de jueces en la Constitución Nacional de 1853-60.-

Se analizan las leyes reglamentarias de la Constitución reformada de 1994, en especial la modificación introducida por la ley 26.080 sancionada en el año 2006 y sus consecuencias.

Se concluye sosteniendo que sin perjuicio de las diferentes integraciones existentes en Nación y Provincias la presencia de los abogados resulta imprescindible, representación que deberá ejercerse con conciencia de la pertenencia estamental y con la obligación permanente de rendir cuentas a quienes le delegaron la representación.-

I.-INTRODUCCION.

Cuando se analiza la creación del Consejo de la Magistratura de la Nación, la primera crítica que surge es la que sostiene que el modelo adoptado corresponde a la tradición constitucionalista europea.

Mientras nuestro histórico modelo constitucional sigue al Norteamericano, en el que el Poder Judicial constituye un poder independiente y donde los jueces tienen el control de constitucionalidad de las leyes.

Este es un análisis limitado. Se olvida de mirar en nuestro Derecho Público Provincial donde esta institución está instalada desde hace mucho tiempo.

Los primeros Consejos de la Magistratura fueron instaurados en las provincias de Chaco y Rio Negro en los años 1957 y 58 y así se fue expandiendo en numerosas provincias argentinas. Cada uno diferente del que lo precedió, estos y los que los siguieron son siempre perfectibles.

Sin duda falencias menores comparadas con la violencia que genera la subjetividad del dedo omnipotente del gobernante de turno y donde la idoneidad es reemplazada por la opinión del “puntero” político o simplemente por el amiguismo de quienes tienen la posibilidad de designarlo.

Esa forma de designar a los jueces fue la que desde diferentes partidos políticos, gobernaciones, ministerios y legislaturas selló el fracaso de aquel sistema y por la fuerza de los hechos impulsó la creación del Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento.-

Por lo tanto su objetivo fue despolitizar la designación de jueces y crear un órgano independiente en el que interactuando en un balance de fuerzas los sectores interesados y con procedimientos públicos que garantizaran la ausencia de subjetividad en el nombramiento de los jueces se encargara de su selección en sus etapas previas y fundamentales.

II.- EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA EN NUESTRA CONSTITUCION NACIONAL

La Constitución de 1853-60.

Esta disponía que el Presidente de la Nación “nombra a los magistrados de la Corte Suprema y de los demás Tribunales Federales inferiores, con acuerdo del Senado”.

Para su destitución establecía que la Cámara de Diputados “ejerce el derecho de acusar ante el Senado, a los miembros de la Corte Suprema y demás Tribunales inferiores de la Nación, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones...”

Si bien durante la prolongada vigencia de ésta norma se designaron muy buenos jueces, en numerosas ocasiones las mismas eran consecuencia de los vicios a los que apuntaba más arriba.

Siendo la nominación de los jueces facultad exclusiva del Poder Ejecutivo y del Senado, necesariamente la misma estaba “impregnada” de la política, no de la política con mayúsculas, sino de la que obedecía a los intereses partidarios.

Habitualmente se omitía toda valoración objetiva sobre las condiciones del candidato y cuando la propuesta llegaba al Senado, éste hacía de mera escribanía de gobierno, ratificando lo que el Poder Ejecutivo le enviaba.

Todo esto permitió que muchos “mediocres” que generalmente fracasaban en su ejercicio profesional en forma privada, accedieran a cargos relevantes en la Justicia, situación repetida tanto en el ámbito nacional como en las distintas provincias.

A su vez, el juicio político se tornó en un sistema inoperante, fue muy cuestionado por su falta de agilidad y prueba de ello fueron los pocos magistrados que durante la vigencia de la Constitución 1853-60 fueron sometidos al mismo.

La reforma constitucional de 1994.

Este cuadro de situación fue generando en la opinión pública, en los ámbitos académicos y en los juristas la necesidad de un cambio en la forma de designación como de remoción de los jueces, que por un lado garantizara la idoneidad y transparencia en su nombramiento y por el otro haga más efectivo el proceso de destitución de los mismos.

Aclaro que el término “idoneidad” no está referida solo a la capacidad intelectual del postulante, sino también en lo que hace a su honestidad, dedicación al trabajo, aptitud sico-física, prudencia etc.

Fue así como luego del denominado “Pacto de Olivos” se dicta la ley 24.309 que declara la necesidad de la reforma constitucional que contenía en el denominado Núcleo de Coincidencia Básicas la introducción en nuestra Constitución Nacional del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento.

Fue así como se sanciona el art. 114 de la C.N. que textualmente expresa:

“El Consejo de la Magistratura regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.-

El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.-

Serán sus atribuciones:

- 1.- Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.-
- 2.- Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.-
- 3.- Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.-

4.- Ejercer facultades disciplinarias sobre los magistrados.-

5.- Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión y formular la acusación correspondiente.-

6.- Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.-

Lamentablemente, y por falta de consenso político, no se logró una definición en temas claves como la composición del Consejo, limitándose a establecer la necesidad de un equilibrio entre los distintos estamentos relacionados con la justicia, previstos en la ley de convocatoria, esto es: jueces, abogados y funcionarios resultantes de la elección popular.

Esta carencia de definición de sus integrantes ha dejado un amplio margen de decisión al Congreso, generando los conflictos a los que hoy asistimos luego de la sanción de la ley 26.080 que rompe el equilibrio previsto por el constituyente generando una larga discusión acerca del significado del término “equilibrio”.

LAS LEYES REGLAMENTARIAS

La cláusula transitoria decimotercera de la reforma de 1994 estableció un plazo de trescientos sesenta días desde la reforma constitucional para que se sancionara la ley que reglamente el funcionamiento del Consejo de la Magistratura. Transcurrido ese tiempo los magistrados inferiores solamente podían ser designados por el procedimiento previsto en el art. 114, aplicándose hasta ese momento el sistema vigente con anterioridad.

No obstante el plazo acordado la primera ley reglamentaria se sanciona tres años después, impidiendo de ese modo y durante más de dos años la aplicación del art 114 de la C.N., trayendo aparejada esa demora una acumulación de vacantes a las que tuvo que hacer frente el Consejo de la Magistratura en su primer composición.-

Para la sanción de la ley reglamentaria se estableció como condición para su aprobación la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara, lo que en opinión del constituyente obligaba a una negociación entre sus distintos integrantes.

La primera ley reglamentaria es la N° 24.937 que se sanciona el 10 de diciembre de 1997, corregida ocho días después por la ley N° 24.939 que eleva de diecinueve a veinte miembros la composición del Consejo. De acuerdo con estas leyes el Consejo estaba presidido por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, más cuatro jueces del Poder Judicial de la Nación, cuatro representantes de los abogados de la matrícula federal, ocho legisladores, un representante del poder ejecutivo, un abogado profesor titular de las facultades de derecho de las universidades nacionales y un representante del ámbito científico.-

En esta primer integración, el equilibrio ya generaba serias discusiones que por supuesto se agravaron con la reforma del año 2006.

De los veinte miembros, nueve representaban a los sectores políticos partidarios (un 45%), mientras que los cuatro abogados, significaban un 20%, al igual que los jueces, si no se contamos al presidente de la Corte.

En cuanto a la representación de jueces y abogados disponía la norma que debe garantizarse la presencia de jueces y abogados del interior del país.-

Este desequilibrio se agravó notablemente con la sanción de la ley 26.080 sancionada el 22 de febrero de 2006.

Esta ley disminuye el número de miembros a trece quedando integrada por: tres jueces del Poder Judicial de la Nación; seis legisladores; **dos** representantes de los abogados de la matrícula federal; un representante del Poder Ejecutivo; un representante del ámbito académico y científico.

Sin duda el sector más perjudicado con la disminución de sus representantes es el de los abogados.

Con la nueva ley el sector político partidario tiene más del cincuenta por ciento en su integración, rompiéndose notablemente el equilibrio que establece la Constitución Nacional.

Al momento de realizarse la reforma, sus impulsores encabezados por el entonces presidente Kichner quien en el mensaje inaugural de la Asamblea Legislativa sostuvo que “es vergonzante el actual funcionamiento del Consejo de la Magistratura...” mintieron celosamente sobre el funcionamiento del Consejo. Los que levantaron la mano en el Congreso para aprobar esa ley se quedaron solo con la versión oficial. La ignorancia muchas veces es un velo que resguarda a los cómodos de la desobediencia. Ser obediente en política, acarrea hoy evidentes privilegios.

En los años previos a la reforma el Consejo trabajó mucho y bien, contrastando su actividad con la del Poder Ejecutivo que retenía las ternas en muchos casos por mas de un año sin enviarla al Senado para obtener el acuerdo.

SITUACIÓN ACTUAL:

Los resultados de la reforma están a la vista. La pretendida agilización en la toma de decisiones no existe. La finalidad de la reforma impulsada por el oficialismo quedó al descubierto y no es otro que el manejo de la Justicia por parte del partido gobernante.

Esta situación nos lleva a replantear aquellos objetivos que fueron determinantes a la hora de proponerlos en la reforma constitucional.

La actual mayoría de la representación política partidaria da por tierra con el objetivo de la reforma constitucional que era la de lograr el acceso a la Magistratura Nacional de los mas capacitados y a la vez permitir que los mismos actúen con independencia y autonomía respecto del poder político, máxime en la actualidad cuando los jueces deben expedirse permanentemente sobre la constitucionalidad de las leyes y de los decretos del Poder Ejecutivo y tienen que tomar decisiones en cuestiones en las que se ven involucrados funcionarios públicos tales como enriquecimiento ilícito, delitos contra la administración, corrupción etc.

Considero que en la situación actual la Justicia goza de menos independencia que durante la vigencia de la Constitución de 1853-60-

De ahí la importancia de recuperar un Consejo de la Magistratura cuyas decisiones no queden en manos del gobierno de turno.-

Hoy, no solo la comunidad jurídica sino la sociedad en general (lo que no ocurrió en el año 2006 cuando se reformó la ley) es consciente de la importancia del Consejo de la Magistratura y de la necesidad de su reforma.

Es necesario cambiar la ley antes de la renovación de los miembros del Consejo a fin del corriente año. Existe consenso para hacerlo, pero al momento de analizar los proyectos los mismos son muy variados, no solo los que provienen de los partidos políticos sino también los de organizaciones vinculadas con la Justicia, Colegios de Abogados, FACA, Colegio ciudad de Buenos Aires, distintas ONG etc. No va a resultar fácil ponerse de acuerdo en un proyecto común.

Por eso considero que lo que debe hacerse es la derogación lisa y llana de la ley 26.080 para volver a la anterior, que si bien es perfectible no ha merecido las críticas de la actual y que el Congreso se tome todo el tiempo necesario para estudiar una reforma definitiva de la ley, lo suficientemente consensuada que permita su aprobación con la mayoría especial que la Constitución exige y a la vez tenga la permanencia que estas instituciones necesitan para su afianzamiento.-

III.-Participación de los Abogados en los Consejos de la Magistratura

El Derecho Público Provincial nos muestra en nuestra Argentina diferentes tipos de integraciones de los Consejos de la Magistratura. Así por ejemplo en la provincia de Corrientes a través de la última reforma constitucional introdujo el Consejo de la Magistratura el que funciona con total ausencia del sector político. En otros su presencia es mayoritaria. Chubut novedosamente cuenta con representantes populares elegidos de modo directo por sus ciudadanos-

Lo que es permanente en todas estas integraciones, es la presencia de los abogados. Estamos repre-

sentados de distintos modos en diferentes porcentajes, pero con un único objetivo: **queremos una justicia de excelencia.**

Somos los abogados los que podremos trabajar en plenitud y con libertad cuando los jueces lo hacen de esa manera. Por eso queremos buenos jueces.

No nos resultan suficientes los conocimientos técnicos que el Juez pueda tener. Estos deben estar sustentados en una dignidad moral que nos permitan ir a la justicia convencidos que defenderemos los intereses que nuestros mandantes nos confiaron frente a jueces que sepan no solo “decir la justicia” con solvencia jurídica sino también con conciencia de su responsabilidad moral y social. Apartados de todo tipo de presión social, política, económica y fundamentalmente con fortaleza intelectual y ética que les permita sobrevolar las presiones mediáticas cuya influencia es hoy un rapaz condicionante del deber ser.-

Por todo esto es imprescindible la presencia de los representantes de la abogacía en el Consejo, la que deberá ejercerse con conciencia de la pertenencia estamental y con la obligación permanente de rendir cuenta de sus actos a quienes le delegaron la representación-

**LA REPRESENTACIÓN DE LA ABOGACÍA EN EL CONSEJO DE LA
MAGISTRATURA EN LA PROVINCIA DE SAN JUAN
LA PARTICIPACIÓN DEL FORO DE ABOGADOS EN LA SELECCIÓN DE JUECES.**

Dres. **CONRADO SUÁREZ JOFRÉ - ALEJANDRA ROJO SANZ**
FORO DE ABOGADOS DE SAN JUAN

SÍNTESIS DE PONENCIA

La elección de magistrados constituye la llave de la misión republicana de la Justicia. Sin jueces dueños de sí es impensable una judicatura ejerciendo su rol de auténtico “Poder” del Estado. Para alcanzar esa aspiración constitucional, la participación de los profesionales del derecho a través de la abogacía organizada, se presenta como un instrumento indispensable para la difícil tarea de seleccionar los mejores jueces.

Sin embargo, el reiterado cuestionamiento de la integración con representantes de una “corporación profesional”, que desde su creación en 1986 ha venido soportando el Consejo de la Magistratura en la Provincia de San Juan, opaca las virtudes de la participación del colegio profesional, al tiempo que desnuda vacíos teóricos que merecen atención.

El presente trabajo está orientado a demostrar las ventajas que la actuación de los abogados en el Consejo provee a la búsqueda de imparcialidad en el procedimiento de selección de magistrados. Imparcialidad que se advierte como garantía de eficacia de su objetivo institucional, y como factor de contención frente a su permanente riesgo de devenir en un ente certificador de selecciones anticipadas de índole partidarias y ajenas a los espacios públicos de deliberación y justificación.

Con ese cometido, primeramente ensayamos una fundamentación de la presencia de la abogacía en el Consejo de la Magistratura, que lejos de explicarse en afanes corporativos, finca en la defensa de los intereses de los ciudadanos en tanto que justiciables.

En segundo término ahondamos en la función de los representantes de la abogacía en el seno del Consejo, como respuesta a la necesidad de articular una indispensable proporción de fuerzas, a fin de evitar la distorsiva, y hasta desnaturalizadora, formación de coaliciones mayoritarias dentro del órgano. En un cuerpo técnico, pero altamente permeable a las influencias sectoriales, es imperioso destacar el relieve funcional de la intervención de los miembros provenientes del ámbito público no estatal, como garantes de un doble equilibrio: entre las representaciones de los mandatos periódicos y las de los vitalicios, y entre el Estado y la sociedad civil.

Por último destacamos el concurso del Foro de Abogados –entidad de creación legal y de recepción constitucional (Art. 218 Const. Prov.), que selecciona a los representantes de la profesión en el Consejo de la Magistratura– como proveedor de un espacio abierto y plural, de permanente deliberación orientada a publicitar a los candidatos a la magistratura y a transparentar la conformación de ternas. Deliberación destinada, en síntesis, a proyectar a los postulantes a la judicatura hacia la necesaria obtención de “habilitación o licencia social”.

En definitiva, con esta ponencia aspiramos a poner de relieve los beneficios que a la selección de jueces apareja la participación de entidades intermedias, encarnadas aquí en el Foro de Abogados de San Juan, como ámbito propicio para celebrar las diferencias, de forma previa a la obtención de los consensos necesarios para dotar de mayor independencia al Poder Judicial. Así creemos contribuir “*A pensar el País*”.-

I. INTRODUCCIÓN

Se puede decir, sin miedo a errar, que el diseño constitucional del Consejo de la Magistratura en la Provincia de San Juan, en sintonía con gran parte del derecho público provincial, responde a dos objetivos: el de fortalecer la independencia del Poder Judicial; y el de seleccionar con mayor justeza el reclutamiento de sus funcionarios. Los testimonios de la Convención Constituyente de 1986 respaldan este aserto¹.

Es fácil advertir que estos dos objetivos se imbrican. Efectivamente, en las provincias –como en la Nación– la Justicia no es una parte más de la Administración General. El deber de efectuar el control de adecuación constitucional sobre la actividad o inactividad de los otros dos poderes en resguardo de las libertades individuales, aleja a la Justicia de la primigenia idea de mero dissipador de conflictos intersubjetivos, al tiempo que la identifica con un auténtico “Poder” del Estado.

La autoridad de intérprete preponderante de la legislación, la capacidad de efectuar una lectura moral y atribuir en el caso una definición específica de las reglas generales y abstractas²; la nota del control difuso de constitucionalidad y de operatividad de las normas, que habilita la potestad de cada magistrado nacional o provincial de inutilizarlas o de potenciarlas declarando su autosuficiencia aún en ausencia de reglamentación; y el requisito sistémico de independencia funcional; son, todos ellos, rasgos fisonómicos de nuestra judicatura que habilitan a concebir a cada Juez en sí mismo como todo el Poder Judicial.

Dicho carácter exige que sea absolutamente indispensable que los Jueces tengan la plena convicción de que han sido designados en virtud de sus propias cualidades, técnicas y éticas, y de su determinación personal –y por qué no, valentía– para llevar adelante su cometido.

Por el contrario, el mínimo sentimiento de gratitud de un Magistrado que entienda que su cargo proviene de una concesión graciosa de los Poderes políticos, no sólo neutraliza ese rol primordial, sino que subvierte la magistratura hacia una peligrosa herramienta de gobiernos con aspiraciones hegemónicas.

En definitiva, la elección de magistrados resulta la clave de bóveda de la misión republicana de la Justicia. Sin buenos jueces no hay tal “Poder” del Estado. Sin jueces dueños de sí, menos aún.

Es por ello que frente a la relevancia de la tarea de seleccionar dentro de una sociedad los mejores candidatos a integrar la judicatura, a pesar de los manidos cuestionamientos al origen aparentemente sectorial de la representación de profesionales del derecho en el Consejo de la Magistratura local, sostenemos el carácter indispensable de la participación de la abogacía organizada en los colegios profesionales –en el caso sanjuanino, el Foro de Abogados– frente al difícil cometido.

La demostración de este aserto, entendemos que está en las respuestas a:

¿Por qué el Consejo de la Magistratura debe estar integrado, en parte, por representantes de la abogacía?; ¿cuál es la función de los abogados en ese órgano?; y ¿qué rol juega el Foro de Abogados en la selección de jueces?

II. JUSTIFICACIÓN DE LA ABOGACÍA EN EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

La participación de los abogados en el órgano seleccionador de Jueces en la Provincia de San Juan siempre fue objeto de un reproche, de una crítica que denominamos “corporativista o sectorial”. En términos simples, esta objeción estriba en que si el Foro de Abogados elige a dos representantes de la abogacía para que integren el Consejo se estaría reservando a un sector muy minoritario de la sociedad, que defiende intereses particulares del grupo profesional, el privilegio de participar en la designación de los titulares de un órgano del Estado.

Decimos que esta participación fue criticada siempre, porque se pueden marcar momentos salientes en el debate público que demuestran la constancia de este rechazo.

¹ Diario de Sesiones. Honorable Convención Constituyente. San Juan, 1986, pág. 635.-

² Conf. DWORKIN, Ronald, *La lectura moral y la premisa mayoritarista*, en Hongju Koh, Harold y Slye, Ronald C. (compiladores) *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004, pág. 101.-

Primeramente, en el seno de la Convención constituyente de 1986 el punto referido a los abogados dominó el temario del Consejo de la Magistratura.

En su rechazo los bloques minoritarios expresaron –mutatis mutandi– que se estaba frente a un órgano extra-poder de naturaleza corporativa; que era inaceptable que los integrantes del Foro, que pertenecían a una determinada clase social (*castas restrictivas* se dijo en algún momento³), se arrogaran el derecho de representar a todo un pueblo; que se estaba avanzando sobre los poderes políticos con la intervención de un organismo que sólo representaba el interés particular de los abogados y que desplazaba la representación de los partidos políticos.

Por su parte, el último proyecto de reforma a la constitución local, presentado sin éxito en la Legislatura en el año 2006, que destacaba como significativo tema sujeto a enmienda el sistema de elección de Ministros de la Corte, es digno de recordar como hito de la persistencia de la objeción “corporativista o sectorial”. Se preguntó en esa oportunidad –no sin cierta ironía– que si San Juan iba a continuar siendo el único Estado cuya Corte de Justicia es electa mediante la selección previa de un “*cuerpo en representación privada y sectorial*”⁴, como sería el Consejo de la Magistratura.

Hay que señalar que a diferencia del resto de las Cartas Magnas que cuentan con Consejos de la Magistratura, la de San Juan prevé la participación de este órgano para la selección de toda la judicatura, incluido los miembros del cimero tribunal local.

Se podría cuestionar en contra de este ejemplo que el proyecto de reforma objetaba la participación del Consejo de la Magistratura en la elección de los miembros de la Corte y no la integración del órgano con abogados. Pero lo cierto es que igualmente se acudió al concepto de “*una representación privada y sectorial*” en alusión clara a la participación de la abogacía organizada.

Por último, suficiente muestra de que el reproche a la supuesta prerrogativa “corporativista o sectorial” sigue presente, es la contestación que el Poder Ejecutivo dio a la solicitud del Foro de Abogados de San Juan, formulada a principios de 2009, tendiente a que la Cámara de Diputados se “auto-limitara” antes de la elección definitiva entre los ternados por el Consejo de la Magistratura, dando lugar a la participación popular, en clara imitación al mecanismo federal de oposiciones públicas (Dcto. 222/03 y Dcto. 588/03). Desde el Poder Ejecutivo se contestó, según publicaron en primera plana los diarios locales, que iba a tratar de protegerse de las corporaciones que siempre quieren estar presentes y sacar ventajas⁵.

Ahora bien, esta constante objeción entorno a los denominados intereses sectoriales o de corporación descuida un aspecto fundamental relativo al tipo de intereses que custodia ese sector de la sociedad, el de los abogados. Esa recurrente impugnación olvida que la abogacía es una función pública y por lo tanto la defensa de sus intereses legítimos en esencia no es una reivindicación sectorial, sino una permanente lucha por la defensa de derechos homogéneos: la de los justiciables.

En algunas oportunidades hemos oído decir que la participación del Foro en la elección de dos miembros del Consejo de la Magistratura es casi un “medievalismo”, en clara alusión a las corporaciones o hermandades medievales. Esta comparación aporta un dato clave para advertir la debilidad del cuestionamiento.

Como bien enseña Carlos Fayt citando a Piero Calamandrei, cuando el Estado constitucional (moderno, no medieval) reivindicó para sí la función jurisdiccional como complemento de la legislación; y el proceso judicial se convirtió en garantía de la actividad del Estado en la aplicación de la ley y la defensa en juicio, la abogacía dejó de ser una actividad privada para volverse una función pública⁶. Es decir que el tránsito del proceso como un duelo privado entre dos intereses individuales, con el Estado

³ Diario de Sesiones. Honorable Convención Constituyente. San Juan, 1986, pág. 656.-

⁴ Cámara de Diputados de San Juan. Proyecto de ley que declara la necesidad de la reforma de la Constitución Provincial. A0432 – B – 2006, Folio 03.-

⁵ Diario de Cuyo, 17/02/09, pág. 1. “*Aplicaremos la ley, y de las corporaciones que siempre quieren estar presente y quieren ventaja vamos a tratar de protegernos para que sea lo más democrático posible*” (Gioja, José Luis. Gobernador de San Juan).-

⁶ Conf. FAYT, Carlos S., *La Abogacía argentina y la colegiación legal*, La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 09.-

como árbitro, hacia la consagración del deber público de garantizar a los individuos el debido proceso y la defensa en juicio, con el Estado como su garante, convirtió la abogacía en una de las piezas claves, necesarias e indispensables del servicio de justicia. En otros términos, la transformación del concepto privatista de la contienda judicial hacia una concepción publicista del proceso, hizo mutar el medieval interés sectorial de los abogados en un moderno interés público.

Entendemos que en ese carácter público del servicio de los abogados está la explicación racional –no necesariamente empírica ni histórica– de su inclusión en el órgano que selecciona los candidatos a la judicatura.

Si la destinataria del funcionamiento judicial fuera la colegiatura –la “corporación de abogados”– se podría presumir una puja de intereses sectoriales a la manera de los intereses de los industriales, los ganaderos, los trabajadores. Sin embargo, en el funcionamiento contemporáneo del poder judicial, intervienen como auxiliares de la justicia operadores jurídicos dispuestos a representar aleatoriamente intereses contrapuestos, nutriendo posiciones en pugna ya sea entre particulares o entre éstos y el Estado, pero con una misma aspiración: resolver un conflicto en términos de paz. Los abogados somos quienes instamos ante las autoridades estatales los reclamos de justicia de los miembros de una sociedad, los justiciables, reales destinatarios del funcionamiento judicial. Entonces, ¿la inclinación sectorial de los abogados puede desequilibrar la selección de determinado juez? Sí, pero solo en beneficio de toda la sociedad.

Creemos aquí haber llegado a la respuesta a nuestra primera pregunta inicial sobre la justificación de la integración parcial del Consejo de la Magistratura con representantes de la Abogacía.

La razón estriba en que los abogados miembros del Consejo no defienden un interés sectorial, sino que son los más calificados representantes del ciudadano en tanto que justiciable.

Siendo el abogado un funcionario público en ejercicio privado, y por ello el primer juez de la causa; siendo un integrante de la organización judicial, un órgano intermedio entre el juez y la parte, en el cual el interés privado de alcanzar una sentencia favorable se funde con el interés público de alcanzar una sentencia justa, la representación de los abogados en el Consejo de la Magistratura se justifica en la defensa de los intereses de aquel ciudadano al que el sistema constitucional invita a depositar la salvaguarda de sus bienes y libertades en el mejor Juez que pueda seleccionar su sociedad.

III. FUNCIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LA ABOGACÍA EN NUESTRO CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

En la respuesta a este interrogante juegan a su turno un papel fundamental el carácter vitalicio de la magistratura, que disocia la permanencia de los jueces de las coyunturas electorales propias de las representaciones temporales, y el origen no estatal de los representantes de la abogacía en el Consejo, que refleja la separación entre Estado y sociedad civil como rasgo inconfundible del liberalismo constitucional.

Conforme a nuestra ingeniería institucional vernácula (art. 214 Const. Prov.) el Consejo está compuesto por cinco miembros: dos abogados inscriptos en la matrícula de la Provincia, un representante del Poder Legislativo, un miembro de la Corte de Justicia y un ministro del Poder Ejecutivo. Tenemos así que tres de esos cinco miembros provienen de los Poderes del Estado y dos de ellos de un espacio público no estatal, que institucionalmente se encuentra fuera del Poder del Estado y del gobierno, el Foro de Abogados de San Juan. La terna promovida desde el Consejo pasa directamente a la Legislatura Provincial, para su elección definitiva.

La confianza depositada en el Consejo de la Magistratura como mecanismo proveedor en última instancia de jueces imparciales, no reposa sino en la búsqueda de imparcialidad en el procedimiento de selección. Pero... ¿cuál es la regla de esa imparcialidad para el funcionamiento del Consejo? Podríamos intentar respondernos instalando una contra-regla: *“Naturalmente, la mayor amenaza de imparcialidad en el procedimiento democrático es la formación de una coalición mayoritaria estable en contra de una minoría cuyos intereses son sistemáticamente ignorados”*⁷.

Desde un enfoque exclusivamente racional (no fáctico), se advierte que la múltiple división de inte-

reses dentro de la integración del Consejo local permite una proporción de fuerzas hostil a la formación de coaliciones mayoritarias (contra-regla de imparcialidad). La integración diversa del Consejo arrima la chance a los representantes de la abogacía de operar un doble equilibrio: entre las representaciones de mandatos periódicos y las de los vitalicios, y entre el Estado y la Sociedad civil.

III. a) Equilibrio entre las representaciones de los mandatos periódicos y las de los vitalicios.

La garantía de la inamovilidad (art. 110 CN y art. 200 Const. Prov.) que impide que los jueces puedan ser separados de sus cargos mientras dure su buena conducta, constituye para el sistema republicano una de las mayores garantías de una Justicia independiente.

La función esencial del Poder Judicial justifica el carácter vitalicio de la magistratura en contraposición con los cargos públicos periódicos de base electoral. La legitimidad de la autoridad judicial reposa en la fuerza moral de sus decisiones en los casos sometidos a jurisdicción, y por ello un juez sólo puede ser apartado de su cargo a causa de su mal desempeño.

Así lo ha confirmado el cimero tribunal argentino entendiendo que “...*todo lo concerniente a la inamovilidad de los jueces es inherente a la naturaleza del Poder Judicial de la Nación y configura uno de los principios estructurales del sistema político establecido por los constituyentes de 1853, al punto que es uno de los dos contenidos sobre los que se asienta la independencia de este departamento y que ha sido calificada por el tribunal, antes de que un privilegio a favor de quienes ejercen la magistratura, como una garantía a favor de la totalidad de los habitantes.*”⁸

La mecánica de la garantía estriba en la disociación que el sistema opera entre los factores de poder estatal, uno político y otro judicial, en un momento histórico determinado. Aún dependiendo la designación de los jueces de la voluntad de los Poderes políticos, el carácter vitalicio de aquella necesariamente genera un desplazamiento temporal en la convivencia entre los dos factores de poder. Así, el ejercicio estable de la judicatura convive con la variedad y pluralidad que aseguran el carácter temporal de los mandatos electivos y las coyunturas electorales.

Pero si esta particularidad de la ingeniería constitucional republicana permite, por un lado, desligar la permanencia de la judicatura de los humores políticos futuros, por otro lado, al momento de promover una terna de candidatos a ocupar la magistratura, habilita una fuerte puja de intereses de diversa naturaleza. Los intereses defendidos por los representantes de poderes políticos, esencialmente partidarios y mayoritarios (presumiblemente de corto plazo, electorales o coyunturales), contrastan con los intereses tutelados por el representante del poder judicial, esencialmente técnicos, estructurales y muchas veces contra-mayoritarios (necesariamente de largo plazo).

Aparece así un primer elemento acerca de la función de los abogados en el Consejo de la Magistratura: No debiendo reportar a sectores político partidarios, ni temiendo represalias en el goce de un cargo estatal, obran ellos como un contrapeso a las previsibles presiones de los Poderes políticos sobre la minoritaria representación de la Corte de Justicia. El carácter preeminente reglado del procedimiento de selección y promoción arriman las armas para contrapesar la discrecionalidad política.

III. b) Equilibrio entre el Estado y la Sociedad Civil.

Nuestro sistema jurídico, inspirándose en el diseño judicial original de Estado Unidos, ha reconocido a los jueces el derecho de fundar sus decisiones en la Constitución más que en las leyes, permitiéndoles no aplicar aquellas que razonadamente juzguen inconstitucionales. Ese derecho-deber de la judicatura de resolver los litigios particulares haciendo respetar siempre el espíritu de la carta magna, la convierte en guardián de los intereses fundamentales del pacto original de la sociedad y no de los intereses coyunturales del gobierno y las mayorías políticas de turno. Acertadamente percibió Alexis de Toqueville en su lúcida descripción de la democracia que “*El poder concedido a los tribunales norteamericanos de*

⁷ NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos – Un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires, 1989, pág. 393.-

⁸ Fallos 322:1616.-

*pronunciar fallos sobre la anticonstitucionalidad de las leyes forma aún una de las más poderosas barreras que se hayan levantado nunca contra la tiranía de las asambleas políticas.”*⁹.

La facultad de los jueces de descalificar una norma jurídica de origen democrático por ser violatoria de una prescripción constitucional, ya sea en lo relativo a su procedimiento o a su contenido, se presenta como un claro límite a los abusos de la voluntad mayoritaria sobre los derechos fundamentales de naturaleza individual. Esa limitación a los demás poderes del Estado constituye una de las más eficaces garantías de supervivencia de una vida social pluralista.

Ahora bien, sin una nítida frontera entre la sociedad civil y el Estado el control de constitucionalidad no sería posible. Sin ese dualismo existencial¹⁰ que aporta el liberalismo constitucional, la sociedad quedaría condicionada por los fines del Estado (como muestran las experiencias de Estados totalitarios) y la revisión y control judiciales, junto a las libertades individuales, sucumbirían ante razones cuantitativamente mayoritarias. Que el Estado esté al servicio de la sociedad –y no a la inversa– constituye la nota más relevante tras el fin primordial de asegurar la libertad y la dignidad del hombre. Como ha concluido Cassagne; *“si el objetivo principal de la división de poderes radica en la defensa de las libertades y en asegurar el funcionamiento republicano y democrático de las instituciones, la médula del sistema es el mantenimiento de la independencia de los jueces, como garantía y contrapeso de los demás poderes del Estado.”*¹¹

En el contexto de nuestro diseño constitucional local, a ese cometido final de interés público los abogados coadyuvan como ciudadanos calificados, como opinión pública especializada, y como tales han sido incorporados al Consejo de la Magistratura en tanto miembros de la sociedad civil con función pública.

Ello es así porque el Estado ya no monopoliza el interés público y es sabido que la sociedad civil tampoco. Es en la ruptura de esa dicotomía donde puede encontrarse un espacio propicio para favorecer la satisfacción de necesidades públicas desde la sociedad. En el ámbito de lo público, entendido como lo que es de todos, ha adquirido importancia lo público no estatal asociado a la necesidad de proteger los derechos republicanos: los derechos que cada ciudadano tiene de que el patrimonio público no sea capturado por intereses particulares. Ese ámbito es el espacio de la participación ciudadana en los asuntos públicos, y es al que entendemos pertenece la abogacía organizada.

La participación directa de ciudadanos-abogados dentro del Consejo de la Magistratura se inspira en el deseo de transparentar el proceso de selección otorgándoles el poder de ejercer control social sobre la actuación del Estado para proteger el derecho público republicano de lograr una judicatura idónea e independiente.

En definitiva, se puede válidamente intuir que la participación de los dos abogados tiene una doble función: por su origen técnico no partidario, de operar un contrapeso de las fuerzas políticas; por su origen no estatal, de operar un contrapeso a los poderes estatales.

La función de los representantes de la abogacía en el Consejo de la Magistratura no es otra que garantizar la imparcialidad del procedimiento democrático de selección, evitando la formación de una coalición mayoritaria estable.

IV. ROL DEL COLEGIO PROFESIONAL EN LA SELECCIÓN DE JUECES

Ahora bien, si la función de garantizar imparcialidad en el procedimiento de selección no es cumplida con independencia y probidad, lejos se estará de conseguir la elección de los mejores jueces. Si los

⁹ DE TOQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, Fondo de la Cultura Económica, 1835, 10ª reimpresión de la segunda edición de 1957, México, 2000, pág. 110.-

¹⁰ Conf. VANOSSI, Jorge Reinaldo, *Estado de derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 99.-

¹¹ CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, Madrid, Barcelona, 2009, pág. 75.-

representantes de la abogacía organizada responden solapadamente a intereses partidarios o estatales, la garantía de imparcialidad se vuelve una quimera. Es más, la participación de los abogados en el Consejo termina operando, desgraciadamente, como un “blanqueador” de arreglos intra poder.

En una editorial del diario “La Nación”, titulada “Hoy, el más débil de los tres poderes”, se afirmaba en tiempos de la sanción de la primera ley regulatoria del Consejo de la Magistratura Federal que: *“...sería un grave error suponer que la instalación del Consejo de la Magistratura será, por sí sola, la panacea salvadora que permitirá crear, de la noche a la mañana, una administración judicial renovada, ágil, eficaz e independiente. Alentar esa creencia sería incurrir en un pecado de ingenuidad. Para que se pueda producir una transformación saludable del sistema judicial es imprescindible que los miembros del nuevo organismo sean elegidos por su idoneidad y no por su pertenencia a tal o cual fuerza política. Si los partidos políticos se disputasen los asientos en el Consejo de la Magistratura como botín de guerra, la innovación constitucional no servirá para nada, y su influencia, al contrario, podría ser contraproducente y hasta nefasta. [...] La responsabilidad de la conducción del organismo debe quedar a cargo, fundamentalmente, de representantes de los colegios de abogados, de las asociaciones de magistrados, de la Academia Nacional de Derecho y de universidades no politizadas.”*¹² El acierto de aquel vaticinio, hoy, es manifiesto.

Hace a la esencia de la profesión de abogado, para ejercerla libremente, la independencia respecto de las estructuras de poder; impensable es la sujeción de la profesión legal a los poderes políticos. Al efecto, los abogados, como fuerza interior, incorporan una escala de valores que con intensidad induce su conducta, tanto al sentir la indignación ante la inhumanidad, la injusticia y la arbitrariedad como al reverenciar la rectitud, la equidad y la justicia como ejes de la civilización y los avances del espíritu humano. Además de esa fuerza interior, la autonomía de la profesión depende del apoyo, la cooperación y solidaridad de su iguales, los colegas, y de las organizaciones profesionales.¹³

En este sentido estamos convencidos de que la fuente de la independencia y probidad no está sólo en el ámbito mono-lógico y aislado de la conciencia de los dos representantes del Foro de Abogados, sino por el contrario, en el espacio de lo que Habermas denomina “interacciones comunicativas”. Para el filósofo alemán *“la justificación de normas y órdenes requiere que se desarrolle una discusión real, y ello no puede ocurrir... en el proceso de argumentación que tiene lugar en la mente de un individuo”*¹⁴. Son las asociaciones formadoras de opinión los actores clave del espacio público. A través del enriquecimiento del debate público en el seno de la sociedad ésta puede ejercer una función de crítica y control sobre el Estado.

Consecuentemente, las posiciones individuales que los representantes de la abogacía adoptan en el seno del Consejo de la Magistratura no pueden resumirse en una cuestión de mera voluntad o mera autoridad derivada de sus cualidades personales. Es sumamente saludable que procedan de una atmósfera de discusión, de crítica, de intercambio de justificaciones suficientes, conducidas dentro del marco de la diversidad en los criterios de selección.

Decimos entonces que no sólo la idoneidad profesional y la autoridad moral de los representantes de la abogacía es garantía de imparcialidad en el proceso de selección de jueces, sino también lo es la colaboración y apoyo de la colegiatura en la hora de lograr consensos sobre quienes están en mejores condiciones para ser elegidos como notables.

Por eso consideramos que un método atinado para lograr la imparcialidad y responsabilidad en el desempeño de los representantes de la abogacía en el Consejo, consiste en que sus intenciones de voto sean puestas a consideración de la colegiatura en la mesa del ágora profesional, el Foro. No para gestar

¹² “Hoy, el más débil de los tres poderes”, Editorial del Diario “La Nación”, Buenos Aires, domingo 9 de noviembre de 1997, pág. 26.-

¹³ Conf. FAYT, Carlos S., *La Abogacía argentina y la colegiación legal*, La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 15.-

¹⁴ HABERMAS, Jürgen, *Discourse Ethics*, citado por NINO, Carlos, en *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, pág. 159.-

un mandato imperativo, propio de la representación de tipo privada, jurídica, contractual o pre-moderna, sino para que los delegados gesten consensos colectivos sobre la postulación de candidatos. A partir de la deliberación abierta y plural, honrando los parámetros logrados en debates participativos, los representantes de la profesión cuentan con la mayor probabilidad de estar eligiendo bien. Desde la diversidad de miradas se podrá llegar a la unidad de criterio sobre la promoción de un buen Juez en términos de eficiencia, independencia, dignidad, honorabilidad y ejemplaridad de los postulantes.

Con este método deliberativo se pondera la esencia de los abogados y de sus colegios profesionales. Los abogados no sólo cumplen su tarea como operadores técnicos en derecho sino como promotores de la convivencia pacífica, por su formación están capacitados para asumir un rol de orientadores sociales sobre los valores sostenidos por la comunidad. Este rol encuentra el ámbito propicio para su despliegue en el seno de los colegios profesionales que los congregan. Son estas entidades intermedias las que pueden generar las condiciones para que se produzca un diálogo fluido entre la sociedad y las autoridades. El Foro de Abogados está llamado a ser un espacio público, fuera del Estado, que fomente la construcción de ciudadanía convocando la participación en un proceso que finalmente infunda “licencia social” suficiente a los candidatos a la magistratura.

Creemos haber llegado a la respuesta a la tercera pregunta inicial. ¿Qué rol juega el colegio profesional en la selección de jueces?

Pues las entidades que agrupan a los profesionales del arte de abogar, son el espacio propicio, el más indicado, para la deliberación profesional como formadora de sentidos sociales en torno a la selección de un juez. Es el ámbito en el que ciudadanos, ocupados de la promoción y defensa de intereses públicos, pueden tender puentes para superar intereses sectoriales en busca del interés común de lograr una judicatura respetable.

Por ello, el Foro de Abogados –el colegio profesional de la abogacía en San Juan–, no debe rehuir su rol de mediador entre la ciudadanía, la opinión pública generadora de licencias sociales, y los Poderes del Estado.

V. Conclusión

- Los representantes de la abogacía organizada en el colegio profesional –Foro de Abogados de San Juan– dentro del Consejo de la Magistratura son los más calificados representantes de los intereses de los ciudadanos en tanto que justiciables, por el carácter público en ejercicio privado que la profesión de abogado implica.

- La función de los representantes de la abogacía en el Consejo de la Magistratura es la de garantizar la imparcialidad del procedimiento democrático de selección, evitando la formación de una coalición mayoritaria estable, sea de índole estatal (de los representantes de los tres Poderes del Estado) o de índole política (de los representantes de los poderes con mandato temporal).

- Los colegios profesionales de abogados, son el espacio público no estatal más indicado para gestar la “licencia social” de los candidatos a juez. El Foro de Abogados de San Juan puede ser un vigoroso formador de sentidos colectivos en torno a la venia social sobre un futuro juez. Todo depende de la independencia y probidad de sus representantes.

La historia nacional transcurrida durante este bicentenario está signada por la tensión entre civilización y barbarie. La despersonalización del poder, la autonomía, la idoneidad técnica, la consagración del talento y el mérito como motor de las carreras profesionales, la escrupulosidad de los procedimientos, son todos orientadores principales del nivel de magistratura y de civilización a la que aspiramos.

A ningún colega escapará que si los delegados de la abogacía en los Consejos de la Magistratura del país no tienen un compromiso con la justificación imparcial en defensa de los intereses públicos de la profesión, todo lo dicho no deja de ser una visión optimista –y hasta ingenua– de las potencialidades que brinda la participación de los abogados en la elección de buenos jueces.

Indudablemente, los abogados no son los únicos garantes de la independencia y probidad de los futuros magistrados, pero sin su pertinente intervención, el Consejo estaría más cerca de ser lo que nadie quie-

re que sea: Un ente certificador de elecciones antojadizas efectuadas fuera de los espacios públicos de deliberación y justificación.

En este sentido son conductoras las palabras del maestro Morello: *“La Universidad, los Colegios de la Magistratura y los Colegios Profesionales deben ponerse a la vanguardia, para nada amodorrados, sin distracciones ni posturas facilistas que importarían declinar de lo suyo, en una fuga hacia adelante (...). Debemos salir al cruce y esforzarnos para corregir esas claves cambiadas. Remontar hacia un nuevo y jerarquizado horizonte de los abogados y de la abogacía.”*¹⁵

Debemos tener fe en que el valeroso, responsable y comprometido desempeño de los representantes de la abogacía en los Consejos de la Magistratura, amparados en la colegiatura a la que pertenecen, auspicia el éxito en la búsqueda de ese ciudadano cuya hombría de bien, coraje civil y sabiduría lo distinguen por sobre sus conciudadanos: el Juez de la República anhelada.

¹⁵ MORELLO, Augusto M., *El derecho y nosotros*, Librería Editora Platense, La Plata, 2000, pág. 39.-

PROCESOS COLECTIVOS: UNA RESPUESTA A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Dra. PATRICIA CANELA DE FERRARI

COLEGIO DE ABOGADOS Y PROC. DE MENDOZA 1° Circ.Jud.

I.- INTRODUCCIÓN

Los nuevos aires inspiradores del Derecho Procesal rompen con las estructuras clásicas “individualistas” al proteger los llamados intereses difusos, los derechos colectivos, los intereses públicos, por mencionar algunos dentro de las distintas clasificaciones que se vienen intentando en la doctrina, todo ello en aras de lograr una justicia eficaz, efectiva, solidaria y conectada con los nuevos derechos reconocidos en los textos constitucionales, como lo hace nuestra Carta Magna Nacional.

Es que ello no es más que el acompañamiento de la evolución y del “desarrollo humano”, buscando las respuestas a las exigencias sociales poniendo en evidencia, así, el carácter dinámico del derecho en general y de sus ramas en particular.

De allí que aparezcan nuevos principios y presupuestos procesales que no desplazan a los “clásicos” sino que, por el contrario, sientan la base de un proceso distinto del que todos conocemos, del que estamos acostumbrados – sobre todo el civil-, que se coloca al lado de él para la defensa de esos nuevos derechos que no encontraban cabida en la estructura procesal individualista.

Esa *tutela colectiva* anida en un nuevo proceso, el *colectivo*, el cual con sus especiales características facilitará el acceso a la justicia independientemente de la materia de que se trate, lo cual se pretende dejar evidenciado en el presente trabajo.

Pero habrá de advertirse que, en la mayoría de los casos, el menoscabo de esos derechos proviene – paradójicamente- del mismo Estado y por ello entra en escena, principalmente, la materia administrativa y la pretensión procesal administrativa, por lo que primeramente y en modo somero, dejaré sentado el fundamento de ello para luego adentrarme al tratamiento de los derechos colectivos, los procesos colectivos y los principios de la tutela colectiva.

II.-DERECHO PROCESAL Y PRETENSIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA.

Existe la unidad del derecho procesal, como una ciencia que se nutre de los principios procesales constitucionales y que, a partir de ahí las distintas especialidades los toman según sus diferentes enfoques, sea civil, laboral, penal o administrativo surgiendo una autonomía conceptual pero que, en modo alguno, puede considerarse autonomía científica, concordando en esta idea con Osvaldo Gozaíni ¹.

Cuando el Estado aparece como parte, activa o pasiva, ante el órgano jurisdiccional como consecuencia de un conflicto que lo tuvo como protagonista en el procedimiento administrativo -nota característica del contencioso administrativo- aparece la “especialidad” que marca o define a esta rama, pero debe quedar claro que el derecho procesal administrativo es autónomo respecto del derecho administrativo pero no del derecho procesal, por ello su estudio debe ser enfocado desde éste y no desde aquél, conforme lo señala acertadamente Jesús González Pérez, para quien “ *Sólo empleando la técnica propia de esta ciencia del Derecho podrán plantearse correctamente y, en consecuencia, resolverse felizmente los*

¹ Gozaíni, Alfredo Osvaldo “Introducción al Nuevo Derecho Procesal” Ed. Ediar. Bs. AS. 1988.

problemas que plantean las normas reguladores del proceso administrativo. Podrían estudiarse por procesalistas o administrativistas. Las personas no importan, lo que importa es que cuando lo hagan administrativistas se olviden de su técnica propia y se den cabal cuenta de que están trabajando sobre un campo de la realidad jurídica ajeno al de su disciplina”² . Lo transcripto resiste mayores comentarios.

De igual manera, ha de considerarse a la pretensión procesal administrativa dentro de la unidad conceptual de pretensión en la teoría general del proceso. La pretensión procesal administrativa, en general, aparece cuando el administrado, afectado por una resolución de la Administración, entra en conflicto con ésta y recurre al órgano jurisdiccional para la solución de aquél, versando aquí la *materia* sobre cuestiones y normas de derecho administrativo.³ Adecuadamente Gozaíni expresa que “ *La singularidad de esta pretensión, en el llamado contencioso administrativo, o proceso administrativo, se encuentra en la calidad del objeto material que implica de forma inmediata la recepción del reclamo, y su debate crítico en el proceso jurisdiccional; y de manera mediata, el control de legalidad ejercido por otro Poder del Estado en busca del equilibrio modelo querido por los Estados democráticos*” Y agrega a continuación que “ *el contenido de la pretensión en este tipo de desarrollos, constituye una verdadera garantía judicial de tutela que preserva al administrado de los abusos o sin razones que expida la Administración*”⁴

Concluyendo con este tópico, la pretensión procesal es una sola (unidad conceptual) la cual al adicionar materia administrativa se transforma en pretensión procesal administrativa que dará origen a un proceso contencioso administrativo y cuyo objeto puede ser variado (pretender la nulidad o modificación de un acto administrativo, pretender el reconocimiento de un derecho, pretender una reparación patrimonial en forma autónoma o subsidiaria, etc.) . Y, como toda pretensión procesal, debe cumplir con los requisitos procesales de admisibilidad que permitan abrir la instancia judicial, conocidos como presupuestos de “habilitación de instancia” (haber reclamado en sede administrativa, haber agotado la vía administrativa, tener una resolución desfavorable al interés de quien la deduce, interponerla en tiempo y forma). Aunque, como lo señalaré más adelante, en los procesos colectivos estos requisitos pueden verse trastocados.

Hechas estas aclaraciones preliminares entraré de lleno en el tema propuesto.

III.- ACCESO A LA JUSTICIA. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DEBIDO PROCESO.

El debido proceso es una garantía, pues está previsto antes de que se suscite un conflicto entre partes de modo tal que éstas encuentran en él una respuesta constitucional frente a la vulneración de sus derechos fundamentales. Esta concepción implica ir más allá de la mentada garantía de defensa en juicio, pues ella es sólo una faceta del debido proceso. Todos los Estados deben procurar la protección de tales derechos de un modo simple, eficiente, dinámico, y sobre todo posible. Esas son las nuevas garantías que todas las normas procesales deben resguardar y los jueces aplicar con celo, de modo tal que los derechos que tales garantías amparan no se vean esfumadas por ritualismos o apego a formas anacrónicas en el modo de administrar justicia. Los Tratados y Convenciones Internacionales introducen garantías procesales que responden a ese concepto de debido proceso. En efecto, tanto en la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, en su artículo XVIII-Derecho de Justicia, como en los artículos 8, 9 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, podemos apreciar un mínimo de esas garantías procesales que no pueden ser desconocidas ni por la Carta Magna ni por las leyes formales. El art XVIII – Derecho de Justicia de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre expresa que “ toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe

² Jesús González Pérez “*Derecho Procesal Administrativo*”, Vol I, pág. 31, Ed. Instituto de Estudios Políticos . Madrid, 1955(citado por Gozaíni, ob. Cit.)

³ Aunque no se descarta la actuación de la Administración como sujeto activo al reclamar judicialmente la anulación de sus propios actos (lesividad).

⁴ Gozaíni, Osvaldo, Ob. Cit, pág. 90.

disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que viole en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente” .

Ante la innegable realidad que denota el surgimiento de nuevos derechos, reconocidos como los de “tercera generación”, y como una respuesta adecuada a las ansias de efectivización de los derechos de solidaridad, el derecho procesal es el que debe esforzarse para que los postulados basales se cumplan, de manera tal que ante la inobservancia de los mismos y suscitado un conflicto, debe facilitar el modo de reclamar ante el órgano jurisdiccional y éste otorgar la solución requerida de una manera eficiente y rápida.. A esta idea de acceso a la justicia está ligada la tutela de los intereses colectivos.

Al final del siglo XX sobreviene una época de preocupación con la efectividad de los derechos y la tutela a la dignidad de la persona humana. La teoría de la acción va saliendo progresivamente de escena y crece la tutela procesal de los derechos, con un verdadero debate y creación de ellos, tanto así que se consideran tanto o más importantes que las leyes, pues los derechos no se extraen de las leyes que los garanten, sino de todo el sistema jurídico. Los jueces son los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado Constitucional, de la necesaria moderada coexistencia de ley, derechos y justicia.⁵

Aparece una nueva visión que tiende a superar el rígido dualismo entre Estado-Individuo, porque la tradicional dicotomía “público-privado” no resiste a las realidades de la “sociedad de masa”, que por sus relaciones provoca “litigios de masa”⁶ Por lo que en las pretensiones colectivas la materia litigiosa se refiere a nuevos derechos y nuevas formas de lesión que tienen una naturaleza común o nace de situaciones arquetípicas, transfiriéndose de una estructura atómica para una estructura molecular del litigio.⁷

En general, en estas premisas abreva la tutela de los derechos transindividuales, de extensión difusa o colectiva. Lo que importa es que la tutela sea adecuada a realizar el derecho afirmado y dar motivo suficiente a la efectividad de la pretensión procesal llevada a juicio.

IV.- LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LOS NUEVOS DERECHOS.

Conforme lo señala María Angélica Gelli, en 1994 la Constitución de la Nación Argentina recibió reformas sustanciales acerca de los derechos y garantías reconocidos a los habitantes del país.⁸ En efecto, pues marcan un avance en el reconocimiento de nuevos derechos y su protección los artículos 41, 42 y 43 - de neto corte procesal- que establece en forma expresa las garantías del amparo, hábeas data y hábeas corpus.

Estos temas, estos derechos ya perfilados en la realidad social, reclamaban un reconocimiento expreso a los fines de su eficacia y la plausible reforma constitucional no hizo más que hacer eco concreto de los derechos de la tercera generación. El problema es que todavía no ha habido una adecuación de las normas procesales ya que se ligan a los mismos cuestiones vinculadas no sólo a su ejercicio efectivo sino también y en forma inexorable, al acceso a la justicia, lo cual lleva a considerar cuestiones procesales como son la competencia, la legitimación procesal, los efectos de la cosa juzgada, etc.. Ese retraso en concretar las reformas acordes a los reconocimientos hacen perder la noción de tutela judicial efectiva y desdibujan el sentido que tales derechos tienen, pues no se puede aplicar el sistema procesal individualista (de tradición romano-germánica) a estas nuevas realidades, pues chocan con ellas al ser aquél una expresión inadecuada para los nuevos conceptos, los nuevos instrumentos y las nuevas estructuras.

De allí la necesidad urgente e imperiosa de una legislación procesal al respecto, no habiéndose desarrollado en nuestro país una doctrina que pregone en forma contundente y determinante dicha legislación ya que sólo se han levantado a su favor algunas voces en forma aislada. Recién, hace poco, nues-

⁵ Zagrebelsky, Gustavo. “ *Il diritto mite*”.Turin, Ed.Einaudi, 1992, pág. 212, 213.

⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvarado de. “ *A Ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance*”. Sao Paulo. Saraiva, 1992, pág 88.

⁷ WATANABE, Kazuo. “ *Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense*”Revista de Processo. Sao Paulo: RT, 1992, nº 67, pág. 15.

⁸ GELLI, MARÍA ANGÉLICA. “ *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. Ed.LA LEY .Segunda Edición. Bs.As.2003. Prólogo a la Segunda Edición. XV.

tra Suprema Corte de Justicia Nacional en el conocido fallo “Halabi”⁹, hace referencia al tema y clama por una legislación procesal en tal sentido.

En este punto es dable destacar que la doctrina procesal brasilera ha desarrollado la teoría del derecho procesal colectivo y que existe el anteproyecto de código de procesos colectivos en tratamiento legislativo.

Señala Antônio Gidi que en los países del civil law tradition las acciones colectivas son de reciente desarrollo. Que en la década de los setenta (1970) un grupo de profesores italianos – Mauro Cappelletti, Michele Taruffo y Vincenzo Vigoriti- estudiaron las acciones de clase norteamericanas y publicaron artículos y libros sobre el tema. Este movimiento académico fue calurosamente recibido en Brasil por importantes juristas- José Barbosa Moreira, Ada Pelegrini Grinover y Waldemar Mariz Oliveira Jr.-¹⁰ publicando numerosos artículos al respecto¹¹, aunque, señala, en Italia el movimiento fue rechazado como una curiosidad excéntrica de académicos “izquierdistas” y perdió su oportunidad.¹² Asimismo el destacado jurista brasilero expresa que los países del derecho civil pueden emplear el procedimiento de las acciones colectivas, pero no pueden transplantar el modelo norteamericano a sus sistemas jurídicos sin una sustancial adaptación.¹³

Esa es la misión de nuestros juristas, nuestros legisladores, nuestros jueces: adaptar esta nueva rama del derecho procesal al orden jurídico argentino. Lo ideal sería un análisis profundo de esta nueva corriente, pero ello escapa a este trabajo, por lo que, siguiendo a la doctrina brasilera ya destacada, pasaré a considerar en la forma más breve posible pero absolutamente necesaria para comprender cabalmente el tema, las nociones de los nuevos institutos procesales.

V.- LOS NUEVOS DERECHOS Y EL PROCESO COLECTIVO

Los Derechos Colectivos, “lato sensu”, son los entendidos como género, de los cuales son especies¹⁴: los derechos difusos, los derechos colectivos “stricto sensu” y los derechos individuales homogéneos¹⁵. Habría, entonces, derechos/intereses esencialmente colectivos (difusos y colectivos en sentido estricto) y derechos/intereses accidentalmente colectivos (individuales homogéneos)¹⁶

a) Los Derechos Difusos son aquellos transindividuales (metaindividuales, supraindividuales) pertenecientes a una colectividad de naturaleza indivisible (sólo pueden ser considerados como un todo), y cuyos titulares son personas indeterminadas ligadas por una circunstancias de hecho, no existiendo un vínculo común de naturaleza jurídica. Por ejemplo la publicidad engañosa o abusiva que llega a través de

⁹ “ Halabi, Ernesto c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo p/ Amparo”24/02/2009. Abeledo –Perrot Online. Lexis 70051373.

¹⁰ A los autores señalados por Gidi incluiré a Kazuo Watanabe, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes y los bahianos Fredie Didier jr y Hermes Zaneti jr., entre otros, a quienes he seguido en sus elaboraciones doctrinarias y a quienes se les debe, conjuntamente con los primeros, la influencia de que estén a punto de tener un cuerpo legal acorde a las realidades aquí descritas, siendo también algunos de ellos autores del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado en Caracas en Octubre de 2004.-

¹¹ GIDI, Antônio *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pág. 17-18.

¹² GIDI, Antônio. Ob. Cit., pág. 19.

¹³ GIDI, Antônio, Ob. Cit., pág. 3.

¹⁴ A esta altura del desarrollo doctrinario se impone el concepto de derecho sobre el de interés, aunque se advierte son utilizados por algunos autores como sinónimos. María Angélica Gelli señala que la reforma constitucional de 1994 puso en cuestión las categorías de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, ampliando el alcance del amparo. GELLI, MARÍA ANGÉLICA, Op. Citada, pág. 369.

¹⁵ Esta clasificación es la receptada por el Código de Defensa del Consumidor Brasileiro (1990) en su art. 81 y por el Anteproyecto de Código Brasileiro de Procesos Colectivos, en su artículo 4º.

¹⁶ MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA, *Tutela Jurisdiccional dos intereses coletivos difusos* Temas de Derecho Procesal Civil. Pág. 195-197. Sao Paulo. Saravia, 1984, 3ª Série. Ob. citada por FREDIE DIDIER Jr. y HERMES ZANETI Jr. *Curso de Direito Processual Civil- Processo Coletivo*, Volumen IV, pág. 73. Ed. Podium 4ª Edición. Salvador, Bahía. 2009.-

la prensa, hablada, escrita o televisada, al afectar un incalculable número de personas, sin que entre ellas exista una relación jurídica base; la protección del medio ambiente y la preservación de la moralidad administrativa.

b) Los Derechos Colectivos Stricto Sensu son también transindividuales, de naturaleza indivisible, del que son titulares un grupo, categoría o clase de personas (indeterminadas, mas determinables en cuanto al grupo, categoría o clase) ligadas entre sí por una relación jurídica base. Por ejemplo, cualquier Asociación Profesional, los contribuyentes de determinado impuesto, contratantes de un mismo seguro, los estudiantes de una misma Universidad, etc. . Lo determinante y diferencial con el derecho difuso es entonces la determinabilidad de las personas titulares.

c) Los Derechos Individuales Homogéneos son aquellos que tienen un origen común, nacidos como consecuencia de la propia lesión o amenaza de lesión. La relación jurídica de las partes es post factum (hecho lesivo). Son derechos individuales con natural dimensión colectiva en razón de su “homogeneidad”. Es una ficción creada por el derecho positivo con la finalidad de posibilitar la protección colectiva de derechos individuales con dimensión colectiva. Esta categoría tiene origen en las “class actions for damages”, acciones de reparación de daños a la colectividad, del derecho norteamericano.

Lo que tienen en común estos derechos es la génesis en la conducta –activa u omisiva- de la parte contraria, cuestiones de derecho o de hecho, que les confieren características de homogeneidad, revelando prevalencia de cuestiones comunes y superioridad en la tutela colectiva. No se trata, entonces, de un litisconsorcio multitudinario ni de la suma de pretensiones individuales. Son ejemplos las causas de reclamos previsionales, las tributarias, la lesión en el mercado de acciones y los accionistas que son perjudicados en apenas algunos centavos, lesión por las tarifas de servicios públicos aplicadas con cláusulas abusivas, aunque la lesión también sea por pocos centavos para cada uno de los usuarios, etc. .

Así, estas nuevas categorías de derechos encuentran su tutela jurisdiccional en el proceso colectivo el cual es considerado “*como aquel en que se postula un derecho colectivo lato sensu o se afirma la existencia de una situación jurídica colectiva pasiva, con el fin de obtener un pronunciamiento jurisdiccional que alcanzará a una colectividad, a un grupo o a un determinado número de personas*”.¹⁷ Es, en definitiva un proceso de interés público pues tienden a la armonía y a la realización de los objetivos constitucionales de la sociedad y de la comunidad. Se consideran, en general intereses públicos a aquellos que competen o se relacionan con las necesidades de toda colectividad o de un segmento significativo de ella, comprendiendo una esfera de pertinencia global o general identificada con lo “público” en un sentido moderno, no sólo estatal.

El Poder Judicial tiene entonces una nueva tarea: es el órgano colocado a disposición de la sociedad como instancia organizada de solución de conflictos “metaindividuales”¹⁸, es un activismo judicial bien entendido, en el sentido de que debe estar coordinado con la actividad de las partes y el respeto de la Constitución.

Este proceso colectivo, en consecuencia, debe respetar los principios del derecho procesal colectivo.

VI.-PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL COLECTIVO.

Es preciso comprender que existen principios propios para esta rama del derecho procesal que le dan una entidad diferente respecto del proceso civil. Para ello seguiré las consideraciones de Ada Pellegrini Grinover¹⁹.

¹⁷ FREDIE DIDIER Jr. y HERMES ZANETI Jr. *Curso de Direito Processual Civil- Processo Coletivo*, Volumen IV, pág. 43.Ed.Podium 4ª Edición. Salvador, Bahía. 2009.-

¹⁸ FREDIE DIDIER Jr. y HERMES ZANETI Jr., ob. Cit. pág. 40.

¹⁹ ADA PELLEGRINI GRINOVER y otros autores. “ *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*” Editora Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, Brasil, 2007. Pág.11 y ss..

a) Principio de acceso a la justicia: No es sólo acceder a los tribunales sino

también alcanzar por medio de un proceso cercado de garantías del debido proceso legal, la tutela efectiva de los derechos violados amenazados. Este proceso abre los esquemas de legitimación ya que adopta una legitimación autónoma, abierta, múltiple y compuesta.

b) Principio de la universalidad de la jurisdicción: El acceso a la justicia debe estar garantizado a un número cada vez mayor de personas, amparando un número cada vez mayor de causas. El tratamiento colectivo de derechos comunitarios es el que efectivamente abre las puertas a la universalidad de jurisdicción.

c) Principio de participación: en el proceso civil individual el contradictorio es ejercido directamente por el sujeto de la relación procesal, en tanto que en el proceso colectivo el contradictorio se cumple por la actuación del portador, en juicio, de los derechos difusos, e colectivos o individuales homogéneos (llamado “representante adecuado”).

d) Principio de acción o de activismo judicial: el juez puede estimular al legitimado a llevar a juicio la acción colectiva, poniendo en conocimiento de los legitimados de la existencia de diversos procesos individuales versados sobre un mismo bien jurídico (por ej., piénsese en las acciones promovidas como consecuencia del llamado “corralito”). Es una versión del principio inquisitivo.

e) Principio del impulso oficial: El proceso se inicia por impulso de parte y luego continúa su camino por impulso oficial.. Además tiene el juez facultades como desmembrar un proceso colectivo en dos, por ejemplo una que tutele derechos difusos o colectivos y otro que haga lo propio con los individuales homogéneos, si fuera conveniente para la tramitación del proceso. También puede categorizar la pretensión como colectiva, dirigir la audiencia preliminar, decidiendo sobre los puntos controvertidos, flexibilizar la técnica procesal, suspender los procesos individuales sobre el mismo tema hasta tanto se resuelva y se dicte la sentencia del proceso colectivo.

f) Principio de economía: los conceptos de acumulación de acciones, conexidad y litispendencia son menos rígidos que en el proceso individual pues se tiene en cuenta el bien jurídico a ser protegido (y no el rigorismo de identidad de objeto, sujeto y causa) y la diferencia de legitimados activos no será un obstáculo para el reconocimiento de la identidad de los sujetos. Por ello las causas serán reunidas con mayor facilidad y la litispendencia tendrá un ámbito de mayor aplicación. Esto llevará, sobre todo en los pedidos de inconstitucionalidad, a – en expresión de Kazuo Watanabe- “molecularizar” los litigios, evitando el uso de innumerables procesos que buscan soluciones de controversias en forma fragmentada, dispersas, “atomizadas”.

El análisis de estos principios lleva a considerar que los institutos propios del derecho procesal asuman una identidad propia en el proceso colectivo. Al respecto cabe destacar la cosa juzgada, ya que tiene efecto “erga omnes” y “secundum eventum probationis” ya que puede volver a intentarse la pretensión en base a nuevas pruebas sobrevinientes que no pudieron ser producidas en el proceso y que sean capaces, por sí mismas, de mudar su resultado. Respecto a la competencia rige el principio de “competencia adecuada”, siendo flexibles las reglas para determinarla y en relación al onus probandi” rigen las cargas probatorias dinámicas.

VII.- PRETENSIONES PROCESALES COLECTIVAS . EL AMPARO.

Prefiero utilizar la expresión “pretensión colectiva” y no acción colectiva, pues se ajusta en forma estricta a la unidad de pretensión, como antes lo desarrollara.

Y cabe preguntarse si existen pretensiones procesales “administrativas” de carácter colectivo. Después del análisis desarrollado la respuesta es afirmativa.

No podrá negarse que un gran número de pretensiones administrativas encuadran en el concepto de los nuevos derechos. Piénsese que cuando la Constitución Nacional consagra los derechos de los consumidores y usuarios entran en esta categoría ²⁰ derechos patrimoniales (la seguridad de no sufrir un daño, los intereses económicos, la libertad de elección, el trato equitativo y digno, la mayor protección a la parte más débil) y derechos personales (la protección de la salud y la seguridad de no sufrir menosca-

bo en ella o en la vida) todo lo cual, sin duda, implica actuación del Estado en más de uno de los rubros a través, sobre todo, de la Administración, con especial mención del mismo artículo referido a la prestación de los servicios públicos – actividad estatal, concesionada o no, pero con preponderante papel del Estado en la regulación y control de los mismos-, que es la que más afecta a los usuarios. Esto, sin duda es “materia administrativa” y por ello, las pretensiones procesales derivadas de ella darán origen a procesos administrativos que deberán ser tramitados en jurisdicción contenciosa-administrativa.

Ocurre que ante la falta de legislación procesal específica respecta de los derechos colectivos ²¹, se recurre a la acción de amparo para la protección de los mismos, inclusive hasta considerarla como un medio ordinario de reclamación a la jurisdicción. El amparo reconocido constitucionalmente en el artículo 43 de la Constitución Nacional ha sido el mecanismo utilizado mayormente para pedir la tutela de estos nuevos derechos, precisamente porque no existe otro y porque se ha puesto a la altura de los mismos derechos que pretende proteger, es decir, la jerarquía constitucional. Ello es inobjetable. Lo que entiendo es que es insuficiente conforme la idea trazada en el presente trabajo respecto de los procesos colectivos. Reconocidos constitucionalmente los nuevos derechos es preciso un proceso adecuado que garantice su tutela judicial efectiva.

El objeto del amparo en la mayoría de los casos es materia administrativa y ésta puede estar en cada uno de los derechos cuya clasificación se esbozó ut supra - derechos difusos, derechos colectivos estricto sensu y derechos individuales homogéneos-. Los ejemplos expuestos en relación a cada uno de ellos denotan lo aquí afirmado.

Ahora bien, sólo la acción de amparo es el medio de tutela judicial de estos derechos? Por ahora lo es, pero no quiere decir que tenga que ser el único. De allí la necesidad de legislar el proceso colectivo como una alternativa para tutelar estos derechos, pues habrá situaciones en las cuales no se dan los extremos de la pretensión de amparo (y el juez rechazarlo) y por consiguiente quedarán aquellos desprotegidos.

Además del desconcierto en el que se ven subsumidos los jueces cuando una pretensión de este tipo se interpone ante su juzgado, ya que debe aplicar el rígido proceso individual advirtiendo, seguramente, que no se adapta a tales pretensiones. Para salirse de tal estructura se necesita jueces valientes que se animen a aplicar los principios procesales de un proceso colectivo sin estar legislado. Precisamente, celebro el citado fallo “Halabi” dictado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues advirtiendo la realidad social hizo aplicación, aunque sea parcialmente - y quizás siguiendo una clasificación que difiere de la aquí desarrollada, - de los principios del derecho procesal colectivo, y clamó por una legislación que llene el vacío legislativo. Expresó el máximo Tribunal que “ *Frente a esta falta de regulación – la que, por lo demás constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido-, cabe señalar que la referida disposición constitucional (se refiere al art. 42) es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido...* ” (Considerando 12).

Así, no podrá decirse que tal actitud sea “gobierno de jueces” o “activismo” que reemplaza la actividad del legislador. Sencillamente como éste no ha advertido esa realidad dándole una respuesta adecuada, es que el problema toca primero la puerta de los tribunales buscando solución al reclamo y sólo con jueces preparados para responder se puede asegurar la mentada efectividad de la tutela judicial. Los jueces gozan del “ius dicere” que más que decir el derecho es también formularlo y elaborarlo, por ello están facultados a llenar el vacío legal.

²⁰ Conforme GELLI, MARÍA ANGÉLICA. “ *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. Ed. LA LEY. Segunda Edición. Bs.As.2003. Pág.373

²¹ Sólo la ley de defensa del consumidor 24.420, que reglamenta el ejercicio de los derechos de los consumidores, trae una tibia referencia en relación a la competencia y a la legitimación procesal, la cual es insuficiente para una acabada tutela judicial.

Considero que el fallo citado es a los derechos colectivos lo que en su momento fueron los fallos “Siri” y “Kot” al amparo, el primer paso dado desde la jurisprudencia ante la norma ausente.

VIII.- COMPETENCIA EN LOS PROCESOS COLECTIVOS.

La competencia en los procesos colectivos es considerada como uno de los aspectos más sensibles, pues en virtud de la naturaleza del derecho tutelado, es muy difícil identificar cual debe ser el juez competente para juzgar la causa²². En la legislación brasilera, en el Código de Defensa del Consumidor, se optó por la técnica de los fueros concurrentes en las hipótesis en que se afirma la existencia de un daño nacional o regional – por ej. en materia de derecho ambiental-, es el “forum shopping” del derecho norteamericano, utilizado frecuentemente en el ámbito del derecho internacional y por el cual el actor elige el juez más conveniente a sus intereses ante el caso de competencia concurrente. A este principio se opone el “forum non conveniens” que deja al arbitrio del juez actuante la posibilidad de rehusar su actuación, si entiende comprobada la existencia de otra jurisdicción internacional invocada como concurrente y más adecuada para entender los intereses de las partes o a los reclamos de la justicia en general²³.

Sin embargo el anteproyecto del Código Procesal Colectivo no sigue el principio del CDC, sino que se ha procurado dejar sentado el principio de “competencia adecuada” el que puede ser enunciado de la siguiente manera: “En las demandas colectivas la competencia territorial es absoluta y será fijada por la prevención, nada obsta, entretanto, que en la presencia de otro fuero competente sea modificada la competencia cuando éste se asegure más adecuado a los intereses de las partes o a las exigencias de la justicia en general.”

Vemos que este principio se refiere a la competencia territorial. Los cuerpos legislativos proyectados hacen referencia a ella, pero no tratan el tema de la competencia en razón de la materia, pues va de suyo que determinado el juez territorial, será dentro de ese territorio el juez especialista en la materia a tratar el que será competente para conocer y resolver la causa. No cabe otra solución más adecuada. En ese sentido será juez competente el civil, el comercial, el laboral y el administrativo, según el caso a tratar.

Así, y como ya lo señalara, en nuestro derecho es el amparo el medio -único- que se ha utilizado para reclamar la tutela judicial de estos nuevos derechos.

Al respecto, en la provincia de Mendoza, sólo son competentes para entender en estos juicios los jueces con competencia en lo civil, comercial y minas (artículo 9 ley n° 6504) desvirtuando así su competencia originaria en este tipo de procesos, toda vez que llegarán a su conocimiento causas que no sean civiles o comerciales y sí, por ejemplo, administrativas, como de hecho ocurre.

Como adelantara, muchos de esos nuevos derechos son de materia administrativa (de hecho el tema tratado en Halabi lo es) .Ahora bien, en nuestra provincia no existen tribunales en lo contencioso-administrativo que pudiesen conocer en estas pretensiones . Sólo podemos reclamar tutela judicial vía amparo y ante jueces civiles, lo cual entiendo y con mucho respeto, desvirtúa la especialidad.

La Constitución Provincial otorga competencia en materia administrativa a la Suprema Corte de Justicia en su artículo 144 inciso 5), completado por los artículos 1°, 2,3 y 4 del Código Procesal Administrativo (ley 3918). Para que la Corte se avoque a causas administrativas debe haberse agotado el procedimiento administrativo pertinente (art. 5° CPA)

Me pregunto si la Suprema Corte de Mendoza podría conocer en instancia única sobre estos nuevos derechos en materia administrativa .

Lo ideal sería una legislación específica que consagre el proceso colectivo el cual, lógicamente, no podría ir en contra de los postulados de la Carta Magna Provincial. Es que aún sin cambiar la Constitución respondo afirmativamente, pues tales derechos pueden haber sido ejercido en el procedimiento adminis-

²² FREDIE DIDIER Jr . y HERMES ZANETI Jr., ob. Cit. pág. 116.

²³ FREDIE DIDIER Jr . y HERMES ZANETI Jr., ob. Cit. pág. 117.

trativo, haber agotado la instancia administrativa y llegar a conocimiento del máximo Tribunal, pues si bien a veces es característica de ellos la urgencia, no es siempre postulado indispensable la prisa, la rapidez que garantizaría (supuestamente) una acción de amparo, sino la efectividad del acceso a la justicia como fuera desarrollado en los capítulos precedentes.

Lo importante, en estos posibles casos, es que se apliquen los principios del proceso colectivo con todas las consecuencias que ello implica – economía, legitimación, efectos de la sentencia- sin importar qué Tribunal los juzga. Por ello, nuestra Corte Suprema también podría conocer en estos procesos en instancia única.

Por otro lado, puede ocurrir que se controvierta la constitucionalidad de una ley, decreto, ordenanza o resolución referidos a materia que rige la Constitución Provincial y verse afectados derechos colectivos en sentido amplio (*latu sensu*), aquí, en este supuesto, la Corte Suprema ejercerá su Jurisdicción en forma originaria (art. 144 inc. 3 Const. Provincial). Sin duda se respondería así al concepto de competencia adecuada.

En definitiva, la competencia en los procesos colectivos está dada primero por la territorialidad en base a la “competencia adecuada” y luego por la materia o especialidad a la que se refieran los derechos protegidos.

La instrumentalidad debe ser útil de manera que no desatienda los resultados a alcanzar.²⁴ Al decir de Chioyenda, “ el Estado está interesado, no en el objeto de la litis, sino en el modo en que ésta se desarrolla”.²⁵

X.- CONCLUSIONES

a) Los derechos colectivos “*latu sensu*” han sido reconocidos constitucionalmente por lo que es preciso una legislación procesal que garanticen el debido proceso ante la vulneración de los mismos.

b) Lo que importa es que la tutela sea adecuada a realizar el derecho afirmado y dar motivo suficiente a la efectividad de la pretensión procesal llevada a juicio.

c) Los principios del derecho procesal colectivo deben ser adaptados a nuestro sistema jurídico y nuestras costumbres.

d) Esa legislación procesal debe ser no sólo nacional, sino también provincial, por ser facultad no delegada.

e) Un Código de Procesos Colectivos – Nacional o Provincial- puede ser aplicado en los Tribunales sin importar la competencia de los jueces en razón de la materia, pues lo que importa es la tutela judicial efectiva.

²⁴ ADA PELEGRINI GRINOVER. “*A tutela jurisdiccional dos interesses difusos*”. Revista Uruguaya de Derecho Procesal, n° 3, Montevideo, 1977, pág. 15.

²⁵ CHIOYENDA, GIUSSEPPE. Ensayos de Derecho procesal Civil, Vol II, pág. 162. Ed. Ejea, Bs. As. 1949

EL ABOGADO Y LA FUNCIÓN DE CONTRALOR DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL, LÍMITES Y RIESGOS

Dr. CARLOS ALBERTO LÓPEZ DE BELVA

COLEGIO DE ABOGADOS DE MORÓN

ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DE BUENOS AIRES

SÍNTESIS

Para el abogado, máxime si está matriculado en la Provincia de Buenos Aires, el ejercicio del contralor de la actividad jurisdiccional, implica un derecho y también un deber. Determinan las Normas de Ética que cuando existan razones fundadas para sospechar de la conducta de un juez, el abogado debe impulsar su investigación, tarea en la que debe ser acompañado por sus pares.

Por mandato constitucional, los jueces gozan de inmunidad y conservan sus puestos mientras dure su buena conducta. Siendo que los magistrados no acceden a sus cargos por elección popular y que solo responden mediante el mecanismo que regula el contralor de su buena conducta, es obvio que el estado de derecho democrático tiene un fuerte sustento en esos controles.

Si de la puesta en marcha de esos mecanismos democráticos; dentro de los márgenes de la ley, derivaran sanciones o consecuencias patrimoniales, el sistema democrático se vería seriamente resentido y los jueces - en lugar de inmunidad - dispondrían de una malsana y perversa impunidad.

De la sentencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos en el caso *Kimel Eduardo vs. Estado argentino*, surgen elementos que fundamentan seriamente la idea de que los abogados no deben ser perseguidos, patrimonial ni penalmente, por haber ejercido el derecho/deber de pedir la investigación de la conducta de los jueces. Esa sentencia; que es interpretada por algunos como dirigida al gremio de prensa, protege toda actividad investigativa que involucre a funcionarios públicos, cuando median razones de interés general. Y no cabe duda alguna que comprobar si se mantiene la buena conducta de los magistrados, reviste interés público. Tampoco cabe duda que somos los abogados quienes estamos mayormente capacitados para impulsar esas investigaciones.

Se propone que la XVI Conferencia Nacional de Abogados ratifique y reitere lo determinado en la XV Conferencia Nacional en punto a la inmunidad del abogado; que inste a la Federación Argentina de Colegios de Abogados para que impulse, como se decidió, a través del Instituto de Estudios Legislativos, la elaboración de un proyecto de ley y que declare que ningún abogado puede ser perseguido disciplinaria, criminal ni patrimonialmente, por haber pedido -con fundamento en las normas vigentes- la investigación de la conducta de un juez.-

EL ABOGADO Y LA FUNCIÓN DE CONTRALOR DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL, LÍMITES Y RIESGOS

Esta XVI Conferencia Nacional de Abogados se desarrolla en la Provincia de Buenos Aires. Esta ponencia tiene fuerte sustento en lo que determinan las Normas de Ética para los abogados de la Provincia de Buenos Aires. Sin embargo, aún sin contar con una norma similar a la que esas normas específicamente contienen, lo que aquí se sostendrá, entendemos es de aplicación a todo el territorio nacional.

Ello, en primer lugar porque la Constitución Nacional determina en su artículo 110 que los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta.

Ninguna otra profesión tiene un contacto tan directo y tan permanente con los jueces, su función y

su conducta, como la abogacía. Ningún otro profesional está tan capacitado para advertir si el magistrado cumple o no con el requisito de mantener buena conducta o de mantener el requisito básico de la idoneidad para el cargo. En consecuencia, nadie más capacitado ni más comprometido con la función judicial y su contralor, que el profesional de derecho.

Lo que acaba de describirse afecta a los abogados de todo el país. Pero; para quienes ejercemos en la Provincia de Buenos Aires, las Normas de Ética, en su artículo 21, establecen: “Frente a motivos fundados de serias quejas contra un magistrado, es derecho y deber de los abogados presentar la denuncia o acusación ante las autoridades o ante sus Colegios. En tales casos, los abogados que los formulen deben ser apoyados por sus colegas. La presente norma se hace extensiva a todo funcionario ante quien deban actuar los abogados en el ejercicio de su profesión”.

En oportunidad de la XV Conferencia en Salta, se expuso el caso del Colegio de Abogados de Bahía Blanca. Por cumplir ese derecho/deber, el consejo directivo y su presidente recibieron por respuesta una increíble persecución con causas criminales y demandas patrimoniales exorbitantes.

A lo largo y a lo ancho de todo el país, se han verificado por parte de la Comisión de derechos Humanos de FACA, numerosos casos de reacciones corporativas. La mayoría de los casos tiene por víctimas a colegas desprotegidos ya que no todas las instituciones de la colegiación exhiben similar compromiso.

Si se confronta el texto de la citada disposición de las Normas de Ética y el actual de la ley de Enjuiciamiento de magistrados de la Provincia de Buenos Aires, nos hallaremos ante un cuadro esquizofrénico. En efecto, aquéllas nos imponen la promoción de la investigación de la conducta del juez respecto del cual tengamos serias dudas, sin embargo, la reforma al Jury bonaerense, en su artº 31, amenaza: “Cuando el acusador fuere un Colegio de Abogados o un particular, no se dará curso a la Acusación si previamente no se acredita en la forma que determine el Presidente, la responsabilidad suficiente para responder a las costas del juicio”. La norma merece el repudio de la XVI Conferencia ya que implica una cortapisa al ejercicio democrático del contralor de la conducta judicial, ni más ni menos que respecto de las instituciones de la matrícula. Esto no debería ocurrir de ninguna manera.

Esta reforma salió entre gallos y medias noches y encontró distraído al Colegio de Provincia. En política estas distracciones o ingenuidades pueden pagarse caras.

LAS GARANTÍAS AL EJERCICIO PROFESIONAL EN ALGUNAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En la ponencia sobre la inmunidad del abogado en el ejercicio profesional, como garantía de acceso a la jurisdicción, que la XV Conferencia aprobara por aclamación, se citan numerosas normas del derecho internacional de los derechos humanos y otras, que sirven de fuerte y adecuado fundamento para repeler este tipo de acciones contrarias al ejercicio democrático de contralor de las conductas judiciales. A manera de muy breve recordatorio, citaremos algunas.

Merecen ser destacadas varias relacionadas con las Naciones Unidas:

Declaración y Acción de Viena (a/conf. 157/23) en particular párrafo 27 de la parte I y los párrafos 88, 90 y 95 de la parte II. Resolución 1.994/41, del 4 de marzo de 1.994, en la que se pidió a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU que nombrara un relator especial que se encargara de la cuestión de la independencia e imparcialidad del poder judicial, los jurados y asesores y de la independencia de los abogados.

Resolución 1.995/36, del 3 de Marzo de 1.995 que decidió la utilización del título abreviado de “Relator Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados”.

Resolución 45/166 de la Asamblea General acogiendo los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, e invitó a los gobiernos a que los respetaran y los tuvieran en cuenta en la legislación y prácticas nacionales.

Declaración sobre los Principios Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptada en Beijing en agosto de 1.995 por la Sexta Conferencia de Presidentes de las Cortes Supremas de Asia y el Pacífico.

Declaración de El Cairo, adoptada en noviembre de 1.995 por la Tercera Conferencia de Ministros de Justicia francófonos.

La Declaración sobre los Principios Fundamentales para las Víctimas de Delitos y del abuso del poder, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1.985.

Directrices sobre la Función de los Fiscales, aprobadas por el Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana del 27 de Agosto al 7 de Setiembre de 1.990.

Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, del 17 de diciembre de 1.979.

Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos. Resolución de la Asamblea General 53/144 del 8 de Marzo de 1.999.

Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana del 27 de agosto al 7 de Noviembre de 1.990. Reconoce como antecedentes al conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión y las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos.

Consagra un principio general fundamental que expresa que:

“la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales que toda persona puede invocar, ya sean económicos, sociales y culturales o civiles y políticos, requiere que todas las personas tengan acceso efectivo a servicios jurídicos prestados por una abogacía independiente”.

Diversas declaraciones de la Comisión de Derechos Humanos en el marco de la independencia e imparcialidad del poder judicial, los jurados y asesores y la independencia de los abogados, que destacan:

“que la existencia de un poder judicial independiente y la independencia de los abogados es esencial para proteger los derechos humanos y garantizar que no haya discriminaciones en la administración de justicia” (1.998/35, 2.000/42, etc.).-

Principios básicos sobre la función de los abogados.

El Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana entre el 27 de agosto y el 7 de setiembre de 1.990, a que nos venimos refiriendo, aprobó los principios básicos sobre la función de los abogados. Destaca la importancia de las asociaciones de abogados y su función de velar por las normas y la ética profesionales y la de proteger a sus miembros de las persecuciones y restricciones o injerencias indebidas. Propicia el acceso a la asistencia letrada sin restricciones ni discriminaciones. Insta a los gobiernos y asociaciones de profesionales, para que adopten medidas para informar a la población acerca de sus derechos. Incluye salvaguardias especiales en asuntos penales.

Y en coincidencia con lo que es nuestra pretensión, dispone que:

“Los gobiernos, las asociaciones profesionales de abogados y las instituciones de enseñanza velarán por que los abogados tengan la debida formación y preparación, y se les inculque la conciencia de los ideales y obligaciones éticas del abogados y de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional”.-

En el capítulo garantías para el ejercicio de la profesión se establece que los gobiernos garantizarán que los abogados a) puedan ejercer todas sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas b) puedan viajar y comunicarse libremente con sus clientes tanto dentro de su país como en el exterior c) no sufran ni estén expuestos a persecuciones o sanciones administrativas, económicas o de otra índole a raíz de cualquier medida que hayan adoptado de conformidad con las obligaciones, reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión.

De modo coincidente, establece el instrumento que nos ocupa que:

“los abogados gozarán de inmunidad civil y penal por las declaraciones que hagan de buena fe, por escrito o en los alegatos orales, o bien al comparecer como profesionales ante un tribunal judicial, otro tribunal u órgano jurídico o administrativo”.

LA CARTA DE LA DEFENSA DE LA UNIÓN INTERNACIONAL DE ABOGADOS

En su art. 14 establece que “Los abogados ejercen una función esencial para la representación y exposición de los derechos y quejas en la sociedad y por ello deben gozar de la libertad de asociación, creencias, opinión y expresión. En particular, deben tener el derecho a participar en cualquier debate público sobre el derecho y la administración de justicia así como el derecho a, libremente y sin ingerencias, adherirse a organizaciones locales, nacionales o internacionales o constituir las. No deben estar sujetos a ninguna restricción profesional por razón de sus creencias o su pertenencia en una organización reconocida”. El mismo cuerpo dispone en su Artº 13 que “Ningún abogado deberá ser víctima o amenazado con sanciones penales, civiles, administrativas, económicas o de otro tipo por haber aconsejado o representado a un cliente o defendido su causa... un abogado goza de inmunidad civil y penal por las declaraciones que haga de buena fe en sus informes, escritos u orales o en el ejercicio de su profesión ante una jurisdicción, un tribunal u otra autoridad judicial o administrativa”.

Como un capítulo dentro de la inmunidad en el ejercicio profesional, lo que aquí se propone es que esta XVI Conferencia declare que del ejercicio por parte de los profesionales del derecho, de la función de contralor de la conducta de los jueces, no pueden derivarse consecuencias penales, patrimoniales, administrativas ni de ningún tipo.

LA XV CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS

Es bueno recordar que la XV Conferencia Nacional de Abogados, en Salta aprobó por unanimidad y aclamación la siguiente declaración:

“Garantías e Inmunidad del Abogado

1) El Abogado es garante del acceso efectivo a la jurisdicción idónea, imparcial e independiente.

Para hacer efectiva esa garantía ningún Abogado podrá ser amenazado con sanciones penales, civiles, administrativas, económicas o de otro tipo, por haber aconsejado, representado a un cliente o defendido su causa.

Deberá gozar de inmunidad civil y penal por las declaraciones realizadas en sus escritos o presentación orales en ejercicio de su profesión, de conformidad con las normas de la Carta de la Defensa de la Unión Internacional de Abogados en concordancia con el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, que también destaca la importancia de las asociaciones de abogados y su función de velar por las normas y la ética profesionales y la de proteger a sus miembros de las persecuciones y restricciones o injerencias indebidas. Propicia el acceso a la asistencia letrada sin restricciones ni discriminaciones. Insta a los gobiernos y asociaciones de profesionales, para que adopten medidas para informar a la población acerca de sus derechos. Incluye salvaguardias especiales en asuntos penales.

Se recomienda a la FACA inste a los colegios a asumir el esfuerzo para que, por Ley, se sancione esa garantía, que no está destinada al Abogado, sino para quien requiere sus servicios profesionales.

Asimismo que se recomiende la inclusión en las reformas constitucionales.

Se recomienda que la FACA proponga al Ministro de Justicia y derechos Humanos de la nación para que dada la importancia de la inmunidad del Abogado se incorpore como temario en reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR y Estados Asociados...

3) Se Declara la solidaridad con la situación que afecta a los Colegas del Colegio de Abogados de Bahía Blanca”

Es oportuno que la XVI Conferencia ratifique y reitere esa declaración e inste a FACA para que impulse, a través del IDEL, la elaboración del pertinente proyecto y cree la comisión de defensa de la defensa u otra similar, dentro del mencionado Instituto, para que colabore en esa gestión.

En el marco regional el proyecto de establecer por ley la inmunidad del abogado ha sido acogido por
 EL SEMINARIO REGIONAL DE LA UNIÓN INTERNACIONAL DE ABOGADOS Y IIºENCUENTRO DEL FORO DE LA ABOGACÍA ORGANIZADA SUDAMERICANA –C.O.A.D.E.M. –

Reunido en La Plata, Argentina entre los días 6 y 8 de abril de 2.006, que aprobó la conclusión propuesta por la Comisión N° 3 “Formación y Ejercicio de la Profesión de Abogado en el MERCOSUR. Libertad e Independencia Profesional y Evolución y Perspectivas del MERCOSUR a quince años de su creación”, en los siguientes términos:

“4.- El reconocimiento de la garantía de inmunidad del Abogado en el ejercicio de la profesión no sólo supone el respeto de una ‘defensa libre que asegure la libertad del defensor’ mediante la protección de la confidencialidad, la libertad de desplazamiento y de comunicación; sino también su independencia a través de las organizaciones colegiales, propiciándose un mismo estilo de colegiación. Es necesario que los países del cono sur arbitren status legal para la inmunidad del abogado en el ejercicio profesional, proponiéndose como fuente los principios básicos formulados por la U.I.A.”

En la asamblea de COADEM realizada el año pasado en Montevideo de adoptó la decisión de impulsar leyes similares en el ámbito regional.

UN APORTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El periodista y escritor Eduardo Kimel, fallecido apenas hace horas, escribió una obra acerca de la masacre de los curas palotinos. El juez Rodolfo Rivarola, molesto por críticas que contiene el libro, querreló al autor por calumnias e injurias. Condenado en última instancia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Kimel llevó el caso ante la Comisión Interamericana y luego ante la Corte Interamericana, la que dictó sentencia condenatoria contra Argentina el 2 de mayo de 2.008. El pronunciamiento contiene doctrina de aplicación obligatoria en nuestro país. Si bien se centra en las sanciones penales, no deja de considerar que también las sanciones pecuniarias pueden aparecer desproporcionadas. El hecho de que Kimel sea un periodista no impide aplicar las conclusiones de la sentencia a los abogados, ya que la libertad de expresión también es un derecho nuestro y la investigación de las actividades de los jueces, revisiten interés público. Con los aportes del fallo que se transcribe en lo sustancial, puede reforzarse la idea de la inmunidad del abogado en ejercicio profesional, enfocado en lo que aquí interesa, a la conducta judicial. También constituyen aportes para rebatir demandas civiles o penales que puedan promover jueces molestos por las críticas que permanentemente formulamos los profesionales del derecho. No solo la crítica periodística fortalece las instituciones de la democracia. La labor del abogado contra la impunidad, contra la corrupción y en función de contralor de las conductas judiciales, luce idéntica importancia. No está demás recordar que si la Constitución Nacional asegura a los jueces la permanencia en sus cargos mientras dure su buena conducta, deben existir instrumentos idóneos para verificar que esa buena conducta se mantenga. Y si la excitación de los mismos acarreará sanciones a quien los utiliza, se desvirtúa la garantía constitucional y la inmunidad que la Carta Magna les concede, se transforma en impunidad. Esta sentencia será también un llamado de atención y un freno para las actitudes corporativas que suelen tener los magistrados que intervienen en causas en que un par demanda a un abogado o a un ciudadano cuya legítima actitud les ha incomodado. Dice en algunos pasajes la sentencia referida:

“38.Los representantes concordaron con la Comisión y consideraron que los tipos penales utilizados en este caso son “susceptibles de ser aplicados para perseguir criminalmente la crítica política”, razón por la cual “resultan incompatibles con el artículo 13 de la Convención”.

39. El Estado se allanó a las pretensiones de las partes señalando que “[la] sanción penal al señor

[...] Kimel constituyó una violación a su derecho a la libertad de expresión” y que “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de [l artículo 2 de la Convención]”...

51. En torno a estos hechos las partes presentaron diversos alegatos en los que subyace un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección de la honra de los funcionarios públicos. La Corte reconoce que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio...

56. La necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención. Estos deben responder a un criterio de estricta proporcionalidad.

57. Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas¹.

68. La Comisión alegó que la sanción impuesta al señor Kimel tuvo ‘el propósito legítimo de proteger el honor de un funcionario público’. Con todo, indicó que ‘los funcionarios públicos deben ser más tolerantes a las críticas que los particulares’ y que el control democrático fomenta la transparencia de las actividades estatales, promueve la responsabilidad de los funcionarios públicos y que ‘en un Estado de derecho no existe fundamento válido que permita sustraer de esta consideración a quienes trabajan en la administración de la justicia’.

86. Respecto al derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático². La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público³. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público⁴. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza⁵, como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso.

87. El control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático⁶. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática⁷, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público⁸.

88. En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población⁹. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas.

Con fundamento en las normas citadas: la doctrina de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Kimel; la declaración de la XV Conferencia nacional y demás fundamentos vertidos en esta ponencia y en la que se presentara ante la anterior conferencia, se propone la SIGUIENTE DECLARACIÓN:

La **XVI Conferencia Nacional de Abogados** ratifica y reitera la declaración de la XV Conferencia Nacional respecto de la necesidad de establecer por ley la inmunidad del abogado en el ejercicio profesional. Asimismo insta a la Federación Argentina de Colegios de Abogados para que; por medio del Instituto de Estudios Legislativos, elabore el pertinente proyecto. Que para colaborar en el mismo se cree una comisión de defensa de la defensa o similar, en el IDEL, en cuya integración deberán estar los integrantes de la comisión de DDHH de FACA que más activamente han impulsado el tema de la inmunidad. Que; manteniendo el espíritu de lo decidido en la anterior Conferencia Nacional, se declare que ningún abogado podrá ser sancionado administrativa, patrimonial ni penalmente, por haber ejercido el derecho deber de impulsar, en el marco de las normas vigentes, la conducta de un juez. Y que será del resorte exclusivo de los Tribunales de Disciplina, el análisis y sanción de cualquier exceso. Se repudia la modificación introducida por la ley 13.661 a la ley de Enjuiciamiento de Magistrados de la Provincia de Buenos Aires en cuanto exige, cuando la denuncia sea impulsada por un Colegio de Abogados, no se le dará curso sino se afianza antes las costas del juicio.-

¹ El Tribunal ha señalado que “es indispensable[...] la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto a ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar”. *Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, *supra* nota 44, párr. 34.

² *Cfr. Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 128, y *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 98.

³ *Cfr. Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 129, y *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 103.

⁴ *Cfr. Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 129, y *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 103.

⁵ *Cfr. Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 129, y *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 103.

⁶ *Cfr. Caso Ivcher Bronstein*, *supra* nota 12, párr. 155; *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 127; *Caso Palamara Iribarne*, *supra* nota 12, párr. 83, y *Caso Claude Reyes y otros*, *supra* nota 44, párr. 87.

⁷ *Cfr. Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 113, y *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 83.

⁸ *Cfr. Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 12, párr. 127.

⁹ *Cfr. Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)*, *supra* nota 48, párr. 69; *Caso Ivcher Bronstein*, *supra* nota 12, párr. 152, y *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 44, párr. 83.

“EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA Y LOS PROCESOS COLECTIVOS “

Dr. **PEDRO MOLLURA**
COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO

CONCLUSIONES

Los procesos colectivos son una de las herramientas que posee el derecho para controlar a la administración pública.-

Controlar a la Administración Pública, es ponerle límites y esto en definitiva, es observar los actos u omisiones del Estado y actuar en consecuencia; en donde el juez, sin convertirse en político ó legislador, está facultado a actuar dentro de su competencia.-

El abogado entonces que quiera pensar al país, debería poseer esa conciencia colectiva que no es más, que actuar al servicio de la sociedad, ejerciendo un rol activo, de observador, de diagramador, con lo cual, no necesitará esperar que los cambios provengan de leyes solamente.-

EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS PROCESOS COLECTIVOS

1) Semanas atrás, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Ricardo Lorenzetti, al dejar inaugurado el año judicial 2010 afirmó que los jueces no gobiernan, pero deben ponerle límites a los otros Poderes del Estado.-

2) Ponerles límites dijo; ahora, ¿cuáles son los límites?; ¿qué tipo de control? ¿Cómo se llevaría a cabo sin entrar en una injerencia discrecional y propia del Estado?

3) Esta ponencia integrará diversos puntos de vista en pos de demostrar la importancia que hoy en día tienen los procesos colectivos como una de las herramientas que posee el derecho para controlar a la administración pública.-

4) Un proceso colectivo es aquel pasible de recolectar diversos tipos de intereses jurídicos ó un interés de incidencia colectiva.-

5) De ahí la posibilidad de que pueda haber una acción individual de incidencia colectiva, vuelvo a repetir, la acción es individual, pero el proceso es colectivo.-

6) Lo que le da el carácter de colectivo, es la variedad de intereses afectados ó la existencia de un bien público (medio ambiente por ejemplo).-

7) Para una mejor comprensión, se puede decir que un interés colectivo puede ser de clase (personas determinadas antes del inicio del proceso judicial); homogéneo (personas determinables durante el proceso o en la etapa de ejecución de la sentencia) y difuso (reposa en la indeterminación ó indeterminabilidad de personas ó sobre bienes jurídicos indivisibles).-

8) Por último, frente a la doctrina de la CSJN en que donde hay un derecho hay un remedio legal, éstos tipos de procesos, darán lugar a algo fundamental: El tipo de acción, cuyo contenido, la pretensión, deberá estar enfocada en el aspecto colectivo de los efectos del hecho (CSJN).-

9) Teniendo entonces estas breves nociones, vamos a decir que hoy prácticamente en nuestro país existe una tendencia actual de centralizar el poder, digo tendencia para ser prudente; lo cierto, es que

cuando Lorenzetti dice que hay que poner límites a los demás poderes, lo que nos está diciendo, es que los jueces pueden perfectamente controlar a la administración pública, para evitar esa centralización.-

10) Poner límites es en definitiva, observar los actos u omisiones del Estado y actuar en consecuencia; en donde el juez, sin convertirse en político ó legislador, está facultado a actuar dentro de su competencia.-

11) Existen a primera vista, dos tipos de controles bien diagramados: a) El control descendente que es aquel por el cual el legitimado va directamente contra el Ordenamiento normativo del órgano de la administración pública; se actúa de arriba hacia abajo, por ejemplo, la inconstitucionalidad de una ley.-

12) b) El control ascendente; que es aquel por el cual el legitimado observa la existencia de daños o la posibilidad inminente o no de que ellos sucedan por la acción o la omisión de la administración pública. Aquí se actúa de abajo hacia arriba; se pretende hacer ver a la administración, lo que no hace ó haciéndolo, lo hace mal.-

13) No se trata de inmiscuirse en asuntos de políticas de Estado; todo lo contrario, para la mera afectación a un derecho tenemos al amparo y/o acción de inconstitucionalidad; para la existencia de daños o la posibilidad de que ellos sucedan tenemos los procesos de conocimientos ó la llamada tutela judicial efectiva.-

14) Ahora bien, en la medida en que el objeto tenga una proyección “colectiva” conforme lo dicho en el punto 7) estaremos dentro del ámbito de los procesos colectivos, cuyas formas de ejecución procesal, son las dichas en el punto 13).-

15) Los dos tipos de controles dichos son el “límite” necesario y presupuesto único para la acción que se pretenda hacer y evitando, como dijo Lorenzetti, la judicialización de los conflictos políticos.-

16) En el Congreso Internacional de derechos y Garantías (UBA – 2007) había dicho que nuestro país estaba atravesando una confrontación entre el poder político y el poder judicial y que la sociedad argentina no puede depender exclusivamente del Estado Nacional para esperar soluciones mediante la sanción de leyes.-

17) Hoy los procesos colectivos, son una alternativa para observar y diagramar jurídicamente los problemas con potencialidad dañosa causada por la Administración Pública.-

18) Y justamente, los encargados de semejante y ardua labor son los abogados.-

19) El abogado es un observador de los hechos que ocurren a su alrededor, el observa no solo los hechos en estado puro, sino el derecho que sigue a cada hecho, con lo cual debe por un lado discernir cuando hay una discordancia entre el hecho y la ley; y por el otro, cuando existe un hecho sin protección ó viceversa, cuando existe un derecho no reconocido.-

20) De ahí entonces que el derecho está al servicio del abogado, porque aquel será utilizado e invocado por el abogado para producir cambios declarativos o constitutivos, y si de verdaderos cambios se trata, la diagramación sería de un proceso colectivo conlleva justamente a eso; controlar a la administración pública.-

21) Y ese contralor, supone un rol activo, de observador, de diagramador, con lo cual, no necesitará esperar que los cambios provengan de leyes solamente.-

22) El abogado entonces que quiera pensar al país, debería poseer esa conciencia colectiva que no es más, que actuar al servicio de la sociedad.-

23) Tal vez, el abogado que ejerza este tipo de contralor colectivo, se parezca a un político, debido a que ambos, deben diagramar un instrumento de incidencia colectiva; el político desde arriba mediante la elaboración y propuestas de leyes;

24) El abogado desde abajo, mediante la puesta en marcha de un proceso colectivo, donde en definitiva, ya sea un acuerdo arribado, o la sentencia misma dictada por ese juez que puso límite a la actividad administrativa; conforman una “ley” destinada a reestablecer los derechos de incidencia colectiva dañados.

EL ACCESO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL PROCESO TRIBUTARIO CONFORME EL BLOQUE CONSTITUCIONAL. NECESIDAD DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE

Dra. **GABRIELA INÉS TOZZINI**
COLEGIO DE ABOGADOS DE ROSARIO

Síntesis de la ponencia y conclusión¹.

El contenido de esta ponencia se nutre en parte de otra anterior presentado por la que suscribe en la XV Conferencia considerada en las Conclusiones de la Comisión II. Sin embargo, como la problemática subsiste se reitera además de proponerse los aspectos concretos a modificar en la legislación vigente. En efecto, en el bloque constitucional actual rigen a favor del contribuyente, tanto en el procedimiento tributario de aplicación de sanciones como en cuestiones extrapenales, las garantías judiciales del Pacto de San José de Costa Rica (art. 8.2) con el alcance e interpretación dado por la CIDH (CSJN “Girolodi”, “Simón”, “Marchall”, “Madorrán”, y “Mazzeo”). Lo afirmado se desprende de lo resuelto por la CIDH en “Tribunal Constitucional”, ratificado por la CSJN en “Marchal” (votos Ministros Fayt y Zaffaroni).

El Estado tiene el deber de garantizar el pleno acceso a la justicia (PSJCR, art. 8.1) en todo procedimiento fiscal conjuntamente con el ejercicio de las garantías judiciales que se requieren en el mismo (PSJCR, art. 8.2) y su incumplimiento, tanto por la Nación como por las Provincias, genera responsabilidad internacional (art. 25, PSJCR y CIDH causa “Cantos”). Los derechos humanos reconocidos en el PSJCR amparan tanto a personas físicas como jurídicas (Fallos: 312:2490 y 319:3415).

Los procedimientos fiscales deben respetar el bloque constitucional y toda disposición que no responda favorablemente al “control de convencionalidad” (CSJN, “Mazzeo”) debe modificarse puesto que es nula por violar la CN (CSJN, “Madorrán”).

Casi todos los procedimientos tributarios vigentes en el derecho argentino violan el derecho de acceso a la justicia y demás garantías de reconocimiento en tratados internacionales, resultando necesaria su adecuación al bloque constitucional, puesto que contienen disposiciones inconstitucionales a la luz del criterio de la CSJN (“Quiroga”, “Llerena”, “Fratlicelli y Dieser”, “Casal”, “Salto” y “López Ramón”). En efecto, no garantizan el pleno acceso a la justicia, el mismo funcionario que acusa es el que instruye y resuelve, jueces administrativos aplican sanciones, el ejercicio de la jurisdicción no es imparcial, no hay doble instancia plena en la revisión, no se respeta el derecho a no autoincriminarse, entre otros.

Los procedimientos tributarios vigentes a nivel nacional como algunos provinciales, deben modificarse conforme el bloque constitucional. La Comisión de Derecho Tributario del IDEL (FACA) ha trabajado en una propuesta de puntos que deben modificarse del procedimiento tributario nacional los que se señalan en la presente.

1. INTRODUCCIÓN.

El objeto de este trabajo se motiva en la situación actual de los procedimientos tributarios que no

¹ Se aclara el significado de abreviaturas que se utilizan en el presente: CN: Constitución Nacional; PSJCR: Pacto de San José de Costa Rica; CADH: Convención Americana de Derechos Humanos; CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos; CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación; CEDH: Convención Europea de Derechos Humanos; TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; TSJCABA: Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

siempre respetan el principio de supremacía constitucional del art. 31 CN y, por ende, el bloque constitucional.

En tal sentido, existe un antes y un después de la sentencia de la causa “Marchal” (2.007) de CSJN respecto del alcance de los derechos y garantías del contribuyente en el procedimiento fiscal aunque con la salvedad que, por la interpretación dada por la CIDH, esto se da desde “Tribunal Constitucional” (2.001).

Nuestro desarrollo abordará el interrogante de si existe, en el ordenamiento vigente, pleno acceso a la justicia en materia fiscal entendido conforme a los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales.

2. EL PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO Y EL BLOQUE CONSTITUCIONAL.

La obligación tributaria es una obligación de igualdad, no de poder, e impone que las facultades que ejerce la Administración respeten los derechos y garantías de los contribuyentes, responsables y terceros. Dicha igualdad se traduce en el proceso como verdadera igualdad de armas. El ejercicio de la actividad de la Administración debe desenvolverse dentro de sus límites legales y constitucionales.

El procedimiento tributario debe respetar el bloque constitucional integrado desde 1.994 por los principios, declaraciones y garantías previstos en los Tratados Internacionales suscriptos por Argentina. Su omisión puede generar responsabilidad del Estado frente al orden jurídico supranacional, tal como ocurrió en “Cantos” (CIDH).

3. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

El acceso a la Justicia es entendido como la posibilidad de transitar las instancias tribunales, acceder a los más diversos estrados y efectuar todas las peticiones que el ordenamiento habilite.² Constituye el derecho de toda persona de poder acudir a un tribunal de justicia para la dilucidación o reconocimiento de sus derechos sin ningún tipo de condicionamiento. Es el acceso a la instancia (comprendido del doble conforme y pleno) entendida como toda petición efectuada ante los jueces. Constituye un derecho en sí mismo y es instrumental para el ejercicio de otros derechos.

La tutela judicial efectiva es “la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aún cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales. La protección judicial que reconoce la Convención comprende el derecho a procedimientos justos, imparciales y rápidos.”³ Siguiendo estos lineamientos de la CIDH en el sentido de que el derecho de acceso se entiende tal si lo es conjuntamente con tales garantías elementales, en el presente trabajo se hará referencia también a otros derechos y garantías.

4. RECONOCIMIENTO LEGAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

El derecho de acceso a la justicia tiene pleno reconocimiento en la CN: en el Preámbulo que establece “afianzar la justicia”; en el art. 18 y, principalmente, en el art. 75, inc. 22) al incorporar diversos tratados y otorgarles jerarquía constitucional. Así, la CN, junto con las normas supranacionales, integran un verdadero “derecho de tutela.”⁴

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el art. XVIII, se refiere al “derecho de justicia”: “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos.” Y la Convención Americana de Derechos Humanos dispone en el art. 8º: “Toda persona tiene dere-

² TSJCABA en “Empresa de transporte Pedro de Mendoza” 14/02/01, del voto del Dr. José Osvaldo Casás.

³ CIDH en “Narciso Palacios v. Argentina” (29/09/1.999).

⁴ Aberastury Pedro, La justicia administrativa”, p. 49, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, año 2.006.

cho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter.” Y establece la protección judicial de ese derecho y la obligación y compromiso de los Estados de asegurarla internamente (art. 25).

En igual sentido se lo reconoce en la Declaración Universal de Derechos Humanos arts. 8º; 9º; 10 y 11) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (artículo 2º, inc. 3º).

5. ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES SEGÚN LA CSJN

La CSJN ha resuelto que: “Con la Constitución Nacional reformada en 1.994 rigen en el ámbito interno de la misma forma que rigen en el ámbito internacional todos los derechos humanos reconocidos en los Tratados Internacionales suscriptos” (...) “Considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. El Estado tiene la obligación de no tolerancia con circunstancias o condiciones que impidan el acceso a los recursos” (CSJN “Girolodi”⁵ y “Simón”⁶). Y que: “Las normas del derecho internacional vigentes para la República Argentina, y con ello me refiero no sólo a los tratados, sino también a las normas consuetudinarias y a los principios generales del derecho, revisten el doble carácter de normas internacionales y normas del orden interno, integran el orden jurídico junto con las leyes y la CN.” (...) “Desde Ekmekdjian integran el derecho interno reafirmado por la Convención Constituyente de 1.994, impera desde el citado fallo en la jurisprudencia de esta Corte el llamado criterio del “derecho único”” (Voto del Mtro. Zaffaroni en “Simón”).

En “Marchal”⁷ sentenció que: “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales” (del Voto de los Mtros. Zaffaroni y Fayt) y, recientemente, en “Madorrán”⁸, sostuvo: “(...) hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales anteriormente aludidos y muy especialmente del mencionado Pacto (art. 2.1; “Aquino”, cit., p. 3774/3777, y “Milone” cit., p. 4619), sumado al principio *pro homine*, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana” (...) “Es sabido que la Constitución Nacional es una norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el *sub examine*, está en discusión un derecho humano” (...) “Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar “el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos. La Constitución Nacional es ley suprema, y todo acto que se le oponga resulta inválido cualquiera sea la fuente jurídica de la que provenga (...)”.

Por último, en “Mazzeo”⁹, introdujo la exigencia del llamado “control de convencionalidad” que pesa sobre el Poder Judicial en cada caso al afirmar: “Que por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y

⁵ CSJN Recurso de hecho “Girolodi, Horacio D”, 7 de abril de 1.995.

⁶ CSJN “Simón, Julio Héctor” 14 de junio de 2.005.

⁷ CSJN “Marchal, Juan” 10 de abril de 2.007.

⁸ CSJN “Madorrán, Martha C” 3 de mayo de 2.007.

⁹ CSJN “Mazzeo, Julio Lilo y otros”, 13 de julio de 2.007.

que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. En otras palabras 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 de 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”.

Lo fallado por la CSJN nos conduce a citar y analizar lo fallado por tales organismos internacionales para luego poder arribar al alcance que habrá de darse en materia fiscal a tal derecho.

6. Criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Los fallos que se citan, si bien no son específicamente de materia fiscal, resultan aplicables al procedimiento tributario (CIDH, “Tribunal Constitucional” y CSJN “Marchall”) y, por ende, a la interpretación y alcance de los derechos y garantías del contribuyente.

En “Paniagua Morales”¹⁰ (1.998) resolvió que se violó el artículo 8º de la CADH por no respetar el derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial y dentro de un plazo razonable. Y adelanta una interpretación que reiterará en “Tribunal Constitucional”: que las garantías mínimas reconocidas en el art. 8.2 se aplican a los supuestos del numeral 1º, es decir, consagra el derecho al debido proceso en todos los órdenes conforme al art. 8º CADH.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en “Narciso Palacios V. Argentina”¹¹ consideró falta de acceso judicial frente al rechazo de la demanda contenciosa administrativa por la falta de agotamiento de la vía administrativa. Se denuncia violación a los derechos del debido proceso (art. 8º) y a la tutela judicial efectiva (art. 25).

La CIDH, en “Tribunal Constitucional”¹², sentenció: “Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto “sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas pueda defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.

Ya la Corte ha dejado establecido que, a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”

Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por “un juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.”

En “Cantos v. Argentina”¹³, la CIDH afirmó: “El art. 25 de la Convención también consagra el derecho de acceso a la justicia. Este Tribunal estima que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales.”

¹⁰ CIDH “Paniagua Morales y otros” 8/03/98 www.CIDH.org.cr

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Narciso Palacios v. Argentina” Informe nº 105/99 29 de setiembre de 1.999.

¹² www.CIDH.org.cr Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71

¹³ CIDH “Caso Cantos” 28 de noviembre de 2.002 www.CIDH.org.cr

Y en “Baena”¹⁴ sostuvo que no basta la existencia de los recursos; éstos deben ser efectivos, dar respuesta a las violaciones de los derechos de la Convención.

En “Herrera Ulloa”¹⁵ entendió que: “El derecho de recurrir del fallo debe ser accesible, sin mayores complejidades que tornen ilusorio ese derecho y que garantice un examen integral de la decisión recurrida” (en sentido semejante y, con cita Comité de Derechos Humanos, en “Gómez Vázquez V. España”, dictamen 20 de julio de 2000). En efecto, a partir de este precedente, este derecho a la instancia en todas sus etapas que implica el debido acceso a la justicia debe ser pleno en las cuestiones de hecho y prueba también en la segunda instancia, se trata del doble conforme. La CIDH interpretó el alcance del art. 8, 2ª parte, inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica, al referirse al derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior.

Finalmente, a partir de “Tribunal Constitucional”¹⁶ queda bien en claro el criterio de la CIDH acerca de que todas las garantías judiciales reconocidos internacionalmente en el PSJCR tienen plena vigencia a favor de los contribuyentes –no sólo en materia penal- sino en todo procedimiento fiscal realizado por el Estado, lo que se aplica desde ya en el procedimiento nacional, provincial y municipal. Así, en todo procedimiento de determinación de tributos y de aplicación de sanciones –incluso en etapa administrativa- el contribuyente tiene derecho al pleno reconocimiento de las garantías judiciales enumeradas en el 2º apartado del art. 8º de la Convención Americana.

Luego, se torna en abstracta la distinción entre procesos contravencionales o por delitos a los fines de la aplicación de estas garantías puesto que ellas se aplican en todo proceso ante cualquier autoridad pública (administrativa, judicial o legislativa) y no sólo en el proceso penal sino para cualquier determinación de derechos ya sea civil, fiscal, etc. Por ello ha perdido vigencia la doctrina la CSJN de la causa “Butyl”¹⁷.

7.- JURISPRUDENCIA APLICABLE DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Si bien nuestro país no ha suscripto la Convención Europea de Derechos Humanos ni se la menciona en la C.N., la propia CSJN suele invocar en sus sentencias pronunciamientos del mismo. Así, en “Microómnibus Barrancas de Belgrano” (Fallos 312:2490) cita la causa “Airey vs. Irlanda” y en “Simón” cita el “Caso K. H. W. vs. Alemania” de 22.03.01. Y la CIDH hace lo propio, por ej., en “Tribunal Constitucional”. Por eso mencionamos algunos.

En “Golder”¹⁸ admitió “Derecho a una Corte” (derecho de acceso a la justicia). En la causa “Airey”¹⁹ sostuvo que “El alto costo de litigar hace que la garantía de acceso a la justicia sea algo teórico o aparente”. En Öztürk”²⁰ dijo que “El ilícito fiscal tiene naturaleza penal a los fines de la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos” (criterio adelantado en “Engel” 08.06.76). Y en “Funke”²¹ estableció que “El derecho a no autoincriminarse se vulnera frente a la aplicación de sanciones por la no aportación de datos”.

Destacamos lo resuelto en “Bendenoum”²²: “Los contribuyentes gozan en los procesos administra-

¹⁴ CIDH “Caso Baena Ricardo y otros”, 28 de noviembre de 2.003. www.CIDH.org.cr.

¹⁵ CIDH “Caso Herrera Ulloa, Mauricio v. Costa Rica” 2 de julio de 2.004. www.CIDH.org.cr

¹⁶ CIDH Caso “Tribunal Constitucional” 31 de diciembre de 2.001. www.cidh.org.cr

¹⁷ CSJN “Butyl S.A.”, 16 de octubre de 2.002.

¹⁸ TEDH “Golder v. The United Kingdom”, 21 de febrero de 1.975.

¹⁹ TEDH “Airey v. Irlanda”, 9 de octubre de 1.979.

²⁰ TEDH “Öztürk vs. Alemania”, 21 de febrero de 1.984.

²¹ TEDH “Funke vs. Francia”, 25 de febrero de 1.993.

²² TEDH “bendenoum v. Francia”, 24 de diciembre de 1.994.

tivos de aplicación de sanciones que revisten naturaleza penal de todas las garantías inherentes al proceso penal” y en “Saunders”²³ donde entendió que se afecta el derecho a no autoincriminarse como consecuencia de la utilización como prueba de cargo contra el sujeto de sus declaraciones efectuadas en un procedimiento administrativo anterior y en forma coactiva.

En “J.B. vs. Suiza”²⁴ dijo que “Son nulas las sanciones aplicadas con motivo de la negativa a suministrar información fiscal incriminatoria.” Y en “Janosevic”²⁵ que “Los tribunales administrativos no satisfacen las garantías de imparcialidad e independencia exigidos por la Convención Europea (6.1) por lo que éstos pueden imponer sanciones dentro de su competencia siempre que su decisión pueda ser llevada ante un cuerpo judicial con plena jurisdicción”.

8. ¿EXISTE PLENO ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA FISCAL EN EL DERECHO ARGENTINO? TEST DEL PLENO ACCESO EN MATERIA FISCAL.

Nos preguntamos si los procedimientos fiscales vigentes respetan el bloque de constitucionalidad o si, por el contrario, al no hacerlo, devienen en inconstitucionales.

El derecho de tutela, en cuanto acceso a la instancia del contribuyente, se advierte comprometido en materia fiscal por la existencia de disposiciones o institutos que restringen el acceso constituyendo un verdadero obstáculo a su pleno ejercicio. Encontramos, por caso, ritualismos reglamentarios para acceder a la justicia con el previo agotamiento de la instancia administrativa; legislación que restringe las facultades de *imperium* o de jurisdicción de los jueces (vbgr.: condiciones que limitan al juzgador para el otorgamiento de medidas cautelares contra el Estado); el efecto no suspensivo de algunos recursos; la exigencia del *solve et repete* como condición de procedibilidad de la acción o del recurso fiscal de impuesto y/o de multa; la ejecución fiscal cuasoadministrativa e inapelable; las facultades judiciales de los ejecutores fiscales; inexistencia y/o limitación de recursos previstos tanto respecto de la determinación de los tributos como en materia penal; aplicación de sanciones sin sumario previo, etc.

La respuesta al interrogante es negativa. Nos limitaremos a mencionar, en términos generales, algunos de los supuestos que constituyen verdaderos obstáculos para la plena efectividad del acceso a la tutela judicial efectiva en materia tributaria.

9. DE ALGUNOS OBSTÁCULOS AL PLENO ACCESO A LA JUSTICIA EN EL PROCEDIMIENTO FISCAL.

a) La Habilitación de instancia.

Se entiende el acceso a la instancia como toda petición efectuada ante los jueces. En materia administrativa y fiscal se relaciona con la terminología “habilitación de instancia”; es el cumplimiento de ciertos requisitos previos cuya inobservancia hace que el juez no pueda entender en el análisis de la causa, es decir, que se pierde el derecho de acceso a la justicia.

Reiteramos aquí que, en “Palacios, Narciso vs. Argentina”, la Comisión Interamericana se expidió entendiendo que las exigencias implicaban la pérdida del acceso.

En los procedimientos fiscales, tanto nacionales como locales, se establece la exigencia del agotamiento de la vía administrativa para poder acceder a la justicia, tanto en la vía recursiva como declamatoria. Así, por ejemplo, en la ley 11.683, no puede accederse a la justicia para discutir la imposición de una multa o la determinación de un tributo (art. 76) si previamente no se interpuso recurso de reconsideración ante la propia AFIP o recurso de apelación ante el TFN. Y, en el supuesto de impugnar actos de la AFIP que no constituyan determinación de deuda, se requiere la previa interposición del recurso de apelación o reconsideración ante el Director General (art. 74 D. 1397/79) con el agravante que, además, tiene

²³ TEDH “Saunders vs. Reino Unido”, 17 de diciembre de 1.996.

²⁴ TEDH “J.B. vs. Suiza”, 3 de mayo de 2.001.

²⁵ TEDH “Janosevic v. Suecia”, 21 de mayo de 2.003, con cita del precedente “Ferrazzini v. Italia” 12 de julio de 2.001.

efecto no suspensivo y es resuelto por la propia administración. Asimismo, en el caso de la aplicación de la sanción de clausura (arts. 40 y 76), se debe agotar la instancia administrativa para habilitar la judicial. Y, de igual forma, aunque por vía declamatoria, en materia de repetición de impuestos cuando el pago fue espontáneo –es decir, sin intervención de la administración– también se requiere el reclamo administrativo previo para habilitar la instancia judicial (art. 81).

En materia previsional, para la impugnación judicial, también se exige el agotamiento de la vía administrativa y, además, el previo pago de la deuda y sanciones y los procedimientos provinciales, como es el caso de Santa Fe, y municipales tienen normas semejantes y aún más gravosas para el acceso a la justicia.

Al respecto, la CSJN ha considerado que las normas de procedimiento no pueden apartarse de los derechos y garantías de raigambre constitucional, en el sentido que tales requisitos deberán ceder si en el caso implican una violación al bloque constitucional (Fallos: 242:128; 250:427; entre otros).

b) El *solve et repete*²⁶.

El *solve et repete* es una condición de procedibilidad de la acción o del recurso. Su inobservancia impide el nacimiento de la relación procesal. Significa pague y luego repita. Es un presupuesto procesal necesario para la admisibilidad de la acción jurisdiccional.

De origen jurisprudencial en Argentina (CSJN, Fallo 17:207) su aplicación era justificada por la CSJN que entendía que sólo podía discutirse la legitimidad de los tributos provinciales si antes se los pagaba, puesto que la justicia federal no podía afectar la recaudación provincial (CSJN, Fallos: 31:103), pronto tuvo acogida legislativa en numerosos códigos fiscales locales que lo adoptaron, como es el caso de Santa Fe. También en el orden nacional está previsto en el procedimiento previsional para acceder a la Cámara Federal de la Seguridad Social.

Entendemos que, a partir de la vigencia del Pacto de San José de Costa Rica, debe derogársele de la legislación por oponerse en forma expresa al texto de la C.N., tal como ha ocurrido en otros países²⁷ porque afecta las garantías constitucionales de: 1) la tutela judicial efectiva, al constituir un obstáculo de tipo económico al acceso a la jurisdicción; 2) el principio de igualdad²⁸, por ser, por una lado, un privilegio a favor de una de las partes, afectando la igualdad de armas y la “eficacia” en el proceso y, por otro lado, por discriminar entre quienes pueden pagar y los que no; 3) el principio de legalidad ya que se exige el pago del tributo antes de estar seguros si la obligación se debe, si nació o no, si se configuró el hecho imponible descrito en la norma; y 4) la razonabilidad, puesto que una de las razones que lo motivan es asegurar la recaudación pero ello no puede ser a costa de avasallar la tutela judicial efectiva, el medio es desproporcionado en función del fin.

La CSJN sólo admitió que el previo pago se opone a la Constitución Nacional en algunas situaciones concretas. En su evolución jurisprudencial, desde la mencionada creación pretoriana de la exigencia, mantuvo ese criterio (Fallos: 31:103, 79:17; 130: 157; 181: 148) unido a la exigencia -también jurisprudencial- del pago bajo protesto y convalidó la exigencia del pago previo también en materia de multas (“Pérez Rolando”, 30.11.970; “Jockey Club de Rosario”, 18.10.973; “Adelphia SAIC”, 30.04.974, “Bridas” 20.10.983, entre otros).

Luego, atenuó su aplicación en numerosos casos ya sean referidos a planteos de inconstitucionalidad en juicios de ejecución fiscal; en casos en que se excedía el ejercicio normal de las facultades impositivas del estado; en casos de gravedad institucional; en supuestos de no existir juicio ordinario posterior

²⁶ Para la profundización de este instituto se recomienda la lectura de la obra de Billardi, Cristián, “Solve et repete”. Crítica a su vigencia jurídica. Ed. AH-HOC, Buenos Aires, 2.006.

²⁷ El *solve et repete* ha sido declarado inconstitucional en República Oriental del Uruguay (1.959); en Italia (1.961); en España (1.986); en Venezuela (1.990); en Colombia (1.992); en Chile (1.994); en República Dominicana (2.000); entre otros países.

²⁸ Recomendamos en este punto el desarrollo del voto del Dr. J.J. Casás e la causa TSJCABA “Empresa de Transporte Pedro de Mendoza” ya citado.

frente al planteo de una excepción fundada en ley federal²⁹. Posteriormente, fijó su postura apoyando la legitimidad de tal regla frente a las normas del PSJCR con el siguiente criterio: por sí misma la exigencia del *solve et repete* no se opone al art. 8° del Pacto ni a la CN en tanto no se invoque y acredite la efectiva imposibilidad de pago, la falta inculpable de medios para hacerlo. A *contrario sensu*, si se acreditan esos extremos, es posible acceder a la Justicia sin previo pago aunque la ley lo exija puesto que si no se opondría, en el caso concreto, al Pacto por impedir el acceso a la justicia y sería inconstitucional (Fallos: 312:2490, “Microómnibus Barrancas de Belgrano S.A.”, 21.12.89, reiterado en Fallos: 215:225; 219:668; 247:181; 285:302; “Expreso Sudoeste S.A.” (27-12-1996); “Cadesu Cooperativa de Trabajo” (11-06-1998), entre otros.

La CSJN también atenúo su aplicación en punto al planteo de inconstitucionalidad de una ley vía acción declarativa de certeza, lo que significó un gran avance en la no exigencia del *solve et repete* (Fallos: 310:606).³⁰ Y también elaboró la tesis acerca de su no exigencia en supuestos de excesiva magnitud del monto en desproporción con las posibilidades de pago del sujeto (“Sanatorio Otamendi S.A.”, 14.05.95; “Asociación Israelita de Beneficencia y Socorros Mutuos Ezrah c/DGI s/ impugnación de deuda”, 09.03.99) eximiendo del pago previo en materia previsional en virtud de la magnitud del monto del reclamo, lo que no hizo necesario la demostración del estado de precariedad o insolvencia económica absoluta. Y, en “López, Iván Alberto c/ ANSES”, 10.10.00, hizo lugar al recurso extraordinario por más que se trató de una cuestión de hecho y prueba y de Derecho procesal en principio ajena a la instancia del Artículo 14 Ley N° 48, dado que en el caso de no hacerlo implicaba, según el Alto Tribunal, un menoscabo al derecho de defensa del peticionante y en “Expreso Quilmes”, 06.11.01, lo admitió para resguardar el acceso a la justicia.

En “Centro Diagnóstico de Virus SRL c/AFIP”, 02.08.05, admitió el recurso en queja y revocó la sentencia en base a que el monto exigido del depósito resultaba exorbitante con relación al capital social de la empresa, haciendo de esto una presunción de la imposibilidad inculpable de pago sin tener que probarlo, entendiendo que la exigencia no resulta contraria al bloque constitucional pero que debe atenuarse en supuestos de excepción que involucren situaciones patrimoniales concretas de los obligados a fin de evitar que el pago previo se traduzca en un real menoscabo de garantías constitucionales.

Sostenemos que, por la vigencia del art. 8° del PSJCR, el *solve et repete* se entiende derogado del ordenamiento jurídico. A pesar de ello la CSJN no lo ha declarado inconstitucional, y sólo consideró que se viola la garantía del acceso a la Justicia si, en el caso concreto, se demuestra que opera como un verdadero obstáculo, con la particularidad de que las condiciones que establece para su probarlo son prácticamente indemostrables colocando al sujeto fuera de esa tal excepcionalidad en todos los casos, quedando como única esperanza lo resuelto en el último fallo citado.

Anhelamos que se recepte legislativamente lo recomendado por las XX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario (ILADT, Brasil, 2000): “La prohibición del *solve et repete* en todas las instancias.”

Por último, denunciamos con de mayor gravedad la exigencia del *solve et repete* en materia de multas, cuya naturaleza penal en materia fiscal ha sido confirmada por la CSJN afirmando que no hay diferencias ontológicas entre delitos y contravenciones (“Aleman v. Aleman”³¹, 1.974, “Parafina del Plata”³², “Usandizaga, Perone, Juliarena”³³; “Wortman”³⁴, “Lapiduz”³⁵, etc.) y respecto de la cual la misma CSJN

²⁹ Spisso, Rodolfo, R., Derecho Constitucional Tributario. Ed. Depalma (Buenos Aires, 1991) p. 368, ver además su cita de fallos.

³⁰ Para un mayor desarrollo de esta temática que escapa al presente recomendamos: Luis, Claudio E. “Procedencia de la acción meramente declarativa en el derecho tributario” Revista IMPUESTOS T. LIX – A, p 733; Beltrán, Jorge R. *El principio constitucional de adecuada tutela jurisdiccional en materia tributaria*, en “Estudios de derecho Constitucional Tributario” Ed. Depalma (Buenos Aires, 1994) p. 373 y Casás, José Osvaldo en “Derechos y Garantías constitucionales del contribuyente a partir del principio de reserva de ley tributaria” Ed. AD-HOC (Buenos Aires, 2002), p. 504.

³¹ CSJN “SA Aleman y Cía.” Fallos (239:50)

³² CSJN “Parafina del Plata”, 2 de septiembre de 1968.

³³ CSJN “Usandizaga, Perrone y Juliarena SRL”, 15 de octubre de 1.981.

tiene igual criterio que frente al *solve et repete* en materia de impuestos. En efecto, una multa no puede exigirse sin juicio previo (recordamos “Janosevic”, TEDH) ya que tal exigencia viola la presunción de inocencia; adelanta la condena sin proceso.

La mayoría de los procedimientos tributarios provinciales establecen la exigencia de este instituto e incluso algunos en la etapa administrativa.

C) LAS RESTRICCIONES A LA DOBLE INSTANCIA.

El derecho de acceso a la justicia debe ser pleno y en todas las instancias. Analizaremos la evolución jurisprudencial y veremos si resulta aplicable -y con qué alcance al contribuyente- en los procesos de determinación de sus derechos fiscales³⁶.

En “Giroldi”³⁷, la CSJN estableció que en materia penal no basta el derecho a interponer el recurso extraordinario sino que debe garantizarse el derecho a acceder a los recursos internos regulados en los estados (doble conforme). También en los votos de los Mtros. Petracchi y Bossert en “Sociedad Anónima Organización Coordinadora Argentina” (27.06.00) al considerar aplicable el art. 8.2.h del PSJCR en materia de sanciones administrativas dada la identidad cualitativa existente entre tales sanciones y las del derecho penal.

En “Butyl”³⁸ limitó la aplicación del derecho de recurrir el fallo garantizado por la CIDH a favor de la persona inculpada de delito pero lo excluyó en la materia contravencional, de faltas o de infracciones administrativas. Posteriormente, en “Casal, Matías Eugenio”³⁹ estableció la doble instancia plena, en el sentido que la posibilidad de interponer recursos significa una revisión amplia de cualquier objeto del proceso de hechos y prueba, aplicando lo resuelto por la CIDH en “Herrera Ulloa” (2004) al indicar que el derecho contemplado en el art. 8.2.h del Pacto debe garantizar un examen integral de la decisión recurrida, de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal inferior. Se trata de la doble instancia plena o doble conforme integral, incluso con la posibilidad de abrir el debate a los hechos y prueba ya debatidos, a favor del imputado en materia penal, una revisión amplia de la sentencia. En “Salto”⁴⁰ (2.006) consagra también la doble instancia plena en el proceso penal provincial frente a toda sentencia condenatoria cualquiera que haya sido el tribunal que condene.

En “Cardozo”⁴¹ (2006) el Procurador sostiene que el derecho a la doble instancia y a una revisión judicial amplia de la sentencia (art. 8.2 de la CADH) se interpreta según los parámetros indicados por la Comisión Interamericana y los estándares exigidos por al CIDH y la CSJN reitera el deber de garantizar el derecho al recurso que asiste a toda persona inculpada de delito (art. 8.2. Pacto SJCR y art. 14.3 Pacto de Derechos Civiles y Políticos). En “Merlo; Luis Benito”⁴² (2005) Zaffaroni aplica igual criterio que “Casal” y reitera su aplicabilidad a la justicia provincial penal con fundamento en el art. 31 de la CN estableciendo que “las autoridades de cada provincia están obligadas a conformar sus normas con la CN y los Tratados Internacionales no obstante cualquier disposición en contrario que contengan sus leyes o constituciones provinciales.”

³⁴ CSJN “Wortman, Jorge Alberto”, 8 de junio de 1.993.

³⁵ CSJN “Lapiduz, Enrique”, 28 de abril de 1.998.

³⁶ Al respecto se recomienda la lectura de lo desarrollado magistralmente dando respuesta al interrogante planteado en el presente por Corti, Aristides, “Doble instancia judicial en la materia tributaria y penal tributaria”, Rev. Impuestos 2.006-23, p. 2871.

³⁷ CSJN “Giroldi, Horacio David” 7 de abril de 1.995.

³⁸ CSJN “Butyl SA s/ infracción ley 16.463”, 16 de octubre de 2.002.

³⁹ CSJN “Casal, Matías Eugenio” 20 de setiembre de 2.005. En igual sentido CSJN “Martínez de Areco, Ernesto”, 25 de octubre de 2.005

⁴⁰ CSJN “Salto, Rufino Ismael” 7 de marzo de 2.006.

⁴¹ CSJN “Cardozo, Gustavo Fabián” 20 de junio de 2.006.

⁴² CSJN “Merlo, Luis Benito” 20 de diciembre de 2.005

Si bien todas estas causas se refieren a la materia penal resultan plenamente aplicables al procedimiento infraccional y penal tributario por la naturaleza penal del ilícito fiscal (afirmada por la propia CSJN ya citada *ut supra* y por el TEDH en “Bendenoum” y “Öztürk”, entre otros), de manera tal que le resultan aplicables todos los derechos y garantías del proceso penal.

Sin embargo, también las garantías judiciales previstas en el art. 8.2. del PSJCR con el alcance dado por la CIDH -entre ellas el derecho a recurrir el fallo- resultan aplicables a todo proceso tributario, por ejemplo de determinación de deuda⁴³ (CIDH, “Tribunal Constitucional de Perú”).

A su vez, conforme criterio de la propia CSJN, el Pacto se aplica según la interpretación dada por los órganos internacionales correspondientes. Luego, debe entenderse el derecho al pleno acceso a la instancia en materia fiscal según la interpretación de la CIDH. Y, si alguna duda cabía al respecto, la propia CSJN en el voto de los Mtros. Zaffaroni y Fayt en “Marchal” (2007) dio pleno reconocimiento a ello, sosteniendo que el Tribunal debió analizar la cuestión a la luz de la jurisprudencia de la CIDH en la sentencia dictada “Caso del Tribunal Constitucional de Perú” afirmando, con cita textual del mismo, que las garantías judiciales reconocidas en el art. 8.2 del Pacto se aplican a favor de las personas para defenderse ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectar sus derechos, entre ellos, al procedimiento fiscal. Esta aplicación torna en abstracta la diferenciación entre la contravención o el delito (modifica el criterio sostenido en “Butyl”) a los fines de la aplicación del art. 8.2.h de la CADH. Y, más aún, la distinción entre un procedimiento de naturaleza penal o extrapenal para su aplicación. En efecto, el doble conforme del art. 8.2.h del PSJCR y con el alcance dado por la CIDH se aplica a todo proceso tributario.

D) LA ENCERRONA DEL CONTRIBUYENTE PROVINCIAL POR LA NUEVA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN.

En efecto, en la mayoría de los Códigos Fiscales provinciales al regular el procedimiento tributario se establece la exigencia del *solve et repete* para discutir la legitimidad de un tributo cuestión que ya mencionamos como un obstáculo al verdadero acceso a la justicia en materia tributaria. Tal situación se agravó más con lo recientemente resuelto por la CSJN en “Papel Misionero” (2.009). En efecto, por este decisorio la Corte modificó la anterior jurisprudencia y se declaró incompetente cuando se cuestiona la aplicación o incumplimiento por parte de una provincia de la ley de coparticipación federal por considerar que forma parte del derecho público provincial. De esta forma los contribuyentes no pueden acceder a la justicia federal invocando la violación a la ley de coparticipación en cuestiones tributarias provinciales o municipales como por ejemplo se efectuó en el caso vía acción declarativa.

10.- CRITERIOS JURISPRUDENCIALES FAVORABLES AL DERECHO DEL PLENO ACCESO A LA JUSTICIA Y A OTROS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS CONTRIBUYENTES.

La CSJN ha aplicado en sus sentencias los derechos humanos reconocidos en Tratados Internacionales los que también son extensivos a los contribuyentes.

En “Quiroga”⁴⁴ estableció que los roles de acusación y juzgamiento deben ser asumidos por órganos autónomos entre sí. En “Llerena”⁴⁵ sostuvo que un mismo juez no puede instruir el sumario y ser juez del juicio. En “Fratlicelli, Dieser”⁴⁶ estableció la garantía de juez imparcial, lo que tiene gran incidencia en materia fiscal puesto que esto pone en jaque los procedimientos administrativos donde el juez administrativo que resuelve es parte. En “Simón”⁴⁷ se refirió al derecho de acceso a la justicia. En “López

⁴³ Se recomienda para un mayor desarrollo de este punto la lectura del excelente análisis que hace al respecto Corti, Arístides en “Doble instancia judicial ordinaria en las materias tributaria y penal tributaria” publicado en Revista La Ley Impuestos 2.006-23, p. 2871.

⁴⁴ CSJN “Quiroga”, 23 de diciembre de 2.004.

⁴⁵ CSJN “Llerena”, 17 de mayo de 2.005

⁴⁶ CSJN “Dieser, María Graciela y Fratlicelli, Carlos Andrés”, 8 de agosto de 2.006.

⁴⁷ CSJN “Simón, Julio Héctor”, 14 de junio de 2.005.

Ramón”⁴⁸ resolvió que los jueces administrativos son incompetentes para aplicar penas, de lo que se deriva que, dada la naturaleza penal del ilícito fiscal, los jueces administrativos no pueden aplicar las sanciones. Esto concuerda con lo resuelto por el TEDH en la causa “Janosevic vs. Suiza”. Ninguna de las exigencias que marca la CSJN es respetada por los procedimientos tributarios vigentes.

En “Monserrat, José c/ P. BA”, 2006, garantizó el acceso a la justicia en materia cautelar a un contribuyente (tutela preventiva) al conceder una medida cautelar de prohibición de innovar por medio de la cual se ordenó a la provincia de Buenos Aires que suspenda toda acción tendiente al cobro de las sumas que surgen de las resoluciones determinativas en materia de impuesto de sellos (en sentido semejante, citamos: “YPF SA c/ Provincia de Neuquén s/ medida cautelar”, 05.06.07; “Capex SA c/ Provincia de Neuquén”, 29.05.07; “Petrobrás Energía SA c/ Provincia de Neuquén s/ acción declarativa y medida cautelar”, 05.06.07).

También es de gran trascendencia lo fallado en “Madorrán” por el principio *pro homini* que establece y, más recientemente, en “Mazzeo” al sostener la responsabilidad del Poder Judicial de efectuar el “control de convencionalidad” en cada caso de las normas jurídicas en juego, teniendo en cuenta no sólo lo dispuesto por el tratado sino la interpretación efectuada al respecto por la CIDH y la obligatoriedad de aplicarla.

Lamentablemente no ha sido interpretado con un amplio alcance por la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa “Florido”⁴⁹ el derecho a no autoinculparse en sede fiscal garantizado por el numeral 2º del art. 8º de la CADH, restringiendo su alcance en sede penal fiscal y olvidando que la jurisprudencia del TEDH en ese punto (“Funke”, 1993, “Saunders”, 1996 y “JB v. Suiza” 2001) lo interpreta con un alcance más amplio y a favor del derecho a no autoinculparse del contribuyente en sede fiscal.

11.- LA SITUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL PROPUESTA DE MODIFICACIÓN ELABORADA EN EL SENO DE LA COMISIÓN DE DERECHO TRIBUTARIO DEL IDEL.

Se propone la unificación de los procedimientos tributarios y previsionales en el orden nacional, de modo de adecuar la normativa a fundamentales principios jurídicos y constitucionales ya desarrollados en la presente (tutela judicial efectiva, debido proceso, derecho de defensa, etc.) y de simplificar el régimen vigente.

Actualmente, los procedimientos administrativos y jurisdiccionales vigentes en la materia se encuentran regulados en las leyes 11.683, 17.250 y 18.820, existiendo trámites diversos para cada una de las materias comprendidas. En efecto, desde la incorporación a las atribuciones de la Administración Federal de Ingresos Públicos -por vía del Decreto N° 618/97- de la recaudación de los recursos de la seguridad social (aportes y contribuciones), coexisten dos regímenes absolutamente diversos en cuanto a los procedimientos de determinación de deudas impositivas y previsionales, como así también respecto de las impugnaciones administrativas y jurisdiccionales.

Así, en materia tributaria, de ser necesaria la determinación de oficio regulada a partir del art. 16 de la ley 11.683, conforme el procedimiento reglado en la misma ley, el contribuyente puede interponer recurso de reconsideración ante la propia AFIP o recurso de apelación por ante el Tribunal Fiscal de la Nación (art. 76) en forma optativa y excluyente. En cambio, liquidada una deuda previsional, el contribuyente cuenta una instancia de impugnación en sede administrativa ante la propia AFIP (arts. 11 de la ley 18.820 y 11 de la ley 21.864) y, eventualmente, con una instancia de revisión posterior (art. 6.4.3.1. del Anexo 1 de la RG AFIP N° 79/98). Los trámites propios de ambas materias resultan completamente disímiles.

En materia infraccional, en el ámbito tributario existe un sumario administrativo -en caso de tratarse de infracciones sancionadas con multa- cuya resolución es recurrible por las mismas vías previstas en

⁴⁸ CSJN “López, Ramón Angel”, 6 de marzo de 2.007.

⁴⁹ Cámara Nacional de Casación Penal, “Florido, Raúl”, 18 de enero de 2.007.

el art. 76 citado. En materia previsional, el procedimiento sancionatorio sigue los mismos pasos que la determinación de deuda previsional, con la aplicación de multas cuasiautomáticas. Además, en materia tributaria existen infracciones sancionadas con multa y clausura en forma conjunta que tienen un procedimiento sumario diferente, con audiencia en sede administrativa y una apelación en la propia sede de la AFIP (arts. 41 y 77 de la ley 11.683) y se prevén también las figuras de la interdicción, secuestro y decomiso de mercaderías con procedimiento similar al de la clausura (art. agregado a cont. del art. 41 de la ley 11.683).

La vía judicial, en materia tributaria queda habilitada, si se optó por la vía del Tribunal Fiscal de la Nación, una vez dictada la sentencia de éste, por la vía de un recurso de revisión y apelación limitada por ante la Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal y, si se optó por la vía de la reconsideración, por vía de la demanda contenciosa (art. 82 de la ley 11.683) por ante el Poder Judicial. En el caso de sanciones de multa y clausura conjunta y de decomiso, el TFN no es competente y las apelaciones judiciales proceden por ante la Justicia. En cambio, agotada la instancia administrativa en materia previsional, sólo queda la vía del recurso de apelación por ante la Cámara de Apelaciones de la Seguridad Social (art. 39 bis del D. 1.285/58), sea que se trate de deudas por aportes o contribuciones o de multas, con el agravante de la vigencia del privilegio fiscal que representa la regla del *solve et repete*.

Esta maraña procedimental y recursiva, por una parte debe ser simplificada para garantizar una mayor seguridad jurídica al contribuyente. Y, por otra parte, debe ser reformada de modo tal de hacer efectivos principios fundamentales del Derecho, muchos de ellos constitucionalizados, y cuya vigencia ha sido reconocida por el Estado Nacional mediante la suscripción de tratados internacionales y mediante el dictado de las recientes sentencias ya desarrolladas de la CSJN que los ha aplicado en forma efectiva (causas “Quiroga”, “Llerena”, “Giroldi”, “Casal”, entre otras). En tal sentido, el debido proceso adjetivo en sede administrativa debe respetarse sin restricciones de ninguna especie, aplicándose la totalidad de las reglas esenciales que lo componen, especialmente el derecho a una acusación, a una defensa amplia, a ofrecer y producir pruebas, a alegar sobre el mérito de las mismas, a una resolución fundada, a una doble instancia y a la revisión jurisdiccional de la actuación de los órganos administrativos.

Dicho proyecto de modificación, deberá contemplar que, en ambas materias (tributaria y previsional) exista un único procedimiento sumarial a cargo de la AFIP. En el mismo se ha de contemplar la posibilidad de que el contribuyente, una vez que conoce la pretensión del fisco, pueda formular su descargo, ofrecer y producir en forma amplia su prueba, alegar sobre la misma y, una vez concluido este trámite, las actuaciones sean elevadas al TFN para que sea éste quien dicte la resolución determinativa y/o sancionatoria.

Dictada que fuera esta resolución por parte del Tribunal Fiscal de la Nación, la parte disconforme debe tener la posibilidad de recurrirla, según el siguiente esquema: a) si se trata de materia tributaria, ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, b) si se trata de materia previsional, ante la Cámara Federal de la Seguridad Social y c) si se trata de multas, serán recurribles las fiscales ante la primera de dichas Cámaras y las previsionales ante la Cámara citada en segundo término, luego recurribles ante la Cámara Nacional de Casación Penal.

En todos los casos, la apelación judicial tendrá efecto suspensivo respecto de las sanciones hasta que exista sentencia definitiva firme. Respecto de la deuda por capital e intereses no resultará de aplicación del perimido principio del *“solve et repete”* aunque el Fisco podrá solicitar, si las características de la causa judicial lo exigen, una garantía suficiente que le asegure el ingreso de su acreencia en caso de resultar vencedor (criterio éste adoptado por el derecho tributario español). Dicha garantía se exigirá hasta la total terminación de la causa, con sentencia definitiva firme, incluso en caso de interposición de recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Se debe prever que el TFN, como tribunal administrativo separado de la administración activa, imparcial e independiente, tenga facultad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y reglamentos, aún de oficio o, de lo contrario, que las apelaciones de sus sentencias posean efecto suspensivo de modo de asegurar el control judicial suficiente (tutela judicial efectiva). En punto al TFN también se reco-

mienda la federalización del mismo de manera de garantizar a los contribuyentes del interior del país la tutela judicial efectiva en materia tributaria, tal como se desarrolla en el punto siguiente

Por otra parte se debe modificar el actual régimen de ejecución fiscal, derogando la norma que concede a los cobradores fiscales facultades contrarias al principio de división de poderes (autorizando a dichos funcionarios administrativos a decretar y trabar embargos sin intervención judicial).

Por último, si la AFIP formulase denuncia penal –con arreglo a la ley 24.769- una vez determinado el tributo por el TFN, deberá imputar simultáneamente las infracciones de las leyes 11.683 o 17.250, a efectos del dictado de una única sentencia, con el fin de que dichas normas se cumplan y, eventualmente, evitar la violación del principio del *non bis in idem*.

10.- DE LA NECESIDAD DE FEDERALIZAR EL TFN.

En especial pretendemos desarrollar en este punto la necesidad de promover la descentralización del TFN mediante la creación de delegaciones del mismo en el interior del país y la correspondiente jurisdicción de alzada de todas las Cámaras Federales de la República contra las sentencias del TFN para garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva para los contribuyentes de todo el país.

En efecto, el T.F.N. al tener su sede solamente en la ciudad Autónoma de Buenos Aires y ejercer su jurisdicción en toda la República no garantiza en forma efectiva el acceso a la justicia de los contribuyentes, responsables e imputados en materia fiscal domiciliados en el interior del país.

Asimismo, esta desigual situación también afecta a los profesionales que defienden a los sujetos que apelan o accionan ante el mismo. Esto obliga –además porque así lo establece el art. 19 del Reglamento de Actuación ante el TFN- que los litigantes deban constituir domicilio necesariamente en la Capital Federal al igual que los profesionales patrocinantes o mandantes. Puede advertirse que no resulta igualitario el acceso para los que no residen en la CABA y menos todavía para los que se domicilian en Provincias más alejadas, además del mayor costo que implica llevar adelante el proceso todo lo que, en la realidad termina en muchos casos implicando una forma indirecta de disuadir el acceso a la justicia en materia fiscal. Lo que no se subsana con la posibilidad de que los contribuyentes del interior presenten los escritos de presentación inicial en la dependencia de la AFIP que corresponda a su domicilio (arts. 81 y 83 DR y 2º RATFN). Se entiende que lo que se debe preservar es la inmediatez del justiciable con el juez.

A esto se suma que al haber un único TFN cuyas Salas sólo se encuentran en la sede del mismo en CABA y que debe resolver las causas de todos los contribuyentes, responsables o imputados de todo el país se encuentre abarrotado de causas que humanamente no pueden resolver con la celeridad requerida para que el acceso a la justicia sea efectivo es decir que se expida con celeridad puesto que si la resolución de una causa no es oportuna no hay debido acceso a la justicia. Por otra parte esta demora generada por el sinnúmero de causas a resolver con escasos recursos humanos genera también un perjuicio para el Fisco en la recaudación.

Sin poder obviar el argumento de mayor importancia que reitero lo constituye la necesidad de inmediatez del juzgador respecto del justiciable.

El acceso a la justicia en materia fiscal debe ser garantizado en todos sus aspectos y en forma efectiva, la creación de Salas del TFN en el interior del país lo empieza a hacer posible. Esto redundará también indiscutiblemente en un mayor respeto al federalismo (art. 1º de la CN).

Por otra parte la creación de Delegaciones Fijas en el interior del país está prevista expresamente por el inciso a) del artículo 145 de la ley 11.683 –el que tuvo su origen primeramente en el Decreto 821/1998 y fue expresamente incorporado a la ley 11.683 en el artículo citado por ley 25.239- como facultad del PEN; facultad que originariamente estaba prevista en cabeza del Presidente del TFN ya desde los orígenes del mismo en la década del sesenta.

En este sentido hago remisión a lo recomendado en la XV Conferencia Nacional de Abogados celebrada en Salta, 20 y 21 de setiembre de 2.007: “Conclusiones de la Comisión II” : “Se sostiene la necesidad de reforma del sistema tributario argentino: ... 6) asegurar la tutela judicial efectiva ... llevando a

cabo la descentralización del TFN prevista en la ley 11.683 y la jurisdicción de Alzada de todas las Cámaras Federales de la República contra las sentencias de dicho Tribunal” (publicadas en el título respectivo a dicha Conferencia en www.faca.org.ar). Asimismo esto ha sido propuesto como tema por parte de la FACA ante el Foro Nacional de participación tributaria ante la AFIP durante el año 2.009.

12.- CONCLUSIÓN.

Existen en el derecho positivo argentino, tanto nacional como local, procedimientos de aplicación de los tributos opuestos al PSJCR. Tal situación debe modificarse puesto que “a partir de la modificación de la CN en 1.994, el Estado Argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes de jerarquía constitucional” (CSJN, “Simón”). Por otra parte, “luego del decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales y muy especialmente el mencionado Pacto, sumado al principio *pro homine*, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que mejor proteja en mayor medida a la persona humana” (CSJN, “Madorrán”).

La obligación de respetar y hacer efectivos los derechos humanos a todas las personas y en todos los procedimientos, entre ellos los fiscales, frente al Estado, le cabe a los tres poderes (CIDH, “Tribunal Constitucional” y CSJN “Marchal”) so pena de incurrir en responsabilidad internacional (CIDH “Cantos”). “El Estado tiene la obligación de no tolerancia con circunstancias o condiciones que impidan el acceso a los recursos” (CSJN, “Girolodi”).

El contribuyente goza en todo procedimiento tributario de las mismas garantías judiciales del sujeto inculcado de un delito (CIDH “Tribunal Constitucional”, CSJN “Marchal”).

En efecto, “al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no puede obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquel toda la plenitud que le reconozca la CN” (CSJN, “Madorrán”). Cualquier ley contraria a la Convención es nula (CSJN “Mazzeo”).

Concluimos, por lo expuesto, en la necesidad de adecuar los procedimientos tributarios argentinos, tanto nacionales como provinciales y municipales, al bloque constitucional actual. Ello resulta inminente luego de lo fallado por la CIDH en “Tribunal Constitucional” y por la CSJN en “Marchal”; caso contrario, se ponen en jaque derechos y garantías del contribuyente que constituyen derechos humanos básicos de reconocimiento en pactos internacionales.

Al respecto, reiteramos lo resuelto recientemente por la CSJN en “Madorrán”: “Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar “el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos”.

Valga como reflexión final lo afirmado por el Arístides Corti⁵⁰ al comentar la causa “Tribunal Constitucional”: “Es de recordar, por último a fin de evitar dubitaciones, que el incumplimiento de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos por cualquiera de los órganos del gobierno argentino (PJ, PL y PE, incluyendo el TFN y la AFIP-DGI) puede comprometer la responsabilidad del Estado frente al orden jurídico internacional de los derechos humanos, por lo que la doctrina del fallo de la CIDH del 31/1/01 debe tenerse por obligatoria tanto en materia penal como extrapenal, en este último aspecto, en lo que aquí interesa, en los órdenes fiscal, tributario y administrativo”. Este es el caso del procedimiento tributario vigente en la Provincia de Santa Fe cuya reforma se propuso. Luego de la reforma constitucional de 1.994 los Códigos Fiscales –como se ha propuesto con Santa Fe- deben también ser modificados para adaptarse al nuevo bloque de constitucionalidad, regulando un procedimiento tributario que garantice la tutela judicial efectiva y la plena vigencia de los derechos y garantías. El Estado

⁵⁰ Corti, Arístides, Ob. Cit.

⁵¹ En este punto recomendamos la lectura de Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina comentada” Ed. La ley, Buenos Aires, 2.005, p. 1018; G.

Nacional tiene responsabilidad internacional también por las violaciones a los derechos humanos reconocidos en la CADH de los Estados Provinciales, razón por la que los mismos deben adaptar sus normas internas a la CN y a los pactos internacionales suscriptos por el Estado Nacional.⁵¹

Hasta tanto se modifiquen las normas tributarias que no aprueban el “test de convencionalidad”, es el Poder Judicial el responsable de ejercer tal control en cada caso concreto y “según la interpretación que de la Convención Americana ha hecho la Corte Interamericana” (CSJN, “Mazzeo”, 2.007).

LA ABOGACÍA Y LA JUSTICIA. EL ROL DEL ABOGADO EN SU CONTRALOR.

Dr. **DIEGO PAULO ISABELLA**
COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO

Sumario de conclusiones: Por lo expuesto, proponemos que se propicie la reforma legislativa del artículo 18 inc. f) del texto de la ley 12.008, modificado por la ley 13.101, volviendo al texto anterior de la ley 12.008, y con ello asegurar la efectiva vigencia de la garantía de amparo, y el adecuado resguardo de los derechos amén de hacer operativa la cláusula constitucional que reconoce como misión de la Provincia –y por ende obligación-, asegurar la tutela judicial efectiva.

Como segunda conclusión, y sobre la base del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 15 Const. Pcial.), entendemos que podría interpretarse judicialmente que para hacer efectiva la garantía contenida en el artículo 15 de la ley de amparo, esto es, la subsistencia de las acciones que puedan corresponder (Vgr. las pretensiones del código contencioso administrativo que tengan enlazado el plazo de caducidad del art. 18), debiera entenderse que la acción de amparo interrumpe el cómputo del referido plazo de caducidad del art. 18 del código procesal administrativo, el que comenzará a correr desde el rechazo de la acción de amparo. Ello en cuanto, la garantía del artículo 15 de la ley de amparo, resulta ser una norma especial que debe prevalecer sobre la general (Vgr. art. 18 ley 12.008 modif. Ley 13.101)

Ello, amén de propiciar como solución alternativa, también a la luz de lo previsto por el art. 15 de la Const. Prov, y, hasta tanto se opere la modificación legislativa propuesta, que frente al rechazo de la acción de amparo “in limine”, sea acogida jurisprudencialmente la tesis que admite la reconducción de la pretensión a los procesos ordinarios y sumarios previstos en el ritual.

LA ACCION DE AMPARO Y LOS PLAZOS DE CADUCIDAD. El necesario retorno a lo previsto por el art. 18 inciso f) de la ley 12.008

I.- CARACTERÍSTICAS, FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE AMPARO

Las reformas constitucionales de 1994 han consagrado a nivel nacional y provincial a la acción de amparo¹.

Tanto la Constitución Nacional como la Provincial reconocen expresamente la garantía referida como una acción expedita y rápida, que procede frente a actos, hechos, decisiones u omisiones de particulares o de autoridad pública, que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan, alteren o amenacen con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos constitucionales individuales o colectivos. Tal acción se utiliza para prevenir o reparar la lesión a un derecho constitucional, frente a aquellos actos u omisiones que impidan gozarlo en plenitud.

La Ley Suprema establece que aquélla es viable siempre que no exista otro medio judicial más idóneo -más rápido o eficaz- y no se restringiera la libertad física en cuyo caso procede el "habeas corpus"

¹ Así lo disponen los arts. 43, 75 inciso 22 C.N. 25 del Pacto de San José de Costa Rica y 20 inciso 2) de la Const. Pcial

viabilidad que el art. 20 inciso 2) de la Const. pcial. define como "remedios ordinarios" sin daño grave e irreparable disponiendo asimismo que no procederá contra leyes ni contra actos jurisdiccionales emanados del Poder Judicial (doctr. arts. 43 C.N. y 20 inciso 2) C. pcial.)

De lo reseñado se deriva que, a fin de analizar la procedencia formal de la acción –garantía en los términos del art. 20 inciso 2) de la Const. Pcial.–, debe tenerse especial consideración la existencia de medios judiciales más rápidos o más eficaces para prevenir daño o restaurar el ejercicio de los derechos afectados.

En este sentido, Calogero Pizzolo, en AAVV MANILI, coord.. UNIVERSIDAD, Bs. As. 2005- citando al recordado maestro Bidart Campos, al analizar al “amparo genérico”, comenta el requisito del medio judicial más idóneo, explicando que el mismo “*significa que la existencia de otras vías judiciales no obsta al uso del amparo si esas vías son menos aptas para la tutela inmediata que se debe deparar. La Corte, después de la reforma constitucional del 1994, en el caso “Video Club Dreams”, afirmó, en cuanto a la alegada existencia de otras vías procesales aptas que harían improcedente el amparo, que “la mencionada existencia no es postulable en abstracto sino que depende –en cada caso- de la situación concreta de cada demandante. Cuya evaluación, como es obvio, es propia del tribunal de grado” Esta interpretación flexible trasladada a la interpretación del art. 43 CN hace que el juez de grado tenga un amplio espacio para mensurar, en los casos concretos y en la situación específica de cada demandante, no ya la existencia de otra vía procesal, sino la menor idoneidad –en el caso- para proteger el derecho lesionado del otro medio procedimental previsto en el ordenamiento jurídico.*”²

Por ende resultará inviable en el caso dirigirse como único objeto contra una ley u ordenanzas o actos jurisdiccionales emanados del poder judicial, o procediese el hábeas corpus; amén de ello, resulta harto importante la existencia de los procesos regulados –con sus consecuentes cautelares- en el Código Contencioso Administrativo los cuales en la mayoría de los casos aparecen como más idóneos para la tutela de los derechos vulnerados a través de los actos u omisiones de las personas que ejerzan función administrativa.

Es del caso resaltar que la acción de amparo, como proceso excepcional, ha de ser objeto de evaluación acerca de su viabilidad por el Juez o Tribunal interviniente tanto al momento de su presentación como al momento de dictarse la sentencia respectiva, pues en éste proceso resulta fundamental la valoración de su de “*procedencia*” tal como lo prescriben los arts. 43 y 20 inciso 2) de la C.N. y C. Pcial..

En primer lugar deberá el accionante demostrar la existencia de un acto, de un hecho, de una decisión o de una omisión (falta de realización de la actividad impuesta por la normativa del caso), y que tal acto, hecho, decisión u omisión ocasionan un daño grave e irreparable por otra vía que la garantía en análisis en forma actual o inminente de los derechos arriba referidos.

Además, debe demostrarse que el acto u omisión lesiona –ocasiona un daño actual o potencial- restringe -limita el ejercicio adecuado de los derechos individuales o colectivos protegido, altera (obstruye el ejercicio normal del derecho) o amenaza (ligado a la inminencia del daño) en forma ilegal o con arbitrariedad³ manifiesta (significa un carácter arbitrario que sea observable de una manera evidente, “*a primera vista,*” sin necesita necesidad de un análisis profundo). El “carácter arbitrario” es constituido por el uso o la no aplicación de las normas legales que son aplicables a una actividad resuelta, de una manera caprichosa o descuidada. Esto también constituye uno de los requisitos previos esenciales para la viabilidad del Amparo.

La “ilegalidad” de un acto o de una omisión de la autoridad, puede provenir de la falta de adecua-

² PIZZOLO, Calogero, “El amparo Genérico”, en AAVV, MANILI, Pablo Luis Coordinador “Derecho Procesal Constitucional”, Ed. Universidad, Bs. As, 2005, p. 65

³ Los actos u omisiones serán ilegales cuando manifiestamente –en éste caso- vulneren los derechos reconocidos por una norma –tanto constitucional como infraconstitucional-, siendo arbitrarios cuando en forma caprichosa, carente de sustento y de motivación adecuada en relación al caso resulte por ello palmaria y evidente la vulneración a los derechos referidos.

ción de una norma infraconstitucional a la Ley Suprema y que en consecuencia el actuar de aquélla derivado es contrario a lo que la Constitución dispone ⁴.

Asimismo, y tal como dispone el Art. 15 de la ley 13928⁵ (ex art. 17 de la ley 7166) es de destacarse que la acción de amparo deja subsistentes el ejercicio de los restantes recursos y acciones que puedan corresponder al amparista, y por ello resulta un escollo a la celeridad del trámite la acumulación de pretensiones indemnizatorias las que deben ser canalizadas a través de la pretensión específica del CCA.

En el marco de esta acción es procedente la petición de declaración de inconstitucionalidad de las normas en que se funden el acto u omisión lesivos, en la medida en que esta declaración guarde relación directa e inmediata con el derecho que se entiende vulnerado y el objeto de la acción no se agote con la sola declaración de inconstitucionalidad; por lo tanto debe demostrarse la existencia de un acto u omisión con los requisitos supra referidos y que el fundamento normativo vulnera un derecho o garantía reconocido por una norma de rango superior (verbigracia, la denegación del reconocimiento de rubros remunerativos como la antigüedad o ruralidad en materia de empleo público, actividad material de la administración que avance sobre el derecho de propiedad del amparista, falta de provisión de medicamentos oncológicos por parte del ente público obligado a ello, etc.).

Mas la acción de amparo no puede tener como único objeto la declaración de inconstitucionalidad de leyes, pues en tal caso es improcedente –Art. 20 inciso 2) Const. Pcial.- y existe un medio judicial más idóneo –acción de inconstitucionalidad –Art. 161 inciso 1 Const. Pcial, y 683, ss. y cc. del CPCC.⁶ y que la acción de amparo no puede utilizarse para obviar los tramites legales ni para urgirlos⁷.

Asimismo expresamente la Constitución dispone que no será procedente en los supuestos de actos jurisdiccionales emanados del Poder Judicial; no sucede lo mismo con la actuación en ejercicio de función administrativa del mismo (vbgr. Acordadas y Resoluciones de la SCBA) que ha de ser juzgada a la luz de las normas del CCA, y sólo excepcionalmente por vía de amparo.-

En el caso de que no compruebe que la actividad u omisión por parte de la demandada resulte ilegítima o arbitraria, o entienda el juzgador que existe una vía más idónea para que el afectado haga valer su derecho, la acción deberá ser desestimada “in limine litis” (Art. 8 ley 13928).

En el marco de este proceso, no procede la articulación de cuestiones previas, la reconvencción ni la formación de incidentes, y todos los vicios de que adolezca el procedimiento podrán ser subsanados por el Juez, ya sea de oficio o a petición de parte.

Luego de esta breve introducción general, pasaremos a desarrollar la cuestión objeto de la presente ponencia, esto es, la problemática que genera el rechazo de la acción de amparo (sea en forma liminar o por sentencia de fondo), el vencimiento de los plazos de caducidad de la acción contencioso administrativa ordinaria, y las consecuencias que esto genera en la garantía constitucional a obtener una tutela judicial efectiva (art. 15 Const. Pcial.).

⁴ Ver en tal sentido lo dispuesto por el art. 57 de la Const. Pcial. en cuanto a la inaplicabilidad de toda ley, decreto u orden que priven a los habitantes de los derechos reconocidos, los cuales resultan por disposición de la C. Pcial. “inconstitucionales”.

⁵ BO Nº 26068.

⁶ Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Nº 1 del Depto. Judicial La Matanza in re “ADECUA Asociación de los Consumidores c/ Poder Ejecutivo y Otros s/ Amparo”, sent. del 17/01/06, confirmada por la Alzada. Véase asimismo Cherubini, Martín Hernando, Gallo Quintian, Federico José y Quadri, Gabriel Hernán, La Acción Autónoma de Inconstitucionalidad. Un Proceso Autónomo en pos de la plena vigencia de la Constitución, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, pp. 77/78 -

⁷ Así lo ha resuelto la Excma. Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín, in re “Sada S.A. c/ Gobierno de la Provincia de Buenos Aires y otros s/Amparo”, sent. del 28/07/2005, cit. en INFOJUBA, expresando que “La arbitrariedad e ilegalidad tienen que resultar de manera visible, manifiesta; es decir, en forma clara, patente, indudable, inequívoca, notoria, ostensible, para no hacer del amparo el vademécum que solucione todos los problemas, subsumiendo las vías procesales en sólo una, cuando la Constitución y las leyes marcan distintos derroteros. El amparo es una herramienta útil, pero no para cualquier situación’ ‘ Sobre la base de la evidencia o notoriedad que tiene que revestir el acto lesivo, la jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que el andarivel de marras es inadmisibles cuando las cuestiones planteadas como fundamento del carril elegido son opinables o discutibles’ (CSJN, Fallos: 270:69; 271:165; 273:84; 281:394; 297:65; 310:622; 311:208, entre otros, Ac. 63.788, 21-V-2003) (...) la procedencia de la vía excepcional debe desestimarse ‘no solo para obviar los trámites legales aptos, sino también para urgirlos’ (Fallos 311: 612; 311:2319; 313:433).”

LOS PLAZOS DE CADUCIDAD. Promoción de acción de amparo. Efectos. Aseguramiento de la tutela judicial continua y efectiva, reformas propuestas.

Como es sabido, la existencia de plazos de caducidad, ha sido casi invariablemente convalidada tanto, por la doctrina como por la jurisprudencia, siendo también reconocido por la legislación ⁸ (vid. Código Varela art. 13, y actual art. 18 Código contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires, ley 12.008, decreto ley 7647), En tal sentido, **ARGAÑARAZ**, en su “Tratado de lo contencioso administrativo” de ediciones Tipográfica Editora Argentina, del año 1955, cita a Zanobini quien expresó: “que a fin de que los actos de Administración no queden expuestos a la eventualidad de su revocación o anulación por tiempo indefinido; a fin de evitar una incertidumbre continua en la vida administrativa, es que se fijan términos perentorios más allá de los cuales el interés del particular no puede hacerse valer; esto es, no es más reconocido”.

Si bien, el desconocimiento de estos plazos pareciera acarrear consecuencias solo en la esfera de los derechos de los administrados que los incumplieran, creemos, que con ello, también se lesiona al interés público, en tanto, esta situación restringe la vigencia del principio de legalidad. Ello, en cuanto la posibilidad de impugnar –administrativa o judicialmente–, no solo permite la protección de los derechos e intereses de los afectados, sino que redundaría en beneficio del mantenimiento efectivo del principio de legalidad, ya que las pretensiones de los particulares, la mas de las veces, resultan las mas eficaces para someter a revisión las decisiones adoptadas por la administración pública, frente a la casi inexistencia práctica del ejercicio de la potestad revocatoria oficiosa, amén de resultar requisito constitucional de validez de la actuación de los poderes públicos el garantizar “el derecho a ser oído” (art. 8 inciso 1 del Pacto de San José de Costa Rica –PSJCR–; –conf. art. 75 inciso 22 C.N.).

Si bien no nos logra conmover el razonamiento mayoritariamente postulado por la jurisprudencia y doctrina especializada⁹, que justifican la existencia –legal– de estos plazos de caducidad, menores a los de prescripción¹⁰, y cuya erradicación parece ser una utopía, nos ceñiremos exclusivamente, al análisis de las consecuencias que la interposición de una acción de amparo, luego rechazada, genera en el acceso a la tutela judicial de quienes pretendieran interponer una pretensión alcanzada por el plazo de caducidad dispuesto por el art. 18 del C.C.A. (Ley 12.008 mod. ley 13.101).

DEL ART. 18 ANTES DE LA REFORMA POR LA LEY 13.101.

El código procesal administrativo (ley 12.008), establece para determinadas pretensiones ¹¹, un plazo de caducidad (de 90 días), cuyo cómputo corre desde distintos momentos, de acuerdo al tipo de pretensión de que se trate.

Nótese que el ámbito de aplicación de este plazo de caducidad, es amplio en cuanto a las pretensiones alcanzadas por éste. Siendo así, la mayor parte de las conductas –positivas u omisivas– que pudieran

⁸ Todos los proyectos que existieron en el ámbito nacional los receptaban. Entre otros pueden señalarse los proyectos Moret, que establecía un plazo de treinta días; del de Baulina establecía un plazo de un año de producido el acto atacado; el art. 10 de la ley 13511 establecía un plazo de quince días hábiles de notificada la resolución definitiva; el proyecto de Fiorini lo hacía en treinta días expresando que la caducidad no podrá quedar sin efecto alguno, cuando, han sido razones de hecho valederas de imposibilidad o error excusable por no haberse interpuesto en tiempo legal el recurso jurisdiccional respectivo. Actualmente la ley 19549 (art. 25) establece los plazos a nivel nacional.

⁹ Tal como expusieramos en Rap. Pcial. N° 41-13.

¹⁰ COVIELLO Incola, en *Manuale di diritto civile italiano, parte generale* (4° edic), p. 478, ha expresado las diferencias entre la caducidad y la prescripción, al decir: “Hay caducidad cuando no se ha ejercido un derecho dentro del término que ha sido fijado por la ley o la convención para su ejercicio. El fin de la prescripción es tener por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado; mientras que el fin de la caducidad es preestablecer el tiempo en el cual el derecho debe ser útilmente ejercitado. Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho; o sea, la negligencia real o supuesta del titular; mientras que en la caducidad se considera únicamente el hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, prescindiendo de la razón subjetiva, negligencia del titular, y la imposibilidad de hecho”.

¹¹ Lo fija para la anulatória, la resarcitoria vinculada con aquella, la de reestablecimiento o reconocimiento de derechos (si bien acá se sostiene que solo será aplicable en caso de que esté enlazada a otra pretensión anulatória); y la de cese de una vía de hecho administrativa.

ser objeto de una acción de amparo, también podrían serlo por medio de cualquiera de estas pretensiones procesales del código procesal administrativo.

Esto viene a colación, ya que la anterior redacción del art. 18 del CCA. (Cfr. Ley 12.008), establecía en relación al comienzo del plazo de caducidad, que:

“Art. 18. Plazo para deducir la pretensión: ...f) Si se pretendiere la anulación de un acto administrativo que fuera objeto de impugnación mediante acción de amparo tramitada en sede contencioso administrativa, desde que hubiera finalizado las instancias ordinarias en dicho proceso.”

Es decir, quienes dedujeran una acción de amparo contra un acto administrativo, aún dentro del plazo de treinta días establecido para ello (art. 6 Ley 13928), que fuere rechazado *–ya sea liminarmente o por sentencia definitiva–*, verían resguardada la posibilidad de acceder, por la vía franca de la pretensión anulatoria en el marco del proceso administrativo, a la tutela judicial de su derecho.

Esa redacción era acorde con la garantía constitucional del acceso a la tutela judicial efectiva, mas aún, cuando la procedencia formal de la acción de amparo, es de aplicación restrictiva y excepcional, garantía que no excluye las demás vías si ellas resultaren más idóneas (art. 20 inciso 2 y párr. final C. Pcial.)

III- EL ART. 18 LUEGO DE LA LEY 13.101.

La norma apuntada, suprimió del texto de la ley 12.008 en su artículo 18 inc. f), la referencia que esta hacía en cuanto a que el plazo de caducidad para la acción contencioso administrativa, corría desde que finalizara la instancia ordinaria frente al proceso de amparo. Por tanto, el carácter interruptivo que se le otorgaba a la acción de amparo, ha sido dejado sin efecto.

Esto no hace otra cosa que afectar el derecho al acceso a la tutela judicial efectiva y como así el derecho a ser oído para la determinación de los derechos, sin ninguna razón plausible que lo justifique, más aún, cuando es sabido que la acción de amparo, deja subsistentes las vías ordinarias que pudieran corresponder (art. 15 Ley 13928). Ello basado en la restricción cognoscitiva y la excepcionalidad de esa vía.

A más de lo expuesto, el instituto de la reconducción de las pretensiones (léase en el caso de la acción de amparo) permitiría sanear la situación planteada, esto es, la inexistencia de una norma legal que disponga expresamente el carácter interruptivo o suspensivo de la acción de amparo respecto de las acciones ordinarias, y con ello, dejando indemne al derecho a la tutela judicial efectiva. Ahora bien, este instituto, no ha tenido la misma acogida en las cámaras contencioso administrativas de la Provincia de Buenos Aires, con lo cual, la incertidumbre no ha acabado. Así, no ha sido favorable la doctrina de las Cámaras de Apelación en lo contencioso administrativo con asiento en las ciudades de San Martín y La Plata; contrariamente, su par de San Nicolás la ha convalidado¹². En este último sentido, la Suprema Corte de Justicia¹³, ha reconduciendo los cauces procesales, a fin de permitir el tratamiento de las pretensiones planteadas.

Si bien no desconocemos que a raíz de la doctrina de los casos “Maciel” y “Bonetti”, y de la reciente Res. 1358/06 la consecuencia ha sido que los amparos se encuentren en trámite ante cualquier Juzgado de Primera Instancia o Tribunal de Instancia Única, considerando que hasta tanto se efectúe la modificación legislativa que proponemos, la reconducción aparece como un medio idóneo para la tutela de los derechos que esta acción tiende a proteger, debiéndose en su caso manifestar ante el Juez que hubiera entendido en la acción de amparo, que se ha procedido a iniciar la acción ordinaria correspondiente, ello a fines de que el expediente sea remitido al juez que resulte competente, y pueda tramitarse la acción sin perder el derecho.-

¹² CCSN, inre: "HAUTVENNE, CRISTINA MABEL Y OT C/ D.G.C. Y E.- PCIA DE BS. AS. S/ AMPARO", res. del 21 de setiembre de 2006.

¹³ SCBA inre: Causa B 64745 SCBA, "Consortio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca c/ Pentamar S.A" resolución del 20 de diciembre de 2002, Causa B 68.554 "Fiscal de Estado s/ confl. de competencia en autos "Orgambide Jorge Alfredo c/ Poder Ejecutivo s/ amparo" resolución del 3 de mayo de 2006, Causa B 68553 "Fiscal de Estado s/ conflicto de competencia art. 7º inc. 1º Ley 12.008 en autos: "ADECON c/ Provincia de Bs. As. y otros s/ amparo" resolución del 17 de mayo de 2006) como la CSJN (entre muchos otros, Causa R.545.XXXVI ORIGINARIO "Provincia de Río Negro c/ Estado Nacional s/ Amparo" resolución del 24 de octubre de 2000).

Claramente la supresión del efecto interruptivo, o mejor dicho, el establecimiento del cómputo del plazo de caducidad para interponer la pretensión anulatoria previsto en el art. 18 del CCA (cfr. ley 13.101) en los supuestos analizados, impide hacer efectivo no solo ese postulado, sino poner en marcha la adecuada protección de los derechos a través de las garantías constitucionales, lo que comprende claro está a la tutela judicial efectiva – que debe ser continua y eficaz- (art. 15 C. Pcial.).

IV- CONCLUSIÓN:

Por lo expuesto, proponemos que se propicie la reforma legislativa del artículo 18 inc. f) del texto de la ley 12.008, modificado por la ley 13.101, volviendo al texto anterior de la ley 12.008, y con ello asegurar la efectiva vigencia de la garantía de amparo, y el adecuado resguardo de los derechos amén de hacer operativa la cláusula constitucional que reconoce como misión de la Provincia –y por ende obligación-, asegurar la tutela judicial efectiva.

Como segunda conclusión, y sobre la base del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 15 Const. Pcial.), entendemos que podría interpretarse judicialmente que para hacer efectiva la garantía contenida en el artículo 15 de la ley de amparo, esto es, la subsistencia de las acciones que puedan corresponder (Vgr. las pretensiones del código contencioso administrativo que tengan enlazado el plazo de caducidad del art. 18), debiera entenderse que la acción de amparo interrumpe el cómputo del referido plazo de caducidad del art. 18 del código procesal administrativo, el que comenzará a correr desde el rechazo de la acción de amparo. Ello en cuanto, la garantía del artículo 15 de la ley de amparo, resulta ser una norma especial que debe prevalecer sobre la general (Vgr. art. 18 ley 12.008 modif. Ley 13.101)

Ello, amén de propiciar como solución alternativa, también a la luz de lo previsto por el art. 15 de la Const. Prov, y, hasta tanto se opere la modificación legislativa propuesta, que frente al rechazo de la acción de amparo “in limine”, sea acogida jurisprudencialmente la tesis que admite la reconducción de la pretensión a los procesos ordinarios y sumarios previstos en el ritual.

COMISIÓN III.

LA ABOGACÍA Y LOS DESAFÍOS DEL SIGLO XXI

- **Nuevas realidades, los cambios habidos por la Revolución tecnológica científica.**

- **El Derecho y la protección del medio ambiente.**

- **El derecho frente a los nuevos paradigmas. El derecho y la identidad del individuo. Bioética. Biotecnología. Vacíos legislativos**

- **La Economía y el Derecho. Interdependencias, supremacías y consecuencias.**

- **La “crisis global” desde lo financiero hasta la economía real y a escala mundial.- Miradas desde los países desarrollados y desde los países emergentes. Pobreza, marginación, desigualdades frente al derecho. Grupos vulnerables. Cuestiones de género.**

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ANTE LOS DESAFÍOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Dras.: SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS
LUCIANA B. SCOTTI - MÓNICA S. RODRÍGUEZ - FLAVIA A. MEDINA
COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO

I. INTRODUCCIÓN

Asistimos a la Revolución Tecnológica del Tercer Milenio, a la era de la globalización, de la mundialización, de la internacionalización. Sin duda, el medio de comunicación e interacción por excelencia en estos tiempos posmodernos es Internet, un nuevo instrumento a través del cual se llevan a cabo un sinnúmero de relaciones jurídicas de la más variada índole, despojadas de los límites de espacio y tiempo tradicionales, y entabladas de modo sumamente rápido y con costos mínimos.

En efecto, dentro de las llamadas tecnologías de la información y de la comunicación (TICs) resalta por su notable crecimiento, casi exponencial, una obra humana que casi, desprendiéndose de su creador, se ha insertado en casi todos los aspectos de la existencia humana llamada *Internet*.¹

Muchas son las problemáticas de índole jurídica que suscita este fenómeno apasionante. Entre ellas, podemos mencionar las relativas a la publicidad en Internet, la ley aplicable al contrato y al documento electrónico, la jurisdicción competente, la validez de la firma digital y del dinero electrónico, los delitos informáticos, la falta de seguridad en la red, los alcances de la libertad de expresión en el ciberespacio, la protección de los datos personales y las consecuencias de la violación al derecho a la intimidad, la transgresión de los derechos de los consumidores y usuarios, la piratería (violación al derecho de propiedad intelectual), el pago de impuestos y aranceles en el comercio electrónico y las consiguientes infracciones impositivas, la vulneración de principios fundacionales del Derecho Laboral a través del llamado teletrabajo, la responsabilidad extracontractual... y la lista continúa.

El contexto en el que se desarrolla el comercio electrónico, no facilita el objetivo de resolver las controversias, puesto que permite no solo la contratación a través de la red sino también que puedan cometerse infracciones sin que exista con claridad una jurisdicción en la que se pueda interponer una demanda, y puede fomentar, facilitar la búsqueda del fuero más conveniente generando así incertidumbre y decisiones potencialmente conflictivas.²

Como podemos apreciar todas las ramas del Derecho están implicadas y por ello son convocadas para dar solución a tales conflictos. Sin embargo, en general, el ordenamiento jurídico ha permanecido en una actitud pasiva, desconcertado, atónito, desorientado ante tan inquietante y fascinante fenómeno, fuente de los más interesantes beneficios, y de los más temibles riesgos.

Nuestro objetivo en esta oportunidad consiste principalmente en abordar las diversas soluciones que han sido consideradas hasta el momento respecto de la regulación de este nuevo espacio virtual y destacar cuál es el rol del Derecho Internacional Privado frente a las nuevas tecnologías, en especial, Internet.

¹ FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara: "El conflicto de civilizaciones: Una nueva mirada a Internet". *Separata de Revista de Derecho* N° 26. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas. Venezuela. 2008.

² Cfr. RODRÍGUEZ, Mónica S.: "Arbitraje en Internet – 1º Parte", en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, diciembre 2009. elDial.com. Ed. Abremática.

II. INTERNET: UN NUEVO ESCENARIO PARA EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Internet ha cambiado la forma de comunicarnos, de negociar, de comprar, de educarnos y de buscar un espacio de recreación.³ Pero, ¿qué es Internet?

Internet (inter – red) “constituye un entramado mundial de redes conectadas entre sí de un modo que hace posible la comunicación casi instantánea desde cualquier ordenador de una de esas redes a otros situados en otras redes del conjunto, por lo que se trate de un medio de comunicación global.”⁴

Según la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Internet significa “una red de redes de ordenadores, los cuales se encuentran interconectados entre sí por línea de telecomunicaciones, permitiendo de este modo llevar a cabo una serie de actividades. Una lista no exhaustiva de esas actividades podría comprender: grupos de charla, correo electrónico, y sitios sobre temas tan diversos como lo son las actividades humanas *off-line* (sites meramente informativos, educacionales y culturales, o comerciales, con una enorme cantidad de actividades y productos)...”⁵

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha definido a Internet como “una red internacional de computadoras interconectadas, que permite comunicarse entre sí a decenas de millones de personas, así como acceder a una inmensa cantidad de información en todo el mundo”. Es un “único y totalmente nuevo medio de comunicación humana mundial”. “Cualquiera con acceso a Internet puede aprovechar una gran variedad de comunicación y de métodos de recolección de información”, todos los cuales “constituyen un medio único – conocido por los usuarios como ciberespacio- no instalado en alguna ubicación geográfica especial, pero disponible para cualquiera, en cualquier lugar en el mundo con acceso a Internet”.⁶

De las diferentes definiciones existentes, podemos apreciar los denominadores comunes que nos aproximan a un concepto general pero muy ilustrativo acerca de qué es Internet: “red de redes”, “interconectadas entre sí” que permiten la “comunicación a nivel mundial”.

Por su parte, entre las características de Internet, principales y relevantes en el campo jurídico, destacan: su internacionalidad, descentralización, deslocalización, atemporalidad, virtualidad, accesibilidad universal, interactividad, inmaterialidad o intangibilidad.

En efecto, la mayoría de las operaciones que se realizan en Internet son internacionales, pues se halla presente en ellas uno o más elementos extranjeros. En los hechos, Internet prácticamente hizo desaparecer la distinción entre comercio interno y comercio internacional. Esta internacionalidad se vincula con la incertidumbre acerca de quienes son los órganos competentes, estatales o no estatales, para resolver las controversias que se originan en este nuevo espacio, así como en cuanto a la determinación de la ley aplicable y sobre la eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales que se dicten al respecto.⁷ Por otro lado, cabe destacar que “bloquear el acceso a los recursos de Internet por países resulta casi imposible. Si bien los ordenadores conectados a la Red poseen una dirección ..., ésta no se corresponde con una ubicación geográfica sino un lugar dentro de la Red. No se trata de direcciones físicas en el espacio real, sino más bien lógicas dentro del “ciberespacio”.⁸

³ Cfr. SMITH, Bradford L., “The Third Industrial Revolution: law and policy for the Internet”, en *Recueil des Cours* N° 282, Academie de droit international de La Haye, Francia, 2000, p. 247

⁴ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 27.

⁵ Cfr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *Electronic Commerce and International Jurisdiction – Ottawa*, 28/2-1/3/00. Preliminary Document N° 12, Agosto de 2000.

⁶ “Jane Reno, Attorney General of the United States *et al.* appellans vs. American Civil Liberties Union, *et al.*, sentencia del 26 de junio de 1997. Citado por BRIZZIO, Claudia R., *La informática en el nuevo derecho*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 38.

⁷ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 85.

⁸ Cfr. IEZZI, María Verónica, *El conflicto jurisdiccional en Internet. Jurisdicción iusprivatista internacional aplicable al comercio en la red*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2005, ps. 36 - 37.

También se destaca su masividad y accesibilidad universal ya que Internet es una red abierta: podemos ingresar y salir de la red, pasar del mundo real al virtual, sin esfuerzo y sin siquiera percibirlo, toda la información está disponible para toda persona y en cualquier país. Desde cualquier lugar del mundo, con una computadora, una línea telefónica y un módem, se puede tener acceso a toda la web. Esta difusión masiva del comercio electrónico, en el que participan un número indeterminado y heterogéneo de actores plantea exigencias de seguridad y de tutela de las personas jurídicamente más débiles, como son los consumidores.

Por otro lado, Internet elimina el tiempo y la distancia, y por ende, en el mundo virtual, ambos extremos casi perdieron importancia. En el ciberespacio, la nueva coordenada es la atemporalidad.

Asimismo, el carácter descentralizado de Internet se motiva en que su funcionamiento es consecuencia del empleo, por una gran cantidad de operadores de sistemas informáticos y de redes, de protocolos comunes, es decir, un mismo conjunto de convenciones relativas a la transmisión de datos entre computadoras que permite el intercambio de información digital. Internet desarma la información que maneja en pequeños paquetes de bits que se transmiten según lo permite la capacidad disponible en la red. Cada uno de estos paquetes es etiquetado con la dirección de su destino final. Una vez allí, el ordenador receptor reúne cada paquete con los demás, rearmando el mensaje.⁹

Por su parte, la intangibilidad o incorporealidad, se vincula evidentemente con la eliminación del soporte papel en el comercio electrónico, que ha generado la elaboración de un nuevo principio aplicable al comercio electrónico: el principio de equivalencia funcional.

En suma y en líneas generales, los problemas jurídicos¹⁰ surgidos con motivo de la aparición de Internet tienen relación con el conflicto entre la naturaleza deslocalizada de Internet y la naturaleza territorial de ciertas normas que se basan en la noción de “lugar” (lugar de celebración de un contrato, lugar de ejecución o cumplimiento de un contrato, lugar del establecimiento de una de las partes, lugar de su domicilio o residencia habitual, lugar de comisión del delito, lugar de producción del daño, etcétera). O bien, se vinculan al conflicto entre la naturaleza inmaterial de Internet y las normas que exigen o presuponen soporte papel.¹¹

III. REGULACIÓN DE INTERNET: DISTINTAS ALTERNATIVAS

El ciberespacio no responde a las clásicas fronteras estatales, y por lo tanto parecería escapar a las soluciones tradicionales de los ordenamientos jurídicos tradicionales. Ello nos enfrenta a plantearnos si es posible regular este nuevo espacio, y en su caso, cuáles son las alternativas posibles. En definitiva: ¿los problemas del mundo virtual son distintos, en esencia, a los pertenecientes al mundo real?

Muy diversas opiniones se sostienen acerca de la necesidad o no de normas que rijan el espacio virtual, vinculadas, en muchos casos, a distintas posiciones filosóficas e ideológicas.

Con toda lucidez, afirma De Miguel Asensio: “La pretendida sustitución de los límites territoriales (y materiales) por nuevas fronteras propias de Internet, junto con la independencia atribuida a las redes en su funcionamiento y su supuesta transformación en comunidades con poder para imponer sus propias reglas, son elementos que se encuentran en el origen de uno de los planteamientos básicos en lo que respecta al régimen jurídico de Internet. En efecto, con base también en la pretendida incapacidad (e inclu-

⁹ Cfr. IEZZI, María Verónica, *El conflicto jurisdiccional en Internet. Jurisdicción iusprivatista internacional aplicable al comercio en la red*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2005, p. 34.

¹⁰ Existen diversas cuestiones de índole jurídica que han sido afectadas sensiblemente con el desarrollo de Internet y del comercio electrónico. La Comisión Europea ha destacado cuatro temas principales: la recaudación del IVA, la propiedad intelectual, la protección de datos personales y los contratos, en especial los de consumo. Ver COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA, “Globalization and the Information Society, The need for Strengthened International Co-ordination”, COM (98) 50, ps. 6 – 8.

¹¹ Cfr. DRAETTA, Ugo, “Internet et commerce électronique en droit international des affaires”, en *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye, Tome 314, 2005, p. 52 y ss.

so falta de legitimación) de los ordenamientos jurídicos estatales (de base territorial) para regular y controlar los flujos transfronterizos de información por Internet y para dar respuesta a los conflictos de intereses planteados en la Red, que produciría situaciones hasta ahora desconocidas (en particular como consecuencia del carácter digital e inmaterial del nuevo contexto), se ha propuesto un modelo de reglamentación descentralizado, basado en la creación al margen de los legisladores estatales de normas propias para regular Internet y sus relaciones, en gran medida por parte de los actores de la Red. Se ha llegado a proponer la consideración del ciberespacio (también llamado “cyberia”) como una jurisdicción independiente, diferenciada de las estatales, con mecanismos propios de producción y normas y órganos específicos de solución de controversias.”¹²

Tal como podemos apreciar, en materia de regulación jurídica de los problemas que plantea Internet, existen dos corrientes claramente diferenciadas: quienes promueven la “no regulación” o la “autorregulación, como dos caras de la misma moneda, por una parte, y quienes abogan por la regulación estatal, ya sea a través de normas de Derecho Internacional Privado o de un Derecho especial de y para Internet.

En efecto, para muchos toda regulación de Internet no contribuirá más que a entorpecer este medio y en particular, obstaculizará las operaciones comerciales que se desarrollan a través de sus redes. Por lo tanto, en esta línea de pensamiento, el espacio virtual, sin fronteras geográficas, “ajurisdiccional”, “espacio sin ley”, no debe sufrir la intromisión de los Estados. La aterritorialidad de Internet determinaría la condena a la ajurisdicción, respondiendo a una suerte de silogismo: si un componente del Estado es el territorio y en Internet no hay territorio, no puede haber regulación en Internet. A ello, se sumaría la imposibilidad de dictar y aplicar normas jurídicas cuando resulta imposible identificar a quienes las vulneran, debido al anonimato de quienes navegan en Internet. Otros, también verían a Internet como una segunda oportunidad para un mercado económico libre de influencias estatales, al compás del modelo propuesto por Adam Smith.¹³

En suma, estaríamos ante un ámbito que no pertenece a nadie y en consecuencia, ninguna autoridad estatal tendría legítimas facultades de regulación y control de las situaciones y relaciones que se concluyen en ese espacio.

Para quienes defienden la posición que estamos analizando, en general, la solución vendría de la mano de la “autorregulación”, es decir de las normas que la propia red, que sus usuarios adoptan y respetan en la práctica: códigos de conducta de los internautas, autorregulaciones de los proveedores de acceso a Internet, usos seguidos en Internet, principios del E – Business adoptados por asociaciones profesionales u organizaciones internacionales. En definitiva, la elaboración de una normativa material, diseñada especialmente para Internet: una suerte de renovada *Lex Mercatoria*, *Lex Informatica*, *Lex electrónica*, *International CyberLaw*, *Cyberalty*, según las diversas terminologías que detonan un mismo fenómeno. Esta sería la única alternativa viable, frente a la imposibilidad de los Estados de regular las actividades que se desarrollan fuera del ámbito territorial donde ejercen soberanía.

Entre las ventajas de la autorregulación, se han destacado: a) proporcionaría soluciones directas, inmediatas a los problemas planteados, evitando las remisiones de leyes estatales; b) sería un sistema legal auténticamente internacional, mundial, válido en todos los países del mundo; c) ante la carencia de respuestas a los problemas planteados por las tecnologías en Internet en las legislaciones estatales, la elaboración *ex novo* de una legislación *ad hoc* sería lo más adecuado; d) este sistema legal internacional podría verse acompañado de un sistema sancionatorio propio, eludiendo la necesidad de los tribunales estatales e incluso de los árbitros tradicionales del arbitraje comercial internacional, sustituidos por

¹² Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Ed. Civitas, Madrid, 2001, ps. 75 – 76.

¹³ En igual inteligencia, CAFFERA, Gerardo, “Regulación del comercio electrónico en Internet”, en Rippe, S., Creimer, I, Delpiazco, C y otros, *Comercio electrónico. Análisis jurídico multidisciplinario*, Ed. Bdef, Julio César Faira Editor, Buenos Aires, 2003, ps. 42 y ss.

“magistrados virtuales”; e) el *International CyberLaw* tiende a garantizar la máxima libertad de expresión y de comunicación en la red.¹⁴

Sin embargo, varias críticas se han alzado frente a dicho proceso de autorregulación, autoconformación de alcance global, fundadas principalmente en la falta de legitimidad democrática en su elaboración dado que la mayoría de los participantes y usuarios quedan sin representación alguna. En efecto, “las grandes empresas utilizadoras de Internet impondrían a su interés y capricho los contenidos del *International CyberLaw*, mientras que los consumidores y pequeñas empresas tendrían poco que decir en la elaboración de esta normativa... sería, en definitiva, el “Derecho del más fuerte”... Además, tampoco cuentan con la posibilidad de generar un conjunto de sanciones que hicieran creíble y coercible el *International Cyberlaw*”.¹⁵ Precisamente por ello, se descrea de la real efectividad de tales normas puesto que su ejecutabilidad depende en última instancia de las jurisdicciones estatales.

Por otro lado, téngase presente que la vigencia de una *Lex electrónica*, creada por los operadores del ciberespacio es incompatible con la idea de soberanía estatal, que aún y, pese a los embates de la globalización, sobrevive.

Lo cierto es que en los hechos, en la realidad, nos encontramos con un número reducido de cuestiones sometidas a la autorregulación, tales como aquellas relativas a ciertas cuestiones técnicas y al sistema de nombres de dominio. Además, los códigos de conducta se limitan a expresar compromisos genéricos de un comportamiento ético y ajustado a principios jurídicos básicos e indeterminados, con mecanismos de sanción limitados como el apercibimiento público y la expulsión de la asociación promotora del código de conducta; sin perjuicio de que muchos de ellos prevén expresamente el recurso a las normas estatales cuando los instrumentos de autodisciplina son insuficientes.¹⁶

Desde la vereda de enfrente, la segunda alternativa, ante las desventajas y peligros que ofrece la “no regulación” y la “autorregulación”, es recurrir a las tradicionales reglas estatales de Derecho Internacional Privado a fin de determinar quién es el juez competente ante una controversia en Internet, qué ley estatal deberá aplicar y cuáles serán los efectos del reconocimiento de sentencias extranjeras. O bien, dentro de los canales normales de creación de derecho estatal, crear una nueva rama del Derecho, llámese Derecho de Internet.

En defensa de la regulación de Internet, afirma Brenna, “las seguridades técnicas, muy relevantes, deben acompañarse de las seguridades legales, y éstas deben satisfacer tanto como en el pasado nos han satisfecho las soluciones elaboradas para el mundo de papel y derechos localizados”. Y continúa, “un espacio sin leyes es realmente atractivo para nuestro espíritu de libertad. Pero un espacio sin ley no existe en este mundo real ni en el espacio virtual de la red. Un espacio sin ley aparente esconde siempre el imperio de las regulaciones del más fuerte”.¹⁷

Entre las ventajas y seguridades que inspira la corriente que afirma que las normas de Derecho Internacional Privado pueden brindar respuestas eficaces a los problemas de Internet, siguiendo a los Profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González, podemos mencionar: a) el recurso al Derecho Internacional Privado de los Estados está ligado a la defensa de los valores contenidos en las Constituciones democráticas y por ello es un Derecho más justo que el *International CyberLaw*; b) el Derecho Internacional Privado, como derecho estatal, es un producto democrático, no de elites economi-

¹⁴ Cfr. CALVO CARAVACA, Alfonso L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Ed. Colex, Madrid, 2001, p. 16 y ss.

¹⁵ Cfr. CALVO CARAVACA, Alfonso L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Ed. Colex, Madrid, 2001, p. 18.

¹⁶ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 77 y ss.

¹⁷ BRENNAN, Ramón G., “Internet: espacio virtual sin ubicación ni ley” en Altmark, Daniel (dir.) y Bielsa, Rafael (coord. académico), *Informática y Derecho. Aportes de doctrina internacional*, N° 7, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001 p. 46 y disponible en <http://ecomder.com.ar>

camente privilegiadas, sino de la soberanía del pueblo; c) así, el respeto por el principio de soberanía queda garantizado; d) el Derecho Internacional Privado cuenta con un aparato coercitivo (la organización de los tribunales judiciales) capaz de proporcionar soluciones eficaces.

Se puede sostener, entonces, que los cibernautas requieren certidumbre y previsibilidad para operar en el espacio virtual. Y esta seguridad jurídica, tan necesaria a fin de dar confianza a ciberempresarios y ciberconsumidores puede ser brindada fielmente por el Derecho estatal, en particular, por las normas del Derecho Internacional Privado, que a nuestro entender son las más apropiadas para regular el uso de estas nuevas tecnologías.

En pocas palabras, desde la perspectiva que compartimos, el ciberespacio no es un compartimento estanco, ajeno a las reglas del Derecho, a las tradiciones, a las costumbres, a las culturas, a las creencias religiosas, alejado del mundo real.¹⁸

IV. EL PAPEL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Calvo Caravaca y Carrascosa González comienzan su obra en la materia que nos ocupa con un párrafo, a nuestro criterio, significativo y esclarecedor: “La irrupción de Internet en el mundo del Derecho repercute en todas las ramas jurídicas, pero especial y fundamentalmente en el Derecho internacional privado. Internet representa el modo más depurado, hasta ahora, de mundializar y globalizar las situaciones privadas: incrementa el número y variedad de situaciones privadas internacionales. Ello hace del Derecho internacional privado el protagonista principal del impacto del Internet en el mundo jurídico.”¹⁹

Afirman los autores, “La alternativa tradicional, es decir, la aplicación del DIPr. de cada Estado, constituye, así, la *vía real* que lleva a solucionar las cuestiones legales que el uso de Internet ha hecho surgir. Ello es así porque – salvo aspectos muy particulares, como la propiedad de los “dominios” en la red - en realidad, los problemas jurídicos que plantea Internet no son nuevos... Se trata de *problemas clásicos* - contratación internacional, responsabilidad civil no contractual, protección de la intimidad, etc.-, presentados, ahora, eso sí, con un *ropaje tecnológico novedoso*... La pretensión de construir un “mundo aparte” para Internet, necesitado de reglas nuevas y propias, es una *falacia*, pues los problemas jurídicos son los mismos en el mundo real y en el virtual. Internet es sólo un medio más veloz de comunicación, como antes lo fue el telégrafo, el teléfono, el correo o el fax... Internet no es sino otro modo de concluir *contratos inter absentes*, cuestión conocida y tratada por la doctrina desde los tiempos de F. K. V. Savigny.”²⁰

En efecto, tal como destaca Burnstein, las cuestiones legales más espinosas que plantea el Ciberespacio corresponden al Derecho Internacional Privado: ¿qué tribunales serán competentes y qué ley aplicarán a los diversos litigios que pueden surgir en Internet?²¹

Por ello, el interrogante que podemos plantearnos es el siguiente: ¿es realmente necesario generar un “derecho de Internet” o un “derecho del comercio electrónico”, distinto, autónomo del Derecho Internacional Privado?

En realidad, lejos de amenazar la existencia del Derecho Internacional Privado, Internet fortalece su necesidad y su función principal: garantizar la protección de los individuos en todas aquellas relaciones

¹⁸ En el mismo sentido, se ha pronunciado FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., “La Lex Informatica: La Insoportable Levedad del No Ser”, en *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky*, Fundación de Córdoba, 2005.

¹⁹ Cfr. CALVO CARAVACA, Alfonso L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Ed. Colex, Madrid, 2001, p. 7.

²⁰ Cfr. CALVO CARAVACA, Alfonso L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Ed. Colex, Madrid, 2001, p. 22 – 23.

²¹ Cfr. BURNSTEIN, Matthew, “Conflicts on the net: choice of law in transnational cyberspace”, en *Vanderbilt Journal of Transnational Law* N° 29, 1995, p. 87.

jurídicas privadas, que presenten elementos extranjeros. En tanto existan divergencias entre los sistemas jurídicos estatales, no podrán desaparecer las reglas de Derecho Internacional privado. Sería necesario uniformar todo el derecho y dotar a los jueces de una competencia universal, lo cual es poco probable, dadas las diversas tradiciones jurídicas.²²

Sin embargo, no es posible desconocer que Internet pone en tela de juicio las técnicas localizadoras tradicionales del Derecho Internacional Privado debido a las propias características de este medio que ya hemos señalado, y principalmente por el hecho de que cualquier relación jurídica en Internet, afecta a múltiples jurisdicciones, y por tanto a infinidad de Estados.

Piénsese en la dificultad para determinar el lugar de celebración o el lugar de ejecución de un contrato celebrado y concluido *on line*. O bien, las absurdas consecuencias que derivan del criterio del “lugar de producción del daño”, que podría generar demandas en todos los países del mundo, debido al alcance planetario de Internet.

Ante este panorama, se ha pensado en la necesidad de repensar y adaptar las reglas tradicionales del Derecho Internacional Privado: “es preciso adoptar *nuevas soluciones* de DIPr que no sean criterios rígidos de DIPr, sino *criterios flexibles*, que no aparezcan fundados exclusivamente en la vinculación del *problema jurídico* con el territorio de “un Estado”... En el campo del Derecho aplicable es deseable adoptar *puntos de conexión abiertos*, como la *vinculación más estrecha* del caso con un país (*Proper Law Doctrine – Centre of Gravity Doctrine*), o los *efectos sustanciales del acto* en un país (*Effect Doctrine*)... Son criterios adecuados porque permiten a las partes prever la aplicación de una ley estatal concreta y porque pueden funcionar en un contexto geográfico” y mundializado como es Internet... En el ámbito de la competencia judicial se impone aceptar un régimen que desarrolle la teoría de los “*Minimum Contacts*”. De esa forma, para evitar que todas las jurisdicciones del mundo se consideren competentes, sólo podrán conocer los tribunales del país con que el acto presenta “estrechos contactos”.²³

Por la adaptación de las reglas tradicionales de Derecho Internacional Privado en Internet también se pronuncia De Miguel Asensio en estos términos: “Internet exige la adaptación de ciertos planteamientos tradicionales relativos a la identificación de la jurisdicción estatal competente y del ordenamiento jurídico aplicable. Al mismo tiempo, se refuerza la necesidad de coordinación internacional en este sector, que contribuya a superar la inseguridad jurídica existente”. Prosigue, “la aplicación de las reglas de competencia judicial internacional tradicionales a las actividades en Internet presenta peculiaridades, asociadas a una necesaria adaptación que garantice las exigencias del derecho fundamental a un proceso justo o el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva... Los criterios atributivos de competencia son típicamente de base territorial y van referidos a actos... o a los participantes..., de modo que el nuevo contexto tecnológico plantea dificultades para la concreción de tales criterios respecto de las actividades en la Red, que tienen un alcance mundial.” En cuanto a la ley aplicable, ante el panorama que presenta Internet, el autor expresa que “esta circunstancia favorece soluciones flexibles que permitan tomar en consideración al formular las respuestas jurídicas, valores de los ordenamientos de diversos países sobre los que se proyecta una determinada conducta a través de la red, si bien ésta pone en contacto (o en conflicto) un número extraordinario de sistemas y culturas jurídicas. El nuevo contexto exige también en materia de ley aplicable reconsiderar la utilización de ciertos puntos de conexión territoriales..., valorando su sustitución por otros más flexibles y mejor adaptados a las nuevas exigencias, en un análisis diferenciado según las materias...”.²⁴

²² Cfr. FAUVARQUE – COSSON, Bénédicte, “Le droit international privé classique à l’épreuve des réseaux”, Coloquio “Droit de l’Internet: approches européennes et internationales”, 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html>, ps. 2 y 3.

²³ Cfr. CALVO CARAVACA, Alfonso L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Ed. Colex, Madrid, 2001, párr. 22.

²⁴ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Ed. Civitas, Madrid, 2001, ps. 93 a 98.

Por otro lado, Internet no solamente se ha erigido en un espacio de intercambio de información, de productos, en un área que posibilita la celebración de contratos cibernéticos internacionales, sino que además ofrece a los usuarios que por ella se comunican y navegan, diversos mecanismos de resolución de conflictos, sistemas de solución de controversias en línea, dirimiéndose las disputas dentro de su ámbito, con sus propias herramientas.

Existen muchos proveedores de mecanismos alternativos de solución de conflictos, los ADR (*Alternative Dispute Resolution*), que cuando emplean nuevas tecnologías, herramientas de comunicación en las distintas fases del procedimiento, se han dado en llamar ODR (*On Line Dispute Resolution*) o también conocidos como Sistemas de Solución de Controversias en Línea (SSCL). Así se considera que es un campo adecuado para desarrollar cualquier método alternativo de solución de controversias, sean de autocomposición (negociación, mediación, conciliación) como de heterocomposición: el arbitraje principalmente. Estos sistemas, entre los que ubicamos al arbitraje en línea, se caracterizan por la utilización de redes de computadores y programas especiales para resolver controversias utilizando algunos de los métodos usuales de solución alternativa de controversias. Se valen de Internet para permitir el acceso remoto a los servicios sin tomar especial consideración del lugar físico en el que se encuentran las partes en disputa.²⁵

V. NUESTRAS REFLEXIONES. PONENCIA.

No cabe concebir Internet como un nuevo “espacio o territorio virtual”, sino como un nuevo medio de comunicación, de intercambio de información, y por lo tanto, sujeto a regulación jurídica por parte de los Estados, a través de normas de fuente interna o convencional.

El Derecho Internacional Privado no ha perdido su virtualidad, su capacidad e idoneidad para resolver los conflictos que se suscitan en aquellas relaciones jurídicas que presentan elementos extranjeros y que afectan al menos a un interés privado, aun cuando se desarrollen en estos nuevos espacios, a través de las más modernas tecnologías de la información.

Ante estos escenarios “posmodernos”, los juristas tendrán que brindar nuevas calificaciones autárquicas que definan aspectos de las relaciones jurídicas que se llevan a cabo a través de Internet y de otras tecnologías, y en especial de los puntos de conexión clásicos: lugar de celebración o de cumplimiento de un contrato, lugar de domicilio, residencia habitual, o establecimiento de las partes, lugar de comisión de un ilícito, lugar de producción de un daño, entre otros. Para ello, posiblemente tendremos que recurrir a algunas ficciones, de las que el Derecho nunca estuvo ajeno.

Los criterios de conexión tradicionales empleados por el Derecho Internacional Privado tanto en relación con la ley aplicable como sobre la jurisdicción competente deben ser tenidos en cuenta y pueden resultar aptos para regular el fenómeno del comercio electrónico, y en particular los contratos internacionales cibernéticos, con las debidas adaptaciones que sean necesarias para adecuarse a las particularidades del espacio virtual.

En materia de ley aplicable a los contratos electrónicos internacionales, la autonomía de la voluntad es el principio rector. Sin embargo, deben tenerse presentes los límites tradicionales, especialmente en las relaciones que involucran consumidores, máxime tratándose en la mayoría de los casos de contratos por adhesión.

La vaguedad y falta de suficiencia de la lex electrónica como ley aplicable a los contratos electrónicos puede implicar un peligroso salto al vacío. Por lo tanto, los operadores del comercio electrónico internacional, así como los jueces y en particular los árbitros y los ciberárbitros deben tener siempre en mira los riesgos potenciales de su elección y aplicación para resolver todo conflicto que pueda surgir y les pueda ser sometido.

Es necesario crear e implementar mecanismos de cooperación internacional jurisdiccional en esta

²⁵ RODRIGUEZ, Mónica S.: “Arbitraje e Internet – 1º Parte”, ob. Cit.

delicada materia, en particular en lo que respecta al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros.

El arbitraje comercial internacional, una vez más, puede constituirse en un instrumento adecuado para la resolución de controversias en materia de contratación internacional electrónica debido a sus múltiples beneficios (neutralidad, celeridad, confidencialidad, flexibilidad, entre otros).

El ciberarbitraje puede resultar de utilidad, dadas sus ventajas de celeridad y bajos costos, siempre que se desarrolle con el respaldo de normas jurídicas claras que brinden las clásicas y consagradas garantías del debido proceso.

Nuestra disciplina ante los desafíos del presente se encuentra plena de vitalidad y con las herramientas adecuadas para resolver muchos de los conflictos que se producen en la Sociedad de la Información, en la que todos, consciente o inconscientemente, transitamos.

RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO CONVENIENCIA DE REFORMAR EL ARTÍCULO 22 DE LA LEY 25.675

Dr. HÉCTOR MIGUEL SOTO
COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO

SUMARIO

1. Obligaciones emergentes de la ley 25.675.
2. Personas activamente legitimadas para reclamar el cumplimiento de estas obligaciones. Facultades de las mismas.
3. La llamada “Indemnización sustitutiva”.
4. Condicionantes técnicos de los seguros comerciales.
5. La obligación de asegurar impuesta por el artículo 22 de la ley 25.675. Ilimitación cuantitativa del seguro exigido.
6. Distinta finalidad y distinta naturaleza de los seguros de responsabilidad civil y de los seguros de caución
7. Conveniencia de modificar el artículo 22 de la ley 25.675.
8. Resumen y Conclusiones

1. OBLIGACIONES EMERGENTES DE LA LEY 25.675

1.1. La Ley 25.675 establece las siguientes obligaciones:

- A. Soportar el costo de las acciones preventivas y correctivas.
- B. Restablecer el ambiente dañado, y
- C. En su caso, pagar una “indemnización sustitutiva”

1.2. El artículo 4 de la Ley 25.675 dispone que *“El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan”*.

1.3. El artículo 28 de la ley 25.675 establece que *“El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción.”*

1.4. En ese mismo artículo se dispone que *“en caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental...”*

2. PERSONAS ACTIVAMENTE LEGITIMADAS PARA RECLAMAR EL CUMPLIMIENTO DE ESTAS OBLIGACIONES. FACULTADES DE LAS MISMAS

2.1. El artículo 30 de la Ley 25.675 dice que *“Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la*

Constitución Nacional, y el estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.”

2.2. Sin embargo, los legitimados activamente para exigir el cumplimiento de la obligación de recomponer el medio ambiente no se encuentra facultados para:

A. Aceptar una “indemnización sustitutiva”, en aquellos casos en que sea técnicamente imposible la restauración del ambiente a su estado anterior.

B. Disponer de las acciones promovidas. En consecuencia no se encuentra facultados para transar, conciliar, conceder quitas, u otorgar esperas.

2.3. Los legitimados para exigir el cumplimiento de la obligación de recomponer el daño ambiental colectivo, no son, en el sentido propio del derecho de las obligaciones, personalmente acreedores de esta obligación.

No pueden incorporar a su patrimonio una suma equivalente al costo de la reparación a cargo del dañador.

2.4. El artículo 1083 del Código Civil establece que *“El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero.”*

Los legitimados para exigir el cumplimiento de la obligación de restablecer el ambiente dañado a su estado anterior no son personalmente damnificados por el daño colectivo de incidencia colectiva, y por ello, no pueden ejercer la opción del artículo 1083 del Código Civil, que otorga esta opción, exclusivamente, al damnificado.

Los legitimados para deducir la acción de reparación del daño ambiental de incidencia colectiva no son acreedores personales de la obligación de reparar el daño ambiental colectivo.

2.5. De lo aquí expuesto surge que, la única manera legalmente posible de satisfacer la obligación impuesta al dañador por la ley 25.675, es mediante el restablecimiento del ambiente a su estado anterior.

3. LA LLAMADA “INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA”

El “Fondo De Composición Ambiental”

3.1. El artículo 28 de la Ley 25.675 crea un “Fondo de Composición Ambiental” que, según declara la ley, estará destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales, y la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente.

3.2. En caso de que no fuere “técnicamente” posible recomponer el ambiente dañado, la ley determina que el causante de ese daño “técnicamente irreparable”, debe ser condenado a depositar en el “Fondo de Compensación Ambiental”, una suma de dinero denominada “indemnización sustitutiva”.

3.3. La “indemnización sustitutiva” prevista en la ley consiste en una suma de dinero a satisfacer por el causante del daño “técnicamente irreparable”, cuyo monto debe ser estimado, discrecionalmente, en cada caso por la justicia.

Esta discrecionalidad no significa arbitrariedad.

3.4. El quantum de esta “indemnización sustitutiva” no puede estimarse teniendo en cuenta el costo de la recomposición del daño, ya que esta recomposición, en el caso contemplado, es técnicamente imposible.

Tampoco se podrá recurrir al valor patrimonial o venal del ambiente dañado, ya que el ambiente se encuentra fuera del comercio.

3.4. Para establecer el monto de la “indemnización sustitutiva” se podrían utilizar, razonablemente, entre otros, los siguientes parámetros:

A. La envergadura del daño.

B. La situación económica del dañador.

C. Que haya mediado culpabilidad del dañador en la causación del daño ambiental, y en su caso, si el daño fue causado dolosamente o por culpa o negligencia, y, también en su caso, el grado de esta culpabilidad.

D. La trascendencia social del daño.

E. El Interés social de mantener la actividad que ha producido el daño, una vez adoptada las medidas correctivas que permitan asegurar que ese daño no se seguirá produciendo en el futuro.

F. El provecho que el dañador hubiera obtenido por la causación del daño.

Naturaleza Jurídica De La Indemnización Sustitutiva

3.5. Siendo técnicamente irreparable el daño, y no teniendo el ambiente dañado un valor de mercado, la ley pretende compensar ese daño, socialmente irreparable, mediante una indemnización que sustituya esa imposible recomposición.

En cierto modo, la naturaleza jurídica de la “indemnización sustitutiva” es similar a la naturaleza jurídica de la indemnización del daño extrapatrimonial del derecho civil, que tiene el propósito de otorgarle al damnificado algún tipo de satisfacción que, de alguna manera, sirva para paliar o compensar el agravio no patrimonial padecido.

La “Indemnización Sustitutiva” Y La Dificultad De Su Aseguramiento

3.6. Cuando el daño al ambiente es técnicamente imposible de recomponer, ya sea total o parcialmente, el monto de la “indemnización sustitutiva” depende de circunstancias no claramente determinadas por la ley, y que escapan a criterios evaluativos estrictamente patrimoniales.

Desde el punto de vista técnico de la actividad aseguradora, obligaciones de este tipo son muy difíciles de asumir por los aseguradores privados.

4. CONDICIONANTES TÉCNICOS DE LOS SEGUROS COMERCIALES

4.1. La actividad aseguradora debe sujetarse a ciertos parámetros técnicos que, en caso de no ser observados, la tornan imposible.

4.2. En ese sentido es técnicamente inviable que un asegurador asuma compromisos que no pueda soportar con el monto de las primas percibidas del conjunto de sus asegurados.

Por ello, el fondo de primas -es decir la masa de aportes que se percibe del conjunto de los asegurados- debe estar relacionado con la intensidad y frecuencia de los daños que asume el asegurador, y con las limitaciones cuantitativas del aseguramiento.

4.3. El seguro del daño ambiental colectivo que podrían ofrecer las aseguradoras comerciales, debe

sujetarse, estrictamente, como todo aseguramiento comercial, al criterio de “no-pérdida” y “utilidad moderada”, y a las pautas técnicas aplicables a todo tipo de aseguramiento.

Pero, además de las normas técnicas comunes a todo tipo de aseguramiento, en el caso específico del seguro del daño ambiental colectivo, se deben respetar las siguientes pautas técnicas:

A. Debe ser limitado en cuanto a la suma asegurada y comprometida.

B. Debe ser limitado en cuanto al tiempo en que se produce la causa del daño, y en cuanto a las causas del daño.

C. Debe permitirse que se estructure como un seguro basado en reclamos.

4.4. En conclusión: el seguro de daño ambiental colectivo sólo es viable y sostenible si nace como un seguro con cobertura claramente limitada.

5. LA OBLIGACIÓN DE ASEGURAR IMPUESTA POR EL ARTÍCULO 22 DE LA LEY 25.675 – ILIMITACIÓN CUANTITATIVA DEL SEGURO EXIGIDO.

5.1. El artículo 22 de la Ley 25.675 establece que las personas que desarrollan actividades riesgosas para el ambiente deben contratar, obligatoriamente, un seguro “...*con entidad suficiente para garantizar el financiamiento del daño que en su tipo pudiere producir.*”

Tal como está redactada la ley, la cobertura que obligatoriamente se ordena contratar, no puede tener limitaciones cuantitativas, ya que, de lo contrario, no sería suficiente para garantizar la recomposición del ambiente dañado.

5.2. Esta obligación impuesta por la ley, como toda obligación legal de carácter excepcional, debe interpretarse restrictivamente.

Aplicando este criterio restrictivo, entendemos que el artículo 22 de la Ley 25.675 sólo impone la obligación de asegurar la obligación de restablecer el ambiente dañado a su estado anterior, pero no la obligación de satisfacer, en su caso, la “indemnización sustitutiva”, o de afrontar los costos que demanden las acciones preventivas y correctivas a las que se refiere el artículo 4 de la ley.

5.3. Cualquier reglamentación que autorice limitaciones cuantitativas en el seguro obligatorio impuesto por el artículo 22 de la Ley 25.675, sería, claramente, contraria al texto y al espíritu de la ley.

Es esperable que, ateniéndose a la letra de la ley vigente, los tribunales consideren que un seguro de daño ambiental colectivo con limitaciones cuantitativas –aun aquellas reglamentariamente autorizadas por el Poder Ejecutivo Nacional- sería violatorio de la Ley 25.675.

Algunos jueces, con una mayor flexibilidad, podrían, tal vez, considerar aceptable una limitación de la cobertura autorizada reglamentariamente pero podrían declarar, invocando pautas discrecionales, que la limitación admitida administrativamente es irrazonable, o excesiva, o violatoria del espíritu de la ley.

5.4. Por lo tanto es razonable pensar, teniendo en cuenta el estado de la jurisprudencia y de buena parte de la doctrina, que aquellas entidades aseguradoras que contratasen seguros de daño ambiental colectivo cuantitativamente limitados, confiando en la validez de los actos administrativos que los autorizan, se encuentren con la negativa de los jueces a aceptarlas.

5.5. Otro tanto podría decirse de aquellos seguros contratados en base a “reclamos”.

Hay fuertes sectores de la doctrina y de la jurisprudencia que no aceptan los seguros con base en reclamos.

Suponiendo que la autoridad administrativa autorizara, en el caso especial de los seguros de daño ambiental colectivo, que las entidades aseguradoras estructurasen su cobertura en base a “reclamos”, no existe ninguna certeza de que estas limitaciones vayan a ser judicialmente aceptadas.

6. DISTINTA FINALIDAD Y DISTINTA NATURALEZA DE LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y DE LOS SEGUROS DE CAUCIÓN

6.1. Se ha sostenido que la ley, al imponer la obligación de asegurar el daño ambiental colectivo, admite que dichos seguros puedan ser seguros de responsabilidad civil, o bien seguros de caución.

6.2. Existen importantes diferencias entre estos dos tipos de aseguramiento.

En cuanto a sus limitaciones causales subjetivas el seguro de responsabilidad civil no comprende la responsabilidad emergente del dolo y, salvo pacto en contrario, de la culpa grave.

En cambio, en el seguro de caución, el responsable del daño no es el asegurado, y el seguro se extiende a los supuestos de dolo o culpa grave del responsable.

6.3. Los seguros de caución, si bien estructurados técnicamente como operaciones de seguro, son, en verdad, contratos de fianza u operaciones de garantía.

6.4. Sin perjuicio de la función social de proteger a la víctima, el propósito originario del seguro de responsabilidad civil es proteger el patrimonio del responsable, manteniéndolo indemne de su obligación de reparar, en la medida pactada en el seguro.

En cambio, en el seguro de caución, no se protege el patrimonio del responsable que es, en última instancia, quien deberá hacerse cargo del pago de la obligación originada.

6.5. Si el seguro de responsabilidad civil por daño ambiental colectivo es de difícil contratación, el seguro de caución por daño ambiental colectivo es aún más difícil de contratar ya que, quien contrata, debe garantizar de manera suficiente el reembolso de las sumas “adelantadas” por el asegurador.

Salvo que se estableciera una garantía real colectiva, el seguro de caución por daños ambientales parece inviable.

Por supuesto que, para ser viable, también debería ser fuertemente limitado.

7. CONVENIENCIA DE MODIFICAR EL ARTÍCULO 22 DE LA LEY 25.675

7.1. Es altamente conveniente el aseguramiento privado del daño ambiental colectivo.

Pero, para que sea viable, dicho aseguramiento debe regularse de manera tal que el mismo sea técnica y comercialmente posible.

De nada vale imponer la ilimitación del aseguramiento en la ley, si la consecuencia va a ser la inexistencia de todo tipo de aseguramiento.

7.2. Tampoco debemos olvidar que uno de los fines del seguro es permitir que las empresas que no han dañado dolosamente el ambiente puedan continuar desarrollando sus actividades –esta vez de manera aceptable- a fin de preservar las fuentes de trabajo y el valor social que representan esas actividades como generadoras de riqueza.

Existe un valor social en que el eventual responsable encuentre algún tipo de soporte que le permita afrontar sus responsabilidades.

Ello no se lograría con un contrato de caución.

7.3. Para que el seguro comercial obligatorio del daño ambiental colectivo sea viable, es imprescindible otorgar a las entidades aseguradoras la seguridad de que las necesarias limitaciones cuantitativas que se introduzcan en esos contratos vayan a ser aceptadas por los magistrados.

7.4. El artículo 22 de la Ley 25.675 debería modificarse, conservando la obligatoriedad de contratar un seguro de daño ambiental colectivo, pero estableciendo, por lo menos, las siguientes pautas:

A. Que, por su especialidad técnica, se delegue la implementación del seguro de daño ambiental colectivo en la Superintendencia de Seguros de la Nación, la que deberá consultar a los demás organismos interesados.

B. Que la cobertura establecida en el seguro obligatorio de daño ambiental colectivo pueda limitarse, cuantitativamente, teniendo en cuenta las posibilidades técnicas y financieras del mercado asegurador, y la efectiva oferta de seguros y de reaseguros, y no la magnitud del daño ambiental que se asegure.

C. Que las primas sean técnicamente suficientes para atender la cobertura asumida por la entidad aseguradora, y que, además, sean compatibles con las posibilidades económicas de las empresas aseguradas de incorporar el costo del seguro a sus costos de producción.

D. Que se admita la posibilidad de que, cuando fuere técnicamente aconsejable, también se pueda implementar el seguro sobre la base de manifestaciones o reclamos.

E. Que, a fin de evitar dudas, se permita expresamente excluir de la cobertura, total o parcialmente, la obligación de satisfacer la “indemnización sustitutiva”, y la obligación de asumir los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición.

8. RESUMEN Y CONCLUSIONES

8.1. Quien genere efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, debe soportar el costo de las acciones preventivas y correctivas.

Igualmente, quien dañe el ambiente, debe restablecer el mismo al estado anterior.

Eventualmente, cuando sea técnicamente imposible recomponer el ambiente, el dañador debe pagar una “indemnización sustitutiva”, cuyo monto será fijado, discrecionalmente, por la justicia.

8.2. El artículo 22 de la ley 25.675 establece la obligación de contratar un seguro, sin límites cuantitativos, respecto de la obligación de restablecer el ambiente dañado a su estado anterior.

En cambio, no impone la obligación de asegurar la “indemnización sustitutiva”, o la de afrontar los costos de las acciones preventivas y correctivas.

8.3. Técnicamente, el seguro del daño ambiental colectivo debe ser limitado en cuanto a la suma asegurada, en cuanto al tiempo en que se produce la causa del daño, y en cuanto a las causas del daño. Además debe permitirse que se estructure como un seguro basado en reclamos.

8.4. El Poder Ejecutivo no puede reglamentar una ley negando su texto.

Cualquier reglamentación que autorice limitaciones cuantitativas al seguro obligatorio, contradice el texto de la ley tal como está redactada, y puede ser desconocida por los jueces.

8.5. Para posibilitar el seguro ambiental obligatorio de carácter privado y comercial, debe garanti-

zarse legalmente a los aseguradores que las limitaciones de cobertura que se autoricen en la póliza van a ser respetadas por los jueces.

Debe modificarse el artículo 22 de la Ley 25.675, conservando la obligatoriedad de contratar un seguro de daño ambiental colectivo, pero estableciendo, por lo menos, las siguientes pautas para el mismo:

A. Que se delegue su implementación en la SSN.

B. Que la cobertura pueda limitarse teniendo en cuenta las posibilidades del mercado asegurador, y no la magnitud del daño ambiental que se asegura.

C. Que las primas sean técnicamente suficientes, y compatibles con las posibilidades económicas de los asegurados.

D. Que se admita la posibilidad de implementar el seguro sobre la base de reclamos.

E. Que se permita expresamente excluir de la cobertura la obligación de satisfacer la “indemnización sustitutiva”, y la obligación de afrontar los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición.

DIFICULTADES AXIOLÓGICAS DE LA LEY NACIONAL 26.549

Dr. **RODOLFO CAPÓN FILAS**
Colegio de Abogados de San Isidro

*“Estamos hechos de la misma materia de los sueños y nuestra pequeña vida termina durmiendo”,
William Shakespeare (inglés, muerto en 1616)*
*“Pensar contra la corriente del tiempo es heroico; decirlo, una locura”,
Eugene Ionesco (rumano, muerto en 1994)*

Sumario de la ponencia

Debemos construir la Sociedad sin destruir las personas. Por eso, el derecho societal a la verdad no es absoluto y se ha de conjugar con los personalísimos de identidad personal y de integridad personal. En el caso de supuestas víctimas del terrorismo de Estado no existe deber legal alguno de someterse al análisis de ADN, ya sea directa o indirectamente porque la persona no es un medio para un fin (Emmanuel Kant) pero puede surgir el imperativo ético en la presunta víctima de someterse al análisis de ADN, ya sea directa o indirectamente. Las circunstancias pueden ser personales (dudas de la persona) o societales (colaboración con la paz societal para erradicar las secuelas del terrorismo de Estado).

Conclusiones de la ponencia

El tema es espinoso, sin duda. Tal vez la posición formulada ayude a una solución razonable de todos los intereses y derechos en juego (familiares, víctima, Estado punitivo, Abuelas de Plaza de Mayo). De todas maneras, al igual que la Teoría Sistémica del Derecho Social, la propuesta apenas llega a un 8,66. Quienes la apoyen, pueden agregar datos para hacerla más eficiente

Introducción

1. Tomás de Aquino, maestro dialéctico, comenzaba su discurso negando, con citas de importantes doctrinarios, lo que se proponía probar. Una vez demostrada su afirmación, contestaba las posiciones negativas. Así redactó, entre otras obras, la *Summa Theologiae*, escrita como manual de clase en la Universidad de París.

Eugene Ionesco fue el gran dramaturgo que por el absurdo mostraba la futilidad de la existencia o enfrentaba el conformismo de la sociedad frente al poder político. En una de sus grandes obras, *El rinoceronte*, la única persona coherente fue marginada por sus conciudadanos, mutados en rinocerontes por complacencia ante las autoridades.

Durante una ceremonia importante, la señora Presidente promulgó tres leyes, publicadas en el Boletín Oficial de ese mismo día (27.11.2009):

1.1. Ley 26548, estructurando el Banco Nacional de Datos Genéticos

1.2. Ley 26549, incorporando el artículo 218 bis al Código Procesal Penal de la Nación, y redactándolo

1.3. Ley 26550, incorporando el artículo 82 bis al Código Procesal Penal de la Nación, reconociendo legitimidad procesal a las asociaciones o fundaciones, registradas conforme a la ley, para constituirse en parte querellante en procesos en los que se

investiguen crímenes de lesa, humanidad o graves violaciones a los derechos humanos siempre que su objeto estatutario se vincule directamente con la defensa de los derechos que se consideren lesionados.

1.4. Interesan las siguientes normas internacionales:

1.4.1. Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

1.4.2. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

1.4.3. Declaración de la UNESCO sobre el genoma y los Derechos Humanos

1.4.4. Declaración universal de la Unesco sobre Bioética y Derechos Humanos

2. La tesis *mayoritaria* sostiene que el derecho societal a la verdad, uno de los principales derechos colectivos, justifica la invasión a la integridad personal y a la propia identidad, reduciéndola a la simple raíz biológica de la persona.

La tesis obra en el Acuerdo celebrado por el Gobierno Argentino con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 11.09.2009 e instrumentalizado mediante decreto 1800/2009, B.O. 20.11.2009,

También obra en la ley 26549, del siguiente modo:

“Artículo 218 bis: Obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN). El juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN), del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. La medida deberá ser dictada por auto fundado donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto.

Para tales fines, serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, a efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la integridad física de la persona sobre la que deba efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención.

La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y otras circunstancias particulares. El uso de las facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización.

Si el juez lo estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisita personal.

Asimismo, cuando en un delito de acción pública se deba obtener ácido desoxirribonucleico (ADN) de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de evitar su revictimización y resguardar los derechos específicos que tiene. A tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el juez procederá del modo indicado en el cuarto párrafo.

En ningún caso regirán las prohibiciones del artículo 242 y la facultad de abstención del artículo 243.”

3. Dado que el Derecho valora conducta mediante normas (Cossio, 1964: 212) tal vez como tesis *minoritaria* afirmo:

3.1. Ante la imposibilidad de conjugar el derecho societal con los dos personalísimos mencionados, priman estos últimos.

3.2. Urge el imperativo ético de construir la sociedad sin destruir persona alguna, para lo cual cualquier posible víctima de genocidio no puede ser obligada a someterse a análisis alguno.

3.3. La pre-eminencia del derecho a la verdad atenta contra la dignidad humana y no conduce a la paz social, objetivo último de la justicia (por lo que el deber *legal* de someterse al análisis del ADN es in-constitucional. “El honor es patrimonio del alma y el alma sólo es de Dios”. (1) La víctima de una desaparición forzosa tiene el derecho pero no el deber de conocer la verdad (art.24 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas). Esta convención fue ratificada por Argentina y no menciona los derechos de la víctima.

3.4. Dado que muchas veces la búsqueda de las víctimas es una forma larvada de lucha en determinadas circunstancias puede pesar sobre ellas, ya en la adultez, el imperativo ético de aceptarlo, para colaborar con la paz mental de los buscadores y con la paz social, derrotando los vestigios del terrorismo de Estado.

3.5. Dada la legitimidad procesal otorgada por la ley 21650 a varias entidades de derechos humanos, entre ellas las Madres de Plaza de Mayo y las Abuelas de Plaza de Mayo, será importante que manifiesten públicamente los subsidios gubernamentales y las ayudas internacionales que les permiten funcionar, instalar emprendimientos, gestionar centros de estudio incluso universitarios. De ese modo, la sociedad recibirá la misma información transparente que ellas, con razón, exigen.

4. Como toda mi carrera profesional y académica transcurrió en minoría, no me molesta que la tesis sea considerada “destituyente” o “reaccionaria”, experimentando el destino del personaje principal de *El rinoceronte*. Tampoco que se haga realidad la frase de Ionesco con que comienzo este aporte. A pesar de todos los obstáculos sufridos y por sufrir, mi sueño sigue siendo el de construir, desde las entrañas de nuestra realidad, una alternativa científica seria, hominizadora y pluralista. Dejo **expresamente** de lado si todo este tema surge de la guerra de K contra el Grupo Clarín y si fue o no pergeñado en la soledad del poder gubernamental.

I. Derecho societal a la verdad en el caso de presuntos descendientes de “desaparecidos” durante la dictadura militar argentina

5. La dictadura militar argentina nos dejó el pesado saldo de los “desaparecidos” y de sus descendientes “entregados como cachorros” (Victoria Donda, “La Nación”, 06.10.2009). Los débiles gobiernos democráticos posteriores, todos ellos de democracia “líquida” (Bauman: 2003, 26) aceptaron el derecho societal a la verdad y emprendieron la campaña de esclarecer el destino de unos y de otros. Contaron con la ayuda de diversas organizaciones de derechos humanos, fundamentalmente de las Madres de Plaza de Mayo y las Abuelas de Plaza de Mayo. Desde el *Nunca Más* hasta ahora mucho se ha avanzado en esta búsqueda de la verdad.

El Acuerdo celebrado por el Gobierno Argentino con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 11.09.2009 e instrumentalizado mediante decreto 1800/2009, B.O. 20.11.2009 es una muestra acabada pero *parcial* del derecho a la verdad.

Permite avanzar directa u oblicuamente sobre el presunto descendiente del “desaparecido” tanto para sancionar penalmente al responsable del delito como para asegurar a sus familiares biológicos el reconocimiento del vínculo familiar roto.

Los derechos personalísimos del presunto descendiente (a la identidad y a su integridad) no se mencionan en su completa dimensión. Tampoco la posibilidad de que se niegue a los exámenes directos o indirectos o la de que no le interese conocer su raíz biológica por estar satisfecho con su identidad construida.

Como se aprecia a simple vista, el sujeto del derecho a la verdad es tratado como *objeto* o *medio de prueba*, cosificación no advertida o silenciada por conveniencia política momentánea.

1. Pedro Calderón de la Barca, *El Alcalde de Zalamea*

Si bien el acceso a la verdad, por derecho natural, está en la esfera del presunto descendiente, pareciera que el Acuerdo trata fundamentalmente del derecho a la verdad que obra en el Estado para su pretensión punitiva indiscutible y en la esfera de los posibles familiares. El Acuerdo no repara en que, si la presunta víctima del atropello **se niega** a los exámenes directos o indirectos, realizarlos igualmente es *victimizarla* nuevamente.

Ni el Acuerdo ni la ley 26549 reparan en que el cambio **forzoso** de identidad acarrea serias consecuencias de filiación, psíquicas, sociales, culturales, políticas. Tales trastornos, contra la voluntad de la persona violentan las Declaraciones de la UNESCO mencionadas anteriormente y el art.24 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Alteran la integridad y la intimidad de la persona, ultrajan su dignidad. Se vulnera abiertamente la ley 25326 art.1: "La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional".

Por todo ello, la ley 26549 ha de valorarse como in-constitucional.

Cabe recordar que la Corte Suprema, en ""Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho" 24.10.2000 ha afirmado: "El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479)

II.Construcción de la personalidad

6. Reitero la definición, por primera vez expuesta en Paraná, de que el hombre es un "*ser ecosistémico, pasional, social, reflexivo, sostenido en la existencia, abierto a la Trascendencia*".

La distinción metafísica entre **lo dado** y **lo construido** tal vez ayude a resolver el tema.

7. La **raíz biológica (lo dado)**, base de la personalidad, crece en el eco-sistema y en el socio-sistema, elementos ambos con que *se construye* la propia identidad. De ahí que ambos sistemas importan. La certera intuición de las "circunstancias del yo" expuesta por Ortega y Gasset, describe claramente la situación.

Los datos importantes extraídos del Sitio Web de la Comisión Nacional para el derecho a la identidad (Conadi), sintéticamente son los siguientes

7.1.Biológicamente la identidad es secuencia particular de ADN, con una estructura definida en sí misma e influye en las reacciones biológicas producto de su expresión. Es estable e invariable en el tiempo. Todos poseemos individualidad biológica, que nos diferencia de los demás. Dicha individualidad surge de la combinación única de un 50 de los genes paternos con un 50 de los genes maternos en la fecundación. Por lo tanto, la individualidad biológica está determinada por el complemento genético de los progenitores y en un sentido mucho más amplio por el de los ancestros.

7.2.El conjunto de genes heredados por un individuo se denomina genotipo y la expresión de éstos se llama fenotipo. La molécula encargada de transmitir la información genética es el ácido desoxirribonucleico (ADN). Este domina todas las estructuras y funciones para el desarrollo y supervivencia de un organismo.

Todas las células con núcleo del organismo poseen una copia de ADN, por lo que puede usarse para extraerlo: pelo, saliva, semen y generalmente células blancas de la sangre.

7.3. El ADN nos hace químicamente únicos. Con excepción de los gemelos univitelinos, no existen dos personas iguales a nivel de la estructura química del ADN.

8. Sobre esa raíz biológica crece **lo construido** de la persona mediante sus relaciones cercanas, educacionales, sexuales, afectivas, culturales, económicas, sociales, culturales, políticas.

Cada ser humano es único en medio de semejantes que no son idénticos entre sí.

Como afirma Martín Buber: “En este mundo cada persona representa algo nuevo, algo que nunca ha existido todavía, algo único y original. Es deber de cada uno el saber que nunca ha existido en el mundo nadie semejante a él, porque si hubiese existido alguien semejante a él, ya no sería necesaria su existencia. Cada persona en el mundo, es una cosa nueva y está llamada a realizar su peculiaridad. Y eso es, precisamente, lo que cada persona tiene que defender de sí misma”.

La identidad es propio de cada uno de nosotros. Su formación es un proceso de naturaleza social. El papel que nosotros estemos dispuestos a tomar es del que va a depender lo que será nuestra identidad al final del proceso.

La identidad es relativamente estable, referida a un mundo, producto de la sociedad y la acción de la propia persona:

La influencia es recíproca ya que no sólo depende de las personas que nos rodean sino también nuestras acciones influyen bastante en la formación de nuestra identidad.

Tiene relación con el desarrollo físico, el sexo y el papel sexual, el desempeño académico y laboral, las expectativas sociales.

Fuente *on line*: voz Identidad de género, autor anónimo

8.1. Contra su voluntad ¿es posible que un hombre que vive en el África, acostumbrado a su cultura, sea “trasladado” a Canadá o a Alemania para con-vivir con una familia para él absolutamente desconocida de la cual se afirma que es suya, sin correr el riesgo de des-construir su yo?

¿Es posible que si Juan Pérez se educó en una familia de clase media, asistió a un colegio estatal, convivió con cinco hermanos, de golpe y por la presión de las Abuelas de Plaza de Mayo, se vea “inserto” en una familia de clase alta, deje sus compañeros de colegio y su noviecita del barrio para encontrarse en un colegio bilingüe, de alto “estatus”, sin romperse por dentro?

Si suponemos que los dos primeros ejemplos se refieren a presuntos descendientes de “desaparecidos”, el derecho a la propia integridad y a la propia identidad serían afectados sobremanera.

Tal vez el Estado haya descubierto al delincuente que entregó un niño como si fuese un cachorro, tal vez los familiares biológicos hayan recuperado el vínculo familiar roto, pero, ¿cómo queda el afectado? Las Abuelas habrán ganado dos nietos, la sociedad perdió dos hombres: ¿es razonable la situación?

¿Hemos perdido tanta memoria que hemos descuidado la enseñanza de Emmanuel Kant de que el hombre *es un fin en sí mismo* y no un medio para otro?

8.2. Distinto es si el interesado, dudando de su entorno socio-cultural-ambiental, decide buscar *su* lugar en el mundo y una vez encontrado, *seguirse construyendo con las nuevas circunstancias*. Las Abuelas han ganado un nieto, la sociedad ha ganado un hombre.

8.3. Del mismo modo, si del cúmulo de indicios que se le presentan, la víctima puede *conjeturar* que está frente a un resto del terrorismo de Estado, de alguna manera ha de responderle a la sociedad entera.

8.4. Como se aprecia, son **tres** situaciones distintas, a de resolver de diferente manera.

III. Conjunción de derechos

9. Es probable que la conjunción del derecho societal con los personalísimos solamente se logre si el presunto descendiente de un “desaparecido” acepta someterse al análisis de ADN u ofrece material al respecto.

En determinadas circunstancias de dudas razonables sobre la raíz biológica de la posible víctima, para garantizar la paz de todos (obviamente, la suya también) pesa sobre ella el imperativo ético de someterse al análisis mencionado o en su reemplazo ofrecer material adecuado.

De acuerdo al art.24 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra

las desapariciones forzadas, la víctima tiene el derecho de conocer sus orígenes pero no el deber. Por ello, pareciera adecuado el imperativo ético mencionado, que se potencia con la necesidad societal de erradicar los últimos restos del terrorismo de Estado.

IV. Posibilidad de fraude

10. La posibilidad de fraude existe en cuanto nada impide que una abuela "se fabrique" un nieto a los efectos de su propio prestigio o incluso de su propia subsistencia. En un país signado por la corrupción, todo es posible. Ello no es advertido por estas tres leyes. De ahí que nadie pueda oponerse seriamente a que el análisis del ADN sea realizado por peritos particulares de solvencia comprobada.

V. Facetas especiales del tema

11. Ya que la jurisprudencia suele acompañar los acontecimientos políticos Calamandrei (1961:324), suponiendo que no prosperasen la in-constitucionalidad de la ley 26549, existen facetas del tema que deben tenerse en cuenta para una solución hominizadora razonable

Son las siguientes:

11.1. Posibilidad de confrontar los resultados del ADN.

Sin perjuicio de que el examen de ADN se realice por los peritos oficiales, cabe reconocer al interesado, sea la víctima directa o sus presuntos familiares, el derecho a otro examen mediante peritos particulares y, en caso de disidencia en los resultados, a un tercer examen.

En un país como el nuestro, corroído por la corrupción sistemática, utilizada incluso como herramienta política, todo interesado tiene derecho a sospechar del resultado de un examen de ADN, sobre todo en aquellas situaciones con alto contenido político o económico. Por eso, cabe reconocerle el derecho a confrontar el resultado.

Esta conclusión se refuerza en los momentos actuales en que la señora Presidenta está en el Vaticano para el aniversario de la solución amistosa con Chile por el canal de Beagle (28.11.2009), acompañada por un séquito formado entre otros por Ricardo Lorenzetti, Estela de Carloto y Hugo Moyano. Cualquier persona razonable tiene derecho a confrontar un resultado *oficial* favorable a los intereses de las Abuelas de Plaza de Mayo o de la CGT.

11.2. Negativa a conocer el resultado del estudio

Cabe reiterar lo afirmado en el párrafo 3.3.

La víctima de una desaparición forzosa tiene el derecho pero no el deber de conocer la verdad (art.24 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas). Esta convención, ratificada por Argentina, refuerza la negativa mencionada.

Con esa negativa todos quedan satisfechos: los familiares, el Estado punitivo, las Abuelas de Plaza de Mayo y la víctima.

11.3. Confidencialidad del resultado

Dado este derecho, la confidencialidad del resultado es evidente. Como a la sociedad global no le interesa que el hasta entonces Juan Pérez es nieto de Benjamín García, difundir ese dato viola la dignidad de la persona afectada. Las Abuelas podrán manifestar triunfadoras que han encontrado orito nieto, la familia indicar lo mismo, pero nadie tiene derecho a comunicar que Juan Pérez= Benjamín García.

11.4. Necesidad del consentimiento de la víctima para cambiar la filiación

Su negativa puede fundarse utilizando analógicamente el art.1 de la ley de adopción 24779:” La adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado puede otorgarse, *previo consentimiento de éstos*”.

VI. Conclusión

12. El tema es espinoso, sin duda. Tal vez la posición formulada ayude a una solución razonable de

todos los intereses y derechos en juego (familiares, víctima, Estado punitivo, Abuelas de Plaza de Mayo).

De todas maneras, como la Teoría Sistémica del Derecho Social, la propuesta apenas llega a un 8,66.

Bibliografía

- Bauman, Zygmunt, *Modernidad líquida*, FCE, Bs.As., 2003, 232 págs.

- Calamandrei, Piero, *Crisis de la justicia* en Ripert, Georges, *Crisis del Derecho*, Ejea, Bs.As. 1961, 401 págs.

- Cossio, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, Abeledo-Perrot, Bs.As., 1964, 821 págs.

- ZENERE, GISELA GUILLERMINA y BELFORTE, EDUARDO ARIEL (2001), *El poder y el derecho a la verdad biológica*, II Congreso Internacional de Derechos y garantías en el siglo XXI, Bs.As., 2001

SUPERAR LA PROPIA INCAPACIDAD

Dra. MARIA CRISTINA MOURELLE DE TAMBORENEA

COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO

PROPUESTA:

¿Puede una persona durante su capacidad, y en el ejercicio de su libertad, disponer acerca de su persona y de sus bienes ante el supuesto de que una enfermedad, un accidente o la simple vejez le impidan ejercer normalmente sus derechos?

Frente a una futura reforma, arbitrar los medios necesarios para que:

Cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, y en previsión de su posible futura incapacidad, pueda a través de una escritura pública, adoptar cualquier disposición relativa a su persona y/o a sus bienes, nombrando su propio curador, el cual ha de recaer en la persona de su confianza y afectos.

“Las personas mayores de edad, en previsión de su eventual incapacidad, podrán designar por escritura pública un o más representantes, y/o sustitutos para el supuesto de que el o los mandatarios no quieran o no puedan aceptar la manda. Así mismo, podrán dejar instrucciones con respecto a su persona y a sus bienes. Promovida la demanda de insania o inhabilitación, el juez debe tener en cuenta esta manifestación de voluntad a los fines de la designación de curador”.

A los efectos de que nuestra propuesta no se torne abstracta, deberá modificarse el artículo 1963 del Código Civil, el que deberá expresar: “El mandato se acaba...inc. 3° Por incapacidad sobreviviente del mandante o mandatario. Este inciso no será de aplicación cuando se haya otorgado alguna directiva de autoprotección”.

“La humanidad necesita urgentemente de una nueva sabiduría que le proporcione el conocimiento de cómo usar el conocimiento para la supervivencia del hombre y la mejora de la calidad de vida”

.Van Rensselaer Potter.

1. Introducción.

El Siglo XX se caracterizó por sorprendernos en los avances científicos y en especial, para el tema que nos ocupa, la prolongación de la vida humana.

La vida es el derecho humano básico que se defendemos como pilar fundamental no sólo desde la mirada de la medicina, sino también desde el campo del derecho.

A veces la defensa de este valor absoluto que todos invocamos, significa, en la etapa de avance de la medicina, enfrentarnos con un verdadero encarnizamiento terapéutico; y desde el terreno del derecho, hasta donde podemos hacer uso de la autonomía de la voluntad, a efectos de tomar decisiones con respecto a nuestra futura salud y/o el manejo de nuestra persona o nuestros bienes.

Sin lugar a dudas, algo ha cambiado. Como ya expresara en otros trabajos sobre el tema¹, hay una realidad que ha superado nuestra capacidad de asombro, cual es la prolongación de la vida humana, la cual no siempre va acompañada de una buena calidad de vida ya sea física o psíquica.

Con el correr de los años, una persona puede llegar a estar incapacitada de hecho o tal vez enferma, de una enfermedad que podría llegar a impedirle poder administrar por sí misma su persona y/o sus bien-

¹ Mourelle de Tamborenea, Maria Cristina, LL-2004-F-1434.

es. La capacidad de las personas no se ve únicamente afectada por tener más años, aunque sí este sea un factor desencadenante para que debamos pensar en su protección.

Este aumento de la esperanza de vida y los avances de la ciencia médica en lo referente a la posibilidad de un diagnóstico precoz que –en algunos casos permite predecir la evolución de alguna enfermedad–, nos lleva a pensar que deberíamos tomar algún tipo de recaudo con respecto al futuro.

Otro elemento a tener en cuenta, es la transformación del modelo familiar. El entorno familiar a modificado su actitud con respecto al tratamiento de las personas mayores de edad. Frente a este cambio, surge un nuevo paradigma cual es la disminución de aquella función de apoyo que la familia tenía con respecto a sus integrantes mayores, es decir nos enfrentamos con un paulatino debilitamiento de la familia “...tradicionalmente, quien tomaba conciencia de la eventualidad de su propia incapacidad, confiaba en que su familia adoptaría las decisiones que mejor se adecuarían a los deseos que en salud había manifestado”.²

Pero, hasta dónde podemos extender esa “voluntad unilateral” de la cual nos hablaba Isidoro Goldenberg capaz de generar por sí obligaciones válidas y exigibles en cabeza de quien las emite, frente a aquellas situaciones donde la persona no está en condiciones de gobernarse a sí misma y menos aún cuidar su patrimonio.

Nos encontramos en el umbral de una revolución biológica. Se está en condiciones de transformar la vida humana, dando lugar a una nueva gestión del cuerpo, o sea tenemos que enfrentar nuevas formas de nacer, procrear o morir. El dilema que nos ocupa es, si una persona adulta, libre, consciente, y en su sano juicio, tiene el derecho a rechazar o suspender el tratamiento de una enfermedad a sabiendas de que ello la conduciría a la muerte; dilema que divide a los profesionales de la salud y del derecho, debido al avance de nuevos desarrollos en materia tecnológica y científica que, en la mayoría de los casos, nos obligan a replantear nuestra escala de valores.³

Nuestra propuesta ha de permitir que, una persona mayor de edad pueda prever su eventual incapacidad y designar su propio curador a quien además pueda impartirle directivas atinentes al gobierno de su persona y/o administración y disposición de todo o parte de sus bienes.

2. Fundamentos éticos: La Bioética.

La palabra bioética es un enlace de la lengua griega de los términos *bios* y *ethiké*; *bios*, significa vida humana y *ethiké* igual ética, significando literalmente “ética de la vida y vida de la ética”.

Como disciplina de estudio tiene una corta historia, ya que se sus comienzos datan de la década del setenta, del siglo pasado. Nace en los países del Norte y desde sus comienzos apuntó al estudio de los problemas y dilemas generados en la relación médico paciente, en la respuesta ética frente a los adelantos que se observaban en el campo de la biología y en particular en el de las ciencias médicas –transplantes de órganos, nueva genética, fecundación médica asistida, nuevos enfoques ante la muerte y los cuidados intensivos, comités de ética hospitalaria, etc-⁴

La bioética como disciplina, se ocupa del estudio de las decisiones y comportamientos humanos realizados en el campo de la atención de la salud y de la biotecnología, ya que dichas conductas son examinadas a la luz de los principios y valores morales. Constituye un campo interdisciplinario que involucra a profesionales y legos, “una especie de encrucijada donde confluyen los intereses de los nuevos descubrimientos científicos y las repercusiones de las investigaciones biotecnológicas en la vida humana y en la sociedad”.⁵

² Taiana de Brandi, Nelly y Llorens, Luis, “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, Ed. Astrea, Bs. As., 1996, pág. 3.

³ Mourelle de Tamborenea, Maria Cristina, en comentario a fallo LLBA-2005-1086.

⁴ Bergel, Salvador, “Bioética y Derechos Humanos”, Rev. jurídica de Bs.As., Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2006.

⁵ Cohen Agrest, Diana, “Pensar la ciencia II”, N° 122, Revista de la Biblioteca del Congreso de la Nación, pág. 79.

2.1. Los principios bioéticos.

a) Principio de beneficencia: Se trata de hacer el bien, en contraposición a hacer el mal (principio de maleficencia).

b) Principio de autonomía: También llamado de autodeterminación, es el que proclama el respeto por la persona, e implica un derecho de no interferencia y un deber de coartar acciones autónomas.⁶

c) Principio de justicia: Corresponde al actuar de la justicia en materia de atención de la salud y en particular en las intervenciones biomédicas.

2.2. Las Reglas bioéticas.

- **La confidencialidad:** Es la comunicación hecha bajo acuerdo expreso o tácito de no divulgarlo. La relación contractual y la confianza, son la base de este secreto profesional.

- **Deber de veracidad:** Consiste en decir la verdad, no mentir. Decir la verdad “sólo constituye problema cuando es negativa: incurabilidad, sufrimiento progresivo, muerte. Por ejemplo, el médico debe estar preparado para decirlo y como decirlo”.

- **El Consentimiento informado:** Es un principio inequívoco de la Bioética. Los componentes del consentimiento informado son: 1. competencia; 2. comprensión; 3. exposición; 4. voluntariedad; y 5. consentimiento.

Lo primero que tenemos que advertir es, si el destinatario de la información es un sujeto competente, categoría mucho más amplia que la capacidad de hecho decepcionada por el sistema rígido de nuestro derecho positivo, y nos lleva a considerar otro tipo de cuestiones, como es si la persona puede entender acabadamente aquello que se le dice, y cuáles son los alcances de dicha comprensión. Por lo expuesto, tenemos que tener en cuenta que el consentimiento informado no debe estar ligado al concepto de incapacidad o capacidad de hecho, sino al discernimiento, motivo por el cual se impone distinguir la capacidad para celebrar el contrato médico en sí –para lo cual rigen las normas de la capacidad- y el derecho personalísimo del sujeto a disponer del propio cuerpo.⁷

2.3. Derechos personalísimos: La Autonomía de la voluntad.

El surgimiento de las Constituciones del siglo XIX, bajo la división de los poderes del Estado, la persona está protegida en el nuevo régimen teniendo en cuenta su libertad ideológica y personal.⁸

Los derechos personalísimos, son derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona, y que por ser inherentes, extramatrimoniales y necesarios no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical.⁹

El acto personalísimo por su índole y naturaleza está íntimamente ligado a la persona, al ser de cada uno, actos que sólo pueden ser ejercidos por ella misma en forma directa.

Estos actos no son objeto de mandato, ni de representación, legal o convencional; pero, como bien señala Gowland, morir o no mantenerse con vida, podría ser teóricamente delegado.¹⁰

⁶ Blanco, Luis Guillermo, “Bioética, proyecciones y aplicaciones jurídicas”, ED-158-943.

⁷ Mourelle de Tamborenea, Maria Cristina; Rapa, Marcela; Tamborenea, Juan Miguel; Mauriño, Alejandra; Padula, Marcelo y Carabelli, “La autocuratela”, Revista Notarial N° 957, pág.623 y sgtes.

⁸ Esñpín Canovas, Diego, “Los derechos de la personalidad y su entorno familiar”, en “El derecho de la familia y los nuevos paradigmas”, coordinado por Kemmelmajer de Carlucci, Aída, T° 1, Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fé, 1999, pág. 147.

⁹ Cifuentes, Santos, “Elementos de Derecho Civil”, Ed. Lerner, Bs. As., 1988 y en Revista del Notariado 731, pág. 1973.

¹⁰ Gowland, Alberto J., “Eutanasia una decisión personalísima”, ED-212-590.

2.4. La autonomía de la voluntad y el consentimiento informado.

Autonomía, significa –*nomoi*-, darse leyes, –*autos*-, así mismo. Esta declaración de voluntad efectuada por una persona, luego de haber recibido suficiente información. Este consentimiento resulta exigible con anterioridad a la aplicación de cualquier terapia y comprende dos exigencias básicas: información y libre adhesión.¹¹

El principio de autonomía es el que nos permite decidir que un adulto es capaz de dirigir su propia vida, y del cual se desprende la regla bioética que en muchos países es una fórmula legal.¹²

2.5. Diversas formas de manifestar la voluntad.

Frente al dilema del fin de la vida se han planteado diversas soluciones a través de instituciones o de otras medidas muy diferentes entre sí, a saber:

Las voluntades o directivas anticipadas: Esta figura jurídica “retira la ilimitada confianza humana en el progreso” y debe ser considerada como una reacción contra la posibilidad de llevar cada vez más lejos los confines entre la vida y la muerte.¹³

Gracias a los avances logrados por la medicina, hoy en día están disponibles numerosos medios para prolongar la vida de personas gravemente enfermas. Pero, a veces se dilatan agonías que no hacen sino aumentar el sufrimiento del enfermo Terminal.

Se puede prolongar la vida inadecuadamente o darla por perdida demasiado rápido y muchas veces se convertirá en necesario tomar una decisión, ya sea por parte del propio paciente, ya sea por quien actúe en el interés de éste.¹⁴

El testamento vital: Es el documento o declaración escrita que cualquier

Adulto capaz puede hacer en cualquier momento, disponiendo la provisión, retiro o rechazo de prolongación de la vida en caso de padecer una condición Terminal.¹⁵

La implementación de esos documentos resultarían de suma utilidad para mejorar la comunicación entre el equipo médico y el usuario de la sanidad, ya que posibilitaría una mayor injerencia del paciente en las decisiones y tratamientos que se le aplicarían a su cuerpo; y por otro lado, le proporcionarían al médico una legítima protección jurídica cuando se producen situaciones conflictivas en torno a decisiones vida-muerte en las que la voluntad del paciente ha quedado libre y documentada.¹⁶

El mandato o derecho de autoprotección: Esta denominación fue tomada en las “VIII Jornadas Iberoamericanas Notariales”, convocadas en México en 1998. Es el reconocimiento que debe imperar por parte del derecho para que una persona capaz pueda disponer a través de un mandato y con respecto a cuestiones referentes a su salud, a su persona y/o al manejo total o parcial de su patrimonio.-

La autotutela: Este instituto fue tomado fundamentalmente del derecho Español, el que autoriza a que cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá a través de un documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

¹¹ Mourelle de Tamborenea, y otros, Revista Notarial N° 957, pág.623 y sgtes.

¹² Mainetti, José, “Bioética sistémica”, La Plata, Ed. Quirón, 1991, pág. 53.

¹³ Caló, Emanuele, “Bioética. Nuevos derechos y autonomía de la voluntad”, La Rocca, Bs. As., 2000, pág. 225.

¹⁴ Highton, Elena, “El límite entre el daño y el beneficio a la persona”, Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa. Fe, 1994, pág. 175.

¹⁵ Rabinovich-Bekerman, “Responsabilidad del médico”, pag. 90.

¹⁶ Hiruela, Omar F. y otro, “El testamento vital y el derecho a morir dignamente”, JA-2004-IV-1111.

3. Fundamentos legales.

3.1. Normas Constitucionales:

La base constitucional la encontramos en el art. 19, el cual recepta el principio de autonomía al hacer mención a "...las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

3.2. El Código Civil Argentino:

En nuestro país existen dos institutos de protección dirigidos a los menores incapaces, ellos son:

La tutela art. 377: "...es el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y los bienes del menor de edad que no esté sujeto a patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil".

La curatela art. 468: "Se da curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes.

La curatela a los inhabilitados del 152 bis del C.C.: Embriaguez, estupefacientes, a los disminuidos en sus facultades sin llegar a ser dementes, a los prodigos.

3.3. Legislación referente:

- Ley 17.132: Ejercicio de la Medicina:

Art. 19 "Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, -salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativa de suicidio o delitos-.

En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo - salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones - En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz".

Código de Ética de la Confederación Médica:

Art. 9: "...si la enfermedad es grave y se teme un desenlace fatal, o se esperan complicaciones capaces de ocasionarlo, la notificación oportuna es de regla y el médico lo hará a quien a su juicio corresponda".

Art. 11: "La cronicidad o incurabilidad no constituyen un motivo para que el médico prive de asistencia al enfermo. En los casos difíciles o prolongados, es conveniente y aún necesario, provocar consultas o juntas con otros colegas, en beneficio de la salud y de la moral del enfermo".

Art. 12: "El profesional debe respetar las creencias religiosas de sus clientes y no oponerse al cumplimiento de sus preceptos religiosos, siempre que esto no redunde en perjuicio de su estado". ED-134-297. Bahamondez.

- La ley 24.742:

Esta ley impone la obligatoriedad de crear Comités Hospitalarios de Ética en todo hospital del sistema público de salud y seguridad social. Fue publicado en el Boletín Oficial el 23 de diciembre de 1993.

4. Nuestra propuesta:

¿Puede una persona durante su capacidad, y en el ejercicio de su libertad, disponer acerca de su persona y de sus bienes ante el supuesto de que una enfermedad, un accidente o la simple vejez le impidan ejercer normalmente sus derechos?

Frente a una futura reforma, arbitrar los medios necesarios para que:

Cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, y en previsión de su posible futura incapa-

cidad, pueda a través de una escritura pública, adoptar cualquier disposición relativa a su persona y/o a sus bienes, nombrando su propio curador, el cual ha de recaer en la persona de su confianza y afectos.

“Las personas mayores de edad, en previsión de su eventual incapacidad, podrán designar por escritura pública un o más representantes, y/o sustitutos para el supuesto de que e o los mandatarios no quieran o no puedan aceptar la manda. Así mismo, podrán dejar instrucciones con respecto a su persona y a sus bienes. Promovida la demanda de insania o inhabilitación, el juez debe tener en cuenta esta manifestación de voluntad a los fines de la designación de curador”.

A los efectos de que nuestra propuesta no se torne abstracta, deberá modificarse el artículo 1963 del Código Civil, el que deberá expresar: “El mandato se acaba...inc. 3° Por incapacidad sobreviviente del mandante o mandatario. Este inciso no será de aplicación cuando se haya otorgado alguna directiva de autoprotección”.

5. Conclusión:

La Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, en su declaración sobre eutanasia y el uso proporcionado de los medios terapéuticos, emitió un documento que luego fue aprobado por Juan Pablo II, donde sostiene:

“Es muy importante hoy día proteger, en el momento de la muerte la dignidad de la persona humana y la concepción cristiana de la vida contra un tecnicismo que corre el riesgo de hacerse abusivo...el uso de los medios terapéuticos puede plantear a veces algunos problemas. Tomar decisiones corresponderá en último análisis a la conciencia del enfermo o de las personas cualificadas para hablar en su nombre, o incluso de los médicos a la luz de las obligaciones morales y de los distintos aspectos del caso...¿Pero, se deberá recurrir, en todas las circunstancias a toda clase de remedios posibles?...Ante la inminencia de una muerte inevitable, a pesar de los medios empleados, es lícito en conciencia tomar la decisión de renunciar a tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir sin embargo las curas normales debidas al enfermo en casos similares”.¹⁷ Cuando la voluntad se exterioriza, es relevante el derecho; cuando se manifiesta como en este caso, es para buscar determinados fines que deben estar amparados por el ordenamiento jurídico cuya tutela corresponde al estado.

¹⁷ L'Osservatore Romano, Año 1980, pág. 401.

UNA VISIÓN DE LA LEY DE CONCURSOS IDEAL

Dr. ADOLFO ROCHA CAMPOS

PODER JUDICIAL DE AZUL. (BS.AS.)

I) INTRODUCCIÓN

Estas reflexiones son el resultado de varios acontecimientos:

1) Uno de ellos, mi próxima jubilación del Poder Judicial y mi muy improbable reanudación de mi vida jurídica, a menos que la exigüidad de mis ingresos me obligue a desenfundar el diploma nuevamente.

2) Otra, es la posibilidad de transmitir ciertas vivencias que todo abogado o juez ha acumulado a lo largo de una actividad profesional prolongada y que al aproximarse al fin de la misma, tiene la necesidad de compartir, ser útil, ayudar, dejar algo detrás de sí.

3) Esta es una especie de despedida con consejos, como en el Martín Fierro.

Querría separar ciertas vivencias.- Como abogado he tramitado concursos pero hay un momento en que el concurso termina.- Ya sea porque realmente terminó jurídicamente, porque renunciamos al mandato o nos revocaron el mandato.

También trabajé como abogado de síndicos.- En algún momento, el trabajo profesional cesaba por distintos motivos.

Para el Juez no. Los expedientes de concursos siguen estando en mesa de entradas, en los pasillos, en los archivos del juzgado.- Están allí desde hace luengos años (como en el Quijote) , estuvieron mientras fui juez y seguirán estando por los siglos de los siglos. Las quiebras no terminan nunca, siempre están, como Walt Disney, a la espera de la resurrección.

O sea de algún desubicado que intente moverlas.

Cada vez que entro a mi Juzgado, las veo.-Me parece atravesar un cementerio lleno de tumbas. De tanto en tanto, un muerto se levanta, camina unos pasos y se vuelve a acostar en su sepultura.- Se trata del consabido escrito para que se intime al síndico a liquidar el patrimonio del fallido. Traslado. El síndico pide un oficio....El cementerio vence al tiempo.

4) En consecuencia, un poco como despedida, con algo de humor y algo de dolor he decidido hablarles acerca de cómo sería una ley de concursos ideal. Y esto sirve para acotar desde el vamos que se trata de una ley impracticable, porque para hacer una ley ideal es necesario derribar una maraña infernal de intereses creados, conceptos erróneos, haraganería intelectual, reverencia obsequiosa a falsos ídolos y una exasperante resistencia para que las cosas mejoren.

De este proceso es culpable el Poder Judicial y la Comunidad Jurídica. Pero también el Poder Legislativo cuyos integrantes solo trabajan para que sus integrantes sigan siendo integrantes del mismo.

(Es una vergüenza que las leyes más importantes del Derecho Comercial Argentino, la ley de concursos, la ley de sociedades, y seguros hayan sido sancionadas en épocas de Gobiernos de Facto)

Porque las leyes que las reformaron fueron eso. Reformas. Más o menos importantes, más o menos bien hechas.-. Pero reformas a la estructura integral que ya venía dada.

5) Esta ley que propongo no es una reforma. Nos hemos cansado de reformar la ley, que se parece ya a esos Ministerios de la Capital Federal, que por fuera adoptan la forma majestuosa de un palacio francés del siglo XIX y por dentro son un perfecto conventillo, una maraña laberíntica parcelada y dividida a fuerza de telgopor y aglomerado.- Así hemos respetado las formas externas de la sabia ley 19.551 pero a costa de tener artículos como el 43 o el 48 que por su dimensión transgreden todas las leyes de la didáctica legislativa y hubieran merecido capítulos separados o leyes anexas . ¡Ah sí, pero hemos respetado las formas ¡!! Por los artículos 30-40 andará la verificación, por los del 40 en adelante, el trámite del concurso preventivo.... y por el 80 la quiebra.- Formas, puras formas. Por eso el art. 43 es una novela y el art. 48 una novela más larga aún. Porque si los hacemos parcelados en artículos empujamos la quiebra hasta el art. 120. Y eso parece un agravio a la majestad de la ley 19.551. Formas, puras formas.

Así que esta ley empieza de cero. Se aprovecha lo útil y se desecha lo inútil. Sin contemplaciones. Con arbitrariedad. Disfrutando de la maravillosa omnipotencia del Creador que dice “haremos ésto o lo otro” sin darle cuenta nadie, (la ley es mía y hago con ella lo que quiero). Con pasión, con profundo desencanto- Con una levísima esperanza.

Quiero aclarar que he disfrutado intensamente en la preparación de esta ponencia. Con la misma emoción infantil que nos embargaba cuando decíamos...” que lindo si.”... y en esos puntos suspensivos se abría un mundo de maravillas Así que estas líneas no solo son hijas del desencanto. Son hijas del desencanto en unión sexual con la sonrisa de la ilusión.

7) ESTA LEY SE SUSTENTA EN VARIOS PRINCIPIOS

1) En algún momento, los procesos concursales tienen que terminarse y archivarse.

2) Hemos de moralizar el procedimiento. Del juez director del proceso y controlador del orden y la moral pública, pasamos al juez cuenta- porotos de Maffia y después al juez preservativo.- Se lo coloca el concursado, obtiene el orgasmo - jurídico correspondiente y después se lo tira.

3) Hemos de restaurar a los jueces a su auténtico lugar de distribuidores de la justicia y no meros espectadores de la fuerza bruta de los números y la habilidad procedimental.

4) Restauraremos la dignidad de cada acreedor para que no tenga que someterse a la tiranía de mayorías prefabricadas.

5) Así como los protegeremos, los obligaremos a ser celosos custodios de sus intereses.

6) La “Pars conditio creditorum” deberá ser algo mas que un pomposo latinazgo.

7) Quien ponga en marcha el complejo mecanismo de un concurso, se deberá hacer responsable de las consecuencias.

8) En nuestra ley, cuando se liquida un patrimonio “todos pierden algo y todos cobran algo”.

9) Como la ley de concursos es una especie de estado de sitio comercial, en nuestra ley de concursos prevé que en la quiebra todos los acreedores son iguales ante la ley y desaparecen los privilegios y los títulos de nobleza.

10) Nuestra ley prevé un fortalecimiento de los poderes del Juez y del Síndico. Pero también un restablecimiento del poder de cada acreedor sobre sus propios intereses.

II-) BASES:

1) Para ser consecuentes con posiciones anteriormente sustentadas, la existencia de patrimonio es una requisito implícito del concurso. Por lo tanto no se abrirán concursos de ninguna especie (Ni concurso preventivo ni quiebra pedida por deudor o por acreedor) sin indicarse los bienes sobre los cuales se efectivizarán la actuaciones judiciales.

2) El síndico deberá tener estudio contable en el Dpto Judicial donde presta servicios.- Se acabaron los síndicos a larga distancia.

3) La verificación de crédito podrá seguir como hasta el momento- Con salvedades importantes:

a) La constitución de domicilio será requisito “sine qua non” para la verificación. El síndico deberá rechazar “in limine verificación” todo intento que no tenga expresa y claramente denunciado un domicilio procesal en el cual serán válidas todas las notificaciones que se realicen.

b) Todo acreedor, al intentar la verificación de su crédito deberá, no solo acreditar monto, causa y privilegio sino también acreditar el porcentaje de perjuicio que la falta de cumplimiento del deudor ha causado en su patrimonio.- Este es un hecho de la realidad que no puede omitirse al momento de declarar la igualdad de los acreedores. El concurso incide en forma disímil en un obrero, un comerciante, un financista y el Fisco. Por lo tanto, el acreedor deberá informarlo y probarlo de la mejor forma a su alcance.

Por ejemplo, relacionar el monto del crédito impago con el monto de su giro comercial.

Que será 100% en el caso del asalariado, ya que peligra su ingreso y 0,0% en el caso del Fisco ya que la existencia del Fisco no peligra por concurso alguno. Entre estos dos extremos se ubican los acreedores financieros, cuyo perjuicio, en general es leve y si es grave, es su responsabilidad; y los comerciales cuyo perjuicio puede oscilar también con alguna cuota de responsabilidad si se trata de único cliente o proveedor.

d) El porcentaje de responsabilidad del acreedor en la situación de no pago de su crédito también será motivo de análisis por la sindicatura.

e) Cada acreedor deberá solicitar ser incluido en una de estas cuatro categoría .laborales- comerciales- financieros y fiscales.

4) · El informe individual de la sindicatura deberá hacer un detallado estudio de:

a) La verosimilitud del crédito y del monto que se aconseja o no verificar.

b) Un informe, lo mas detallado posible sobre el porcentaje de perjuicio que la falta de cumplimiento del crédito por parte del concursado hubiera causado en el patrimonio del deudor. Este informe se hará aun cuando se desaconseje la verificación del crédito Se trata de una análisis hipotético del perjuicio que se habría sufrido de ser auténtico el crédito reclamado.

c) Se deberá informar también el porcentaje de responsabilidad que puede la responsabilidad del acreedor por la situación de no pago de su crédito (Por ejemplo el acreedor financiero que otorga crédito al deudor mas allá de su capacidad de pago)

d) El síndico aconsejará sobre la ubicación del crédito en cada una de las categorías que han estado a disposición del acreedor-(laborales- comerciales- financieros – fiscales.)

e) La resolución judicial del actual art 36 deberá contemplar y resolver todos los puntos que se deben informar en la verificación del síndico.

5) Luego de la resolución del actual art 36 se realizará una nueva citación por edictos a todos los acreedores que no se hubieren presentado a la verificación ante el síndico para que comparezcan a deducir incidente de verificación tardía.-La no deducción del incidente en tiempo y forma, acarrea la caducidad del crédito.

Este sistema permite limpiar el patrimonio del concursado de acreedores remisos, especulativos, negligentes, y permite asimismo, terminar con el debate de cómo se cuenta el plazo del art 56 Lc y acortamos los plazos significativamente.

En sesenta días de la resolución del art 36 el concursado sabe cual es su pasivo perfectamente determinado.

6) El informe del síndico del art 39 (informe general) además de todo lo que se informa actualmen-

te (excepto inc. 3 – por las razones que se dan más adelante- e inc. 9- porque en mi ley desaparece la categorización) deberá dedicar un capítulo especial y muy detallado acerca de algo que es para nosotros fundamental. Determinar la capacidad de pago del concursado. Lo que antes en la ley 19551 se preveía en el art 40 inc. 9)

El informe general del síndico se presenta después que se termina de clarificar el pasivo del concursado mediante la segunda vuelta de edictos que se hace referencia en. 5-)

7) El concursado contará con un plazo razonable para llegar a un acuerdo con TODOS LOS ACREEDORES.

Este plazo para acordar comienza después que el Juez tiene en su poder los tres elementos fundamentales para pilotear el concurso.-Uno de ellos es la nómina de créditos verificados o en trámite de revisión o tardío.- El índice de perjuicio de cada uno de esos créditos. Y la capacidad de pago del concursado informada por el síndico en el Informe General. También podrá ser mensurada la responsabilidad del acreedor en la situación de no pago de su crédito.

Todos los acreedores incluye no solo los acreedores verificados sino aquellos que hayan deducido incidente de revisión o incidente de verificación tardío.- En estos dos últimos casos los acuerdos serán condicionales al resultado del incidente.

Los acuerdos a que arribe el concursado con sus acreedores PODRÁN SER RESERVADOS. El síndico debe ser informado de su contenido con el fin de que no se afecte la subsistencia de bienes imprescindibles para la empresa. Esta información es bajo secreto profesional.

8) En nuestra ley no existirán categorización ni mayorías de capital o de acreedores.

9) Mediante la necesidad de la unanimidad se evitan a) las mayorías fraudulentas) las categorizaciones arbitrarias.

10) Si hubieren acreedores remisos, escurridizos o irreductibles o bien la propuesta ofrecida al acreedor fuese considerada por éste como irrisoria, ambos (concurado y acreedor disconforme) pueden acudir al juez quien en incidente o bien en rápida audiencia resolverá sobre el particular teniendo en cuenta los dos elementos que ya obran en su poder.-La capacidad de pago del concursado y el índice de perjuicio sufrido por el acreedor.

11) El juez puede aprobar la propuesta e imponer el acuerdo al acreedor o bien conceder un nuevo plazo de negociación a las partes.

Esta resolución es inapelable.

12) Es necesario aclarar que esta intervención judicial a pedido de acreedor o deudor es voluntaria.- Si la pide el acreedor, obviamente se somete a la decisión judicial.- Si la pide el concursado, obviamente no hay sustento jurídico para obligar al acreedor a someterse a una decisión que no ha pedido y previo a todo trámite el acreedor debe dar su conformidad para que el Juez arbitre en el caso.-Pero si no la da y el trámite debe ser declarado en quiebra, se lo asimila a la categoría de acreedor peticionante de la quiebra con las cargas y responsabilidades que ello implica (ver punto- Reglas procesales l.b)

13) Si algún acreedor que ya hubiera dado su conformidad cree que las condiciones que se han hecho públicas en el incidente violan sus intereses (por haber sido perjudicado en la oferta aceptada) puede revocar su conformidad y solicitar la intervención judicial con el fin de lograr una solución equitativa de la misma forma que la ya expuesta en lo-12) .

14) Al acreedor al cual le fuera impuesta una solución judicial le queda la posibilidad de replantear el tema judicialmente pero:

1. Solo podrá hacerlo luego de que se cumpla su acuerdo preventivo homologado y terminado el concurso integralmente.

2. El máximo que podrá lograr será la mejor oferta que el concursado haya realizado a otros acreedores de su misma categoría.

15) Una vez agregadas todas las conformidades se homologan los acuerdos preventivos logrados.

16) No existe impugnación del acuerdo ni nulidad del acuerdo.

17) Cada acreedor es vigilante del cumplimiento del acuerdo logrado o judicialmente aprobado.

18) El síndico no controla acuerdo alguno sino que controla la actividad económica del concursado con el fin de vigilar maniobras que pueden acarrear la insolvencia del mismo. Mientras vigila, el concursado le debe pagar una retribución mensual.

19) Si luego de la aprobación del acuerdo el acreedor denuncia el incumplimiento y solicita la quiebra, se concede al concursado un plazo razonable para solucionar ese problema.

III-QUIEBRA

A la quiebra se llega a través de las alternativas que plantea el actual art....

1) En la quiebra se terminan los privilegios (con lo cual los acreedores privilegiados serán los principales interesados en que el concursado arribe a una solución feliz en el concurso preventivo)

2) Los bienes del concursado se venden y se distribuyen al 20% para cada una de estas categorías a) acreedores laborales b) acreedores comerciales c) acreedores financieros d) acreedores fiscales e) gastos y honorarios del concurso.

En la categoría acreedores financieros cuentan tanto el acreedor oficial (Bancos- Financieras como prestamistas particulares)

3) Este 20% se distribuyen en forma proporcional entre los acreedores de cada categoría y según su monto que ya vienen determinados por la resolución del art. 36 LC (actual) .

4) Si mediante este sistema de distribución existiera una manifiesta inequidad entre categorías ya sea por los montos o por la cantidad de acreedores, se podrán redistribuirse los fondos de uno a otro incidente de distribución hasta no exceder de un coeficiente de pérdida de?????

5) Si hubieren fondos acreditados y créditos firmes, se paga haciendo las reservas por los créditos que pudieren ser declarados admisibles a través de incidentes.

6) Los acreedores de cada categoría tiene facultad para hacer arreglos entre y con los acreedores condicionales para la distribución de los fondos. Se requiere unanimidad.

7) Si hubiere posibilidad global de remanente (no en cada incidente sino en todos) el concursado tiene voz y voto en este tipo de acuerdos.

8) Se termina obviamente, el informe de distribución del síndico. Cada incidente es autónomo en cuanto al manejo de fondos. Si hubiere saldo (luego del pago total de créditos- intereses) el remanente se distribuye en los demás incidentes (excepto el del síndico).

9) La caducidad del dividendo concursal es la misma que la caducidad de la instancia (90 días). Su castigo es que los fondos se destinan a los otros acreedores del mismo incidente. Y si se tratara del remanente del incidente global, se distribuye entre los otros tres incidentes.

10) Las acciones de recomposición patrimonial son afrontadas por el síndico con los fondos que le son asignados.- Si gana, se distribuye entre los cinco incidentes. Si pierde, es a su costa.- Ventajas: Se acabaron las aventuras procesales. No se necesita conformidad de los acreedores pues no estará afectada su cuota de distribución.

11) Se acabaron la continuidad de la empresa como también las cooperativas de trabajo las que solo serán admitidas una vez que el Estado deposite en el expediente el importe de la expropiación.

IV-REGLAS PROCESALES

1) Se restablece la caducidad de Instancia (90 días).

a) En el CP el castigo es la quiebra.

b) En la quiebra pedida por acreedor, este último se hace responsable de la impulsión del procedimiento junto con el síndico.- La idea es que quien pone en marcha un costoso y complicado mecanismo público, se haga responsable de sus acciones.- Resultado práctico; desalentamos el pedido de quiebra para lograr el cobro de su crédito.

c) En la quiebra pedida por acreedor, la caducidad de instancia arroja como resultado la restitución de los bienes al concursado en el estado que se encuentren pero tanto el síndico como el acreedor peticionante y negligente, deberán indemnizar los daños y perjuicios al concursado. Ante una situación en la cual el acreedor peticionante de la quiebra (o acreedor renuente según lo hemos expuesto en CP 12) carezca de respaldo patrimonial suficiente como para afrontar la carga de los eventuales daños y perjuicios, el Juzgado podrá exigir una fianza o caución real suficiente.

En el caso de quiebra pedida por deudor, la caducidad de instancia arroja como castigo que no puede volver a ser pedida la quiebra por el mismo deudor. Ni como quiebra ni como concurso preventivo.

3) El fallido queda rehabilitado al venderse el último bien del mismo.- Objeto. El concursado será el principal interesado en activar el procedimiento de venta.

5) Sobre la base de los dos principios principales que nos animan (la unanimidad en el concurso y el cese de los privilegios en la quiebra y la clasificación en acreedores de acuerdo a su causa y entidad del perjuicio sufrido) deben adaptarse una serie de instituciones actuales de la ley.

Tales el Cram Down- La extensión de la quiebra- La conclusión de la quiebra (arts) que puede permanecer y la conclusión del procedimiento (arts) que se elimina. Responsabilidad de terceros-

Ventajas y desventajas de la ley propuesta

1) La primera ventaja es que los acreedores podrán negociar cada uno su acuerdo y no estar sujetos a mayorías arbitrarias.

La personalización del acuerdo sujeto a la capacidad de pago del deudor y el perjuicio sufrido por el acreedor, permitirá resolver situaciones desiguales en forma desigual. Que es en realidad la auténtica igualdad de la frase latina.” “Pars conditio creditorum”.

2) La segunda es que se elimina de todos los concursos el fantasma del pasivo ficticio y complaciente.- Adviértase que mediante la unanimidad el problema de los plenarios “Translinea y Difry” desaparece de la escena y con él toda la literatura jurídica al respecto

3) En tercer término, en la medida que hay muchos acuerdos y no un acuerdo, el incumplimiento de uno de ellos en la etapa post- acuerdo es más fácil para el deudor de solucionarlo que presentar todas las conformidades.

4) En cuarto término, si bien es cierto que la negociación con todos puede ser fatigosa y mas complicada, no es mas complicada que la tarea de preparar el pasivo y calcular las mayorías de capitales y personas para preparar la categorización.

5) En quinto término, en la medida que los acreedores sujetos a revisión deberán asimismo firmar acuerdos condicionales, no habrán pasivos sorpresivos que distorsionen la marcha del concursado. Mucho mas, aun si partimos de un pasivo sólido y no susceptible de incremento con la segunda vuelta de edictos para deducir incidentes, que reemplaza al art 56 LC.

6) El síndico queda liberado de la tarea de vigilar el cumplimiento del acuerdo (ya que los comités de acreedores en general no funcionan) y lo asignamos a cumplir una vigilancia económica del concursado.

7) En nuestro sistema, en el concurso preventivo los créditos privilegiados no se extinguen. Simplemente queda suspendido el derecho “rei-persecutorio” exigiéndose la formalización de un acuerdo con el deudor. Para asegurar el cumplimiento del concursado con sus acreedores, no se pueden ejecutar ni hipotecas ni prendas ni ningún otro privilegio que signifique desposeer al concursado de bienes necesarios para su giro comercial.

Eventualmente el síndico podrá solicitar autorización al Juez para proponer a los acreedores alguna venta de un bien si se demuestra la ventaja de tal operación.

Las desventajas son para el concursado que tiene que pagar a a todos, o al menos hacer arreglos con todos y para el juez que seguramente tendrá mas trabajo en la etapa de se le presenten conflictos entre concursado y acreedor.

1) En la quiebra las eliminación de los privilegios evita que un acreedor se lleve todo y los demás sólo cumplan el papel de comparsas del espectáculo

Todos cobran algo y todos pierden algo

2) En la medida que damos autonomía a los acreedores para disponer de los fondos que le son asignados, eliminamos la farragosa y escolástica tarea del síndico en su informe de distribución.

Por otra parte eso agiliza los pagos y alentamos a los acreedores

3) Hacemos al síndico responsable de las acciones de recomposición patrimonial. Si juega bien gana él y todos los acreedores Si juega mal, pierde solo él.

4) La caducidad de la instancia funciona como una forma de activar el concurso y además como el castigo e incentivo para quien puso en marcha en complicado y costoso mecanismo de la quiebra.

En la actualidad cualquier acreedor solicita y obtiene la quiebra de su deudor y después se va a su casa. A veces ni verifica. Este nuevo sistema es un llamado a la seriedad y a la solidaridad social (y judicial) para que, quien pone en marcha un proceso complicado y costoso se haga responsable de lo que pone en movimiento. Por eso la caución que se exigiría a quien es acreedor remiso en aceptar la intervención judicial en el concurso preventivo

5) El síndico queda liberado de hacer el complicado informe de distribución con su complejo sistema de privilegios, que siempre es impugnado y hasta que no queda firme no se cobra.- En nuestro sistema, en cuanto hay plata se distribuye entre los cinco incidentes y allí si hay créditos firmes se cobra.

RESUMEN.

El acuerdo con todos los acreedores es deseable ¿Por qué no intentarlo?

Que cada acuerdo se adapte al acreedor es deseable ¿por qué no intentarlo?

Favorecer el acuerdo preventivo restringiendo las posibilidades de solicitar quiebras indirectas, es deseable ¿por qué no intentarlo?

La quiebra es un juicio costoso, complejo, que afecta a terceros inocentes y es perjudicial para la sociedad ¿por qué no desalentarlo?

En esa especie de estado de sitio comercial que es un concurso, ¿no es deseable que todos pierdan algo y todos cobren algo?

Jerarquizar al juez y dar poder a los acreedores ¿no es deseable?

Los privilegios son siempre producto de un acto de prepotencia jurídica sustentado en el mayor poder del acreedor sobre el deudor ¿No es deseable terminar con los mismos en ese estado de sitio de un concurso comercial?

LA ECONOMÍA Y EL DERECHO. INTERDEPENDENCIAS, SUPREMACÍAS Y CONSECUENCIAS.

Dra. **LILIANA BEATRIZ COSTANTE**
ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DE BUENOS AIRES

SÍNTESIS DE LA PONENCIA:

La problemática de los DDHH hoy no es su normatividad sino su aplicación, cuando la disyuntiva es “DDHH o mercado”. Abordar la relación Economía-Derecho, implica aclarar sobre qué tipo de economía y de qué derechos hablamos. Desde 1994, el sistema de DDHH incorporados a la CN -sintetizado por el art. 75, inc. 23 CN- atraviesa toda la institucionalidad. El Estado es responsable de esa concreción (más allá de la responsabilidad que, además y en lo particular, le cabe a las empresas del capital transnacionalizado en la afectación de los derechos individuales, grupales o colectivos de la población). Una política económica abocada a efectivizar el mandato constitucional implica la toma de decisiones políticas que –necesariamente- afectarán intereses económicos de grupos. Estos -ya sea históricamente consolidados o con pretensiones de serlo a futuro-, al sentir en riesgo el espacio de privilegios, se parapetan en forma hostil a los principios y normativas del *garantismo*, reconociendo cínicamente la titularidad de los derechos en cabeza de los desventajados, para luego justificar que no puedan ejercerla por desviación de partidas presupuestarias para el pago de rubros ajenos a la prioritaria deuda interna. El discurso economicista y “consecuencialista” está reñido con el sistema de derechos y garantías que hacen a los DDHH. El espacio de doctrina denominado “Análisis Económico del Derecho” (AED) pretende retroceder la historia a una etapa anterior a la de los principios constitutivos del constitucionalismo social al señalar, con lenguaje técnico acorde a su patristica neoliberal, que el Derecho (el de los más débiles) queda atado al yugo de la Economía (la de los más poderosos). La literalidad normativa de más alto rango confronta lo dicho al revertir el objeto analizado, planteándonos la necesidad de hacer un “Análisis Jurídico de la Economía”, donde poder proyectar cómo impacta o impactaría determinada decisión económica en la concreción de la igualdad real de oportunidades y trato. La literalidad se hace real con las decisiones políticas. De allí que resulta lamentable la creación por parte de la CSJN de una “Unidad de Análisis Económico” (UAE) -Acordada N° 36 del 09/09/09- en cuanto se puede entender de ella que tiene puntos de coincidencia con el AED, lo cual contradice la propia jurisprudencia del tribunal cimero que evidencia una resignificación de la *imparcialidad* como condición del sentenciante.

La concreción de los DDHH seguirá el derrotero de la capacidad de presión que tenga cada uno de los grupos involucrados, con la heterogeneidad de demandas que expresen y la desigualdad de herramientas que cuentan para lograrlo. El Derecho –el de los DDHH- muestra su supremacía sobre la Economía –liberal, neoliberal, posneoliberal- a través de las distintas modalidades con las que se expresan cada uno de los órganos con funciones de Poder. Es en la materialidad de lo decidido y ejecutado en donde se ve la verdadera relación entre el Derecho y la Economía, en donde se proyectan los avances y retrocesos de lógicas contrapuestas que pugnan por la supremacía en el impermanente espacio de poder.

I.- A PROPÓSITO DE LA ACORDADA 36 (CSJN, 09/09/09)

Con ella se creó la “Unidad de Análisis Económico” (UAE) -en la órbita de la Secretaría General de Administración de la CSJN-, cuya función es la realización –por parte de idóneos- de “(...), *los estudios de índole económica necesarios para atender los requerimientos en la materia y la evaluación de los*

efectos que podrían producirse en las variables económicas, como consecuencia de las decisiones que eventualmente pudieran adoptarse en expediente en trámite ante el tribunal...” (Punto 2.a de la Acordada). O sea, el estudio: “... de los efectos macroeconómicos, que derivarían de decisiones que eventualmente puedan adoptarse en expedientes en trámite ante el tribunal...” (Punto 4º de los considerados). Es notorio que las temáticas elegidas –según la letra de la Acordada- responden más claramente al ámbito de los DESC que a los DCP¹, lo que provoca por lo menos perplejidad a tenor de que –para la concreción de los primeros- son indispensables decisiones políticas (intervención del Estado) que prioricen tal concreción.² De allí que la creación de la UAE haya provocado por lo menos la preocupación sobre la amplitud y profundidad de esta decisión del tribunal cimero y su proyección a futuro, en el que se pondría en juego: a) el proyecto igualitario enunciado constitucionalmente³; b) la propia doctrina desplegada en pronunciamientos concordantes de la CSJN⁴, toda vez que se percibe una cercanía riesgosa con lo que se ha dado en llamar “el análisis económico del Derecho” (AED)⁵, cuyo enancamiento con una visión economicista⁶ “*transfiere primacía –acaso prepotente- a la economía, y le coloca en subordinación al derecho. De ser esto último, la supuesta interdisciplinarietà reñiría con la supremacía de la constitución como derecho con fuerza normativa, y poco o nada absorbería de la constitución económica.*”⁷

El hecho de que Juan Sola⁸ interprete la función de la UAE en términos del AED, y Duarte señale lo contrario, muestra el alto grado de labilidad –y por ende, de incerteza- que trae aparejada (en principio desde lo doctrinario) la creación de la referida unidad. Esta incerteza se irá transformando en certeza según la línea doctrinaria de quienes sean designados para la dirección e integración del órgano y los decisorios que surjan a partir de su actividad concreta, lo que merecerá el análisis ex –post facto. Vaya como regla que, poner al frente de la UAE a cualquiera de los representantes de la línea argumental del AED, sería una estocada al ethos garantista de la normativa constitucional vigente, atrasando el reloj de la historia a la lucha anterior a la conformación del constitucionalismo social. Desde el óptica de DDHH se puede revertir el objeto analizado, a partir de la necesidad del “Análisis Jurídico de la Economía”, donde poder proyectar cómo impacta o impactaría determinada decisión económica en la concreción de la igualdad real de oportunidades y trato. La literalidad se hace real con las decisiones políticas.

La Constitución (hoy bloque federal de constitucionalidad) –como todo el sistema jurídico- tiene relación con el sistema económico. No señala un determinado plan. Lo que hizo el constituyente fue explicitar el objetivo (una determinada forma de convivencia social) para cuya concreción es indispensable una determinada política económica (redistribución solidaria, justa, equitativa). Resulta obvio que tales decisiones impacten en intereses históricamente creados y sostenidos favorables a grupos nacionales o transnacionales del capital concentrado, que se parapetarán contra ellas usando los mecanismos a su alcance según el poder adquirido. Esto no es más que la reacción por temor a la pérdida de privilegios en uso o de la chance para obtenerlos, en la pretensión de que la ineludible lucha de años en DDHH sea

¹ Cfr. Duarte, David. “Los derechos sociales y el análisis económico del derecho” Revista LA LEY, Buenos Aires, 17/02/2010.

² Cfr. Bidart Campos, Germán. “El derecho de la constitución y su fuerza normativa”, EDIAR, Buenos Aires, 1995. “Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino, T I-B, Ediar, Buenos Aires, 2001.

³ Cfr. Dr. Luis Rene Herrero (Sala II Cámara Federal de la Seguridad Social), cit. por Duarte, David Ob.cit.

⁴ Se tratará con mayor detenimiento en el punto “Justicia”.

⁵ Ver la obra colectiva de Martin Krause “Análisis Económico del derecho. Aplicación a Fallos Judiciales”, AAVV, LA LEY, 2006.

⁶ Una definición de “economicismo” es dado por Mario Bunge cuando dice que “el economicismo es la tesis de que el único móvil de las acciones humanas es la maximización de las utilidades”. Y comenta en seguida que esta tesis implica que la economía es el único actor de la historia (“El extremismo economicista”, La Nación, 13/VI/98, pág.19).

⁷ Bidart Campos, G. “El orden socioeconómico en la Constitución”, EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1999, pág. 43.

⁸ Sola, Juan Vicente, “La Corte Suprema y el análisis económico del derecho”, Revista LA LEY, del 25/09/2009.

resuelta sólo y nada más que por su juridización. El poder económico (personas físicas o en colectivo como personas jurídicas) ha dado batalla antes y después de la institucionalización referida. Hoy la normativa está escrita (arts. 14 bis; 31; 33; 36; 38; 42; 43; 75 inc. 8 -con remisión al 2-; 17; 18; 19; 22; 23; 24 CN como ejemplos) y su fuerza, esa “fuerza normativa de la constitución”, se devela en las manifestaciones o producto de cada uno de los órganos que tiene funciones de poder: el Legislativo, el Ejecutivo, el Judicial y el Ministerio Público, y en la capacidad de presión que tengan los sectores sociales involucrados para hacer efectivos tales derechos.

II. RELACIÓN POLÍTICA-ECONOMÍA/ DERECHO-ECONOMÍA.

La relación política-economía ha venido siendo objeto de doctrinas antitéticas particularmente desde los escritos de Marx y Engels al respecto. El estudio de las condiciones materiales de vida producto del sistema socio-económico⁹ a ese momento les permitió colegir las premisas sobre las que señalaron que “el hecho económico” resultaba determinante de todo el resto de variables –entre ellas, la política-. Las resistencias que provocara la tesis marxista, llevaron a Engels a explicar que: “*Según la concepción materialista de la historia, el elemento determinante de la historia es, en última instancia, la producción y la reproducción en la vida real. Ni Marx ni yo hemos afirmado nunca más nada que esto; por consiguiente, si alguien lo tergiversa transformándolo en la afirmación de que el elemento económico es el único determinante, lo transforma en una frase sin sentido, abstracta y absurda.*”¹⁰

La actualidad muestra que el capital globalizado penetró las estructuras políticas y económicas de los Estados. “(...) se trata de un imperialismo de lo económico bajo el cual las empresas exigen las condiciones básicas con las que poder optimizar sus objetivos.”¹¹ Y la agencia llamada “estado” se lo concede abandonando los espacios que otrora rellenaban categorías como “soberanía”, la que se diluye en el marco de políticas claudicantes y dependientes¹², a partir de decisiones políticas justificadas en el hecho de la “pertenencia al primer mundo” o el temor a “quedar aislados” (bajo la extorsión del “exit” de inversiones). Del modelo neoliberal mundializado, el Premio Nobel de Economía 2001 reseñaba: “*La creciente división entre los poseedores y los desposeídos ha dejado a una masa creciente en el Tercer Mundo sumida en la más abyecta pobreza y viviendo con menos de un dólar por día. A pesar de los repetidos compromisos sobre la mitigación de la pobreza en la última década del siglo XX, el número de pobres ha aumentado en casi cien millones (con nota al pie sobre datos 1990/2000 del Bco. Mundial). Esto sucedió al mismo tiempo que la renta mundial total aumentaba en promedio un 2,5% anual.*”¹³ Para colegir: “*Si los beneficios de la globalización han resultado en demasiadas ocasiones inferiores a lo que sus defensores reivindican, el precio pagado ha sido superior, porque el medio ambiente fue destruido, los procesos políticos corrompidos y el veloz ritmo de los cambios no dejó a los países un tiempo suficiente para la adaptación cultural. (...) Quienes valoraban los procesos democráticos comprobaron que la ‘condicionalidad’ –los requisitos que los prestamistas internacionales imponían a cambio de su coope-*

⁹ “(...) en Gran Bretaña, hacia 1800, las desigualdades sociales eran inmensas: el 20% de la población vivía con un nivel de nutrición tan bajo que sólo podían caminar una o dos horas por día. No eran físicamente capaces de trabajar y una gran parte de la fuerza de trabajo, que sí estaba trabajando en las famosas fábricas de la Revolución Industrial, no podían hacerlo a un ritmo que aceptamos hoy en día como natural.” – de la entrevista a John Coatsworth, historiador, en Diario “Clarín” –Opinión-, 13/10/96, Pág. 20/21. Resulta lamentable la frase “el ritmo (de trabajo) que aceptamos hoy en día como natural” ya que no hay nada “natural” en el ritmo de trabajo que es aceptado en uno u otro momento de la historia. Es a través de la manipulación que se naturaliza lo que tiene su causa en otro orden.

¹⁰ Carta de Engels a su amigo Bloch fechada en Londres el 21 de septiembre de 1890, cit. por Rajland-Campione “Estado, Poder e Ideología”, Edic. Letrabuena, Buenos Aires, 1992.

¹¹ Beck, Ulrich, ¿“Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización”, Ediciones Paidós, 1era edición, Buenos Aires, 1998, p. 27.

¹² Dos Santos, Teotonio “La crisis de la teoría del desarrollo y el problema de la dependencia en América Latina”, en H. Bernstein, ed. ‘Underdevelopment and development’, Harmondsworth, Penguin, 1973, pág.76.

¹³ Cfr. Stiglitz, Joseph. “El malestar en la globalización”, Taurus, Buenos Aires, 2002, pág. 32.

ración- minaba la soberanía nacional.”¹⁴ En ese orden de ideas, las “*democracias de mercado*”¹⁵. En ellas, el mercado dicta la orden y las instituciones políticas les dan la forma legal para que se cumplan. La explicitación antedicha lejos de ser un “*corrimiento del velo*”, responde a una enunciación ordenadora en términos de la desigualdad real entre los estados. Cabe entonces no sólo apuntar a la pretensión totalitaria del imperio sino a la genuflexión de los gobiernos elegidos por el pueblo que lo propician, promueven, aceptan o claudican frente a aquél –situación denunciada incluso en el texto anteriormente transcrito de quien, además de Premio Nobel de Economía 2001, era ex economista jefe y vicepresidente del BM.

Paradójicamente (o necesariamente, según otra visión) al auge privatizador, se sanciona la última reforma de la Constitución nacional integrada por normativas que muestran un diseño de reordenamiento político hacia la construcción de una democracia inclusiva. Su límite de ejecutividad seguirá siendo la protección del orden capitalista. Este es el nudo del tema en cuestión. La enunciación normativa es un logro que no podemos descartar ni despreciar en la relatividad de su valor. Esto así porque la disyuntiva real, dejó de ser *Estado o mercado* para ser *derechos humanos o mercado*. Esta contienda no la decide el azar.

La tesis de la generación de los derechos responde a un prejuicio ideológico frente a los mismos que parte de un juicio economicista. No está de más recordar que se habla de los derechos civiles y políticos como derechos de abstención (o negativos) por parte del poder público mientras que los sociales, económicos y culturales son de intervención (positivos) o acción. Aún más, como derechos baratos (los civiles y políticos que aluden a la libertad) y caros (los económicos, sociales y culturales, que aluden a la igualdad). Seguir debatiendo si los derechos son de primera, segunda o tercera generación o si unos son operativos y otros programáticos retuerce al Derecho en función de lo Económico subyacente. ¿Quién puede decir que el derecho a la vida, a la libertad y a la igualdad no tiene relación directa con las condiciones sanitarias de la vivienda, el trabajo y la asistencia médica de la persona por nacer y sus progenitores? La concreción de la normativa que hace a la integralidad de los DDHH tiene su límite en “*el secular temor reverencial que es capaz de provocar un derecho mistificador y fetichista, que siempre se puso de parte de la inercia y del inmovilismo y que se apresura a descalificar como ilegítimo o antijurídico a cualquier propósito de renovación de las estructuras sociales*”¹⁶.

Se ha dicho que “*sistemas jurídicos como el argentino han ganado legitimidad a partir de una promesa de tratar a todos como iguales (...)*”.¹⁷ Cuando la lucha social y política se consolida en el plano de las ideas y de los hechos –inclusive cuando las elites aceptan bajar un poco su tasa de ganancia para evitar un perjuicio mayor a sus intereses- esa conquista se plasma en normas. Lo escrito imprime una mayor seguridad en el imaginario colectivo. Este es el origen del constitucionalismo. Así, en este siglo XXI al que se ha llamado como “*de la revolución inconclusa de los DDHH*”¹⁸, la normativa que los promueve y garantiza pone al Estado como demandado por una obligación de resultado bajo los principios y normativas que rigen la materia. Asimismo, la responsabilidad de las empresas transnacionales en la conculcación de derechos bajo el amparo de legislaciones que las habilitan por acción u omisión. Nada mejor que el caso CIADI para ver in situ la relación Derecho-Economía¹⁹ o los contratos entre matrices

¹⁴ Ibidem, pp. 35/36.

¹⁵ En Vilas, Carlos “*Globalización o Imperialismo*”, en Revista “Realidad Económica” Nro. 174, 2000.

¹⁶ Novoa Monreal, Eduardo: “*Instrumentos jurídicos para una política económica avanzada. ¿El derecho como factor de cambio social?*”, Editorial Depalma, 1987, pág. 3// Sobre estabilidad del derecho, Petracchi, Enrique: “*Acceso a la Justicia*”, LL Actualidad, 27/05/04.

¹⁷ Gargarella, Roberto. “*El derecho a la protesta. El primer derecho*”, AD-Hoc, Buenos Aires, 2005, p.19.

¹⁸ “*Los Derechos Humanos del siglo XXI. La revolución inconclusa*”, obra colectiva coordinada por Germán Bidart Campos y Guido I. Risso, Ediar, Buenos Aires, 2005.

¹⁹ Para una reseña del tema, cfr. (de la autora) “*Extranjerización de funciones públicas indelegables*” –con el Dr. Aristides Corti- en LL Actualidad, 16/03/04 (año LXVIII nro.53); “*Notas sobre prórroga de jurisdicción*”, en LL, 30/09/04 (año LXVIII nro.189) en tomo 2004-F:1138; “*La nueva Corte impone la ley por encima de los arbitrajes*” -Con el Dr. Aristides Corti. En el diario “Ámbito financiero”, 18/06/04. Un tercio

y filiales, o los dividendos y el resultado de la venta de acciones que no están gravados.

Se ha pretendido, con éxito, usar el concepto “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio” como excusa para evadir la efectivización de algunos derechos en pos de la de otros (o de los derechos de algunos en pos de los derechos de otros). No es el derecho el que debe estar condicionado por la ley sino ésta la que está condicionada por aquél.

El impacto de la privatización de lo público que venía del decenio anterior -en el orden de los proyectos personales y grupales de las capas de menos recursos²⁰- incluyó la aparición de trastornos en el orden de lo psicosexual, en los procesos del pensar y de la creatividad y la potenciación de patologías latentes por disminución de las defensas inmunológicas, lo que agigantó la desigualdad real en el carácter de las “soluciones” que los grupos en tales condiciones abordan -que son las que les resultan primariamente asequibles y rentables (o sustentables) a corto, mediano o largo plazo: delincuencia. Todo esto, percibido como de mayor impacto social que la de los grupos privilegiados y, por ende, funcional al sistema represivo a las capas subalternas. Consumo de drogas²¹, alcoholismo, juego compulsivo, prostitución en cualquiera de sus modalidades-. Todo ello en forma individual, grupal o en articulación con mafias o en connivencia con funcionarios públicos que las promueven o las avalan sacando beneficio de las mismas. El uso de aquella población “cautiva” que viene mayoritariamente de capas sociales desprotegidas funcionalmente, se proyecta en “trabajos” de tipo político (apoyos y “aprietes”) que han sido naturalizados en desmedro de la construcción de una conciencia crítica y de la proclamada participación ciudadana que tenderá a ser desoída, cooptada, manipulada o reprimida si no responde a las expectativas hegemónicas. El gran relato de la lucha en pos de un cambio estructural perdió mayoritariamente credibilidad por la fuerza de convicción de un discurso que señala la necesidad tanto de no provocar la iracundia de la derecha como de continuar con la esperanza en un futuro (incierto) en el que -luego de satisfacer deudas externas legítimas, ilegítimas, históricas o renovadas- quede un resto con el que se pueda pagar la deuda interna.

El control de los medios de comunicación de masas por parte de grupos económicos fuertemente consolidados²² -cuya expansión ha sido puesta en jaque con el último proyecto oficial de ley de medios- retroalimenta el escepticismo social y la ideología de un proyecto liberal burgués renuente a cualquier modificación que altere el statu quo, logrando un impacto mucho mayor sobre la estabilidad política y social del país que una huelga general. “*El poder mediático no es el cuarto poder, forma parte del poder económico y del político. (...) Los grandes medios de comunicación funcionan como actores de la globalización y vectores de su ideología.*”²³

de página horizontal; “La soberanía y los tribunales arbitrales del CIADI”, en LL 04/05/05 (año LXIX nro. 87); “Arbitraje, emergencia económica, soberanía y orden público constitucional” -con el Dr. Arístides H. M. Corti-. En Revista del Colegio de Abogados de San Isidro -nro. 115- julio/agosto 2005. (págs. 38/39); “EL CIADI - Acerca de los daños generados por la actividad financiera del Estado cuando se infringen la Constitución y la Soberanía Nacional” -con el Dr. Arístides Corti-. En Tesis 11 -nro. 78- agosto/septbre.2005; “El CIADI como herramienta de consolidación de la dependencia. -Caso: Argentina-”, capítulo en “¿Hacia dónde va el sistema mundial? Impactos y alternativas para América Latina y El Caribe” -Julio C. Gambina y Jaime Estay, compiladores-. Editado por REDEM (Red de Estudios de Economía Mundial), FISYP (Fundación de Investigaciones Sociales y Políticas), RLS (Fundación Rosa Luxemburgo) y CLACSO (Consejo Latinoamericano de Ciencias sociales), Buenos Aires, enero 2007.

²⁰ Abordo en este trabajo particularmente el impacto en esa franja social.

²¹ El “paco” resulta una muestra de cómo se reproduce en estos ámbitos la desigualdad social.

²² Expansión puesta en jaque por el último proyecto oficial de ley de medios. Ver Teitelbaum, Alejandro “*El control oligopólico de la información y de los entretenimientos - El caso de Argentina.*” (Especial para ARGENPRESS.info) **Publicado por ARGENPRESS, 30/09/09 en 17:33:00. Etiquetas: Alejandro Teitelbaum, Argentina, Ley de Medios de Comunicación Audiovisual, medios de comunicación, opinión.**

²³ Bernard Cassen, Bernard (Director General de Le Monde Diplomatique y Fundador de ATTAC -Asociación por una Taxación de las Transnacionales financieras de Apoyo a la Ciudadanía-). Intervención en el Simposio Internacional “Pobre Mundo Rico” - Ferrol, novbre. 2007-. Ver en “Club Internacional de Prensa”, www.clubinternacionaldeprensa.org/ www.pobremundorico.org

La historia se ha transformado por la revolución científico-tecnológica que abunda en una profundización de la desigualdad y un proyecto monocultural -homogenización de formas de vivir y entender el mundo-, lo cual es de imposible cumplimiento sin dismantelar culturas, tradiciones locales y economías. De ese modo, si se tiene por Postmoderna la incredulidad con respecto a los metarrelatos, la "Igualdad" -el gran relato- queda sostenida por la cuerda del posibilismo y la propia interpretación de lo que nos corresponde reclamar o recibir.

El Estado capitalista subsiste, con el oportunismo necesario para dar un discurso garantista mientras su dinámica mantiene la condición estructural para la dominación de clase. Institucionalizar los DDHH y luego no priorizarlos en la toma de decisiones políticas configura una violencia funcional a la violencia con la que se constituyó y se reproduce el sistema socio-económico hegemónico cuya función política general –en palabras de Boaventura de Sousa Santos- “*consiste en dispersar las contradicciones sociales de manera que se puedan mantener niveles tensionales funcionalmente compatibles con los límites estructurales impuestos por el proceso de acumulación y por las relaciones sociales de producción que en él tienen lugar. No se trata de resolver o superar las contradicciones sino de mantenerlas en estado de relativa latencia mediante ‘mecanismos de dispersión’, para lo cual el derecho cumple un rol esencial a través de la articulación de sus tres componentes estructurales básicos: a) la retórica, que se basa en la producción de persuasión y de adhesión voluntaria mediante la movilización de su potencial argumentativo; b) la burocracia, sobre la imposición autoritaria, a través del potencial demostrativo movilizadopor el conocimiento profesional de reglas y procedimientos formales y jerarquizados; c) la violencia, basada en el uso potencial o efectivo de la fuerza física.*”²⁴

III. JUSTICIA

La Acordada 36 de la CSJN nos remite a la relación vinculante entre teoría/práctica de la democracia, la interpretación constitucional y la función de los jueces.²⁵

La interpretación judicial de la Constitución debe ser “interesada” en el sentido del interés que orienta el norte elegido. “*Máxime frente a la crisis del Estado-Nación y el poderío agresivo y dominante de los grupos económicos que requieren el armado de tales defensas sostenidas por una convicción muy firme, a fin de poder utilizarlas con éxito*”.²⁶ Hoy, la disyuntiva de los DDHH no está en su reconocimiento normativo sino en su aplicación. La jurisprudencia permite detectar el permanente enfrentamiento entre lógicas antagónicas que, como función del poder, subsisten hacia su interior. La mentada divisoria entre jueces *garantistas* y aquellos que no lo son, muestra el punto de tergiversación discursiva que se proyecta desde los medios manipulando significado, causa y consecuencias. El Derecho de los DDHH constitucionalizado hace que –por lo menos, en teoría- no cabría la posibilidad de que un juez no sea *garantista* ni *activista*, al resignificar la *imparcialidad* que hace a la independencia de los jueces.²⁷

La concreción del proyecto igualitario contenido en la norma fundamental -puesta en cabeza del Legislativo (art. 75, inc. 23 CN)- es una responsabilidad que atraviesa toda la institucionalidad, reordenando prioridades. Ya no basta el legislador negativo²⁸. La jurisprudencia ha dado ejemplo de los que se verifica la supremacía del Derecho. Desde el espléndido “Brunicardi” en el que la CSJN reconoce “(...) *la existencia de un principio de derecho de gentes que permitiría excepcionar al Estado de responsabi-*

²⁴ B. de Sousa Santos, “El derecho y la comunidad: las transformaciones recientes de la naturaleza del poder del Estado en los países capitalistas avanzados” -en “Estado, Derecho y Luchas Sociales”, op. cit., p. 125 y ss.- cit. por Duquelsky Gómez, Diego “Derecho y nuevos movimientos sociales. Algunas reflexiones sobre el ambiguo rol del discurso jurídico en los conflictos sociales” en Courtis, Christian (comp.) “Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho”, EUDEBA, Buenos Aires, 2009, pág. 147.

²⁵ Gargarella, Roberto. “Interpretación del Derecho” en “Derecho Constitucional”, Editorial Universidad, Bs.As., 2004, pág. 673.

²⁶ Morello, A.. ob. Cit., pág. 19.

²⁷ Sagüés, Néstor P. “La interpretación judicial de la Constitución” – Depalma, Bs.As., 1998, pág. 5

²⁸ Cfr. Bidart Campos, G.: “Casos de derechos humanos”, Ediar S.A. Editora, Bs. As., 1997, pág. 83.

lidad internacional por suspensión o modificación en todo o en parte del servicio de la deuda externa, en caso de que sea forzado a ello por razones de necesidad financiera impostergable”²⁹, los decisorios muestran –con algún lamentable vaivén– “la fuerza normativa de la CN” y “la tutela judicial efectiva”. Así, por ejemplo, al restringir la zona de reserva de la Administración; al ampliar “la función judicial preventiva del daño” –que en su faz procesal ha dado lugar a las acciones de “Tutela Inhibitoria” o de los llamados “mandatos preventivos”³⁰ (tales principios materializan el ideal de que “los jueces deben, en la medida de lo posible, actuar antes y no después”³¹); en la espinosa cuestión del llamado “litigio estructural” cuya característica de transparencia se puede ver claramente en los casos *Mendoza y Verbitsky*, en los cuales la Corte Suprema de Justicia de La Nación no solo recurrió a la herramienta de la convocatoria a audiencias públicas, sino que expresamente encomendó la participación –en todas las etapas del litigio, pero especialmente en la etapa de ejecución y seguimiento de las sentencias– de organizaciones no gubernamentales, y de la sociedad civil en su conjunto³². Asimismo, en términos de inconstitucionalidad de topes indemnizatorios por despido laboral y del art. 39, inc. 1 de la ley 24.557 (LRT) en cuanto atentaban contra la integridad o justicia del resarcimiento, la CSJN “(...) reconoció la aplicación del art. 21, inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: ‘Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa’, a reclamos fundados en violaciones al derecho a la vida, dando así a dichos bienes un alcance que trasciende la esfera de lo patrimonial (O.158.XXXVII “Oharriz, Martín Javier c/M° J y DDHH –ley 24.411 –resol.111/90””, sentencia del 26/08/2003”³³ CSJN, “in re” “Vizotti” Fallos 327:3677 (LA LEY, 2004-E, 929) en el que se señala al trabajador como sujeto de protección prioritaria frente al capital; los casos “Simón” y “Arancibia Clavel”. Son algunos ejemplos que muestran la posibilidad cierta de un Poder Judicial que –individualmente o en conjunto– funcione como operador directo de las prioridades del bloque de constitucionalidad vigente, dando respuesta concreta a situaciones concretas de desprotección por parte del Estado ^{34 / 35 / 36}.

IV. FINAL ABIERTO.

“Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho sino de poder”³⁷. De allí que sólo una relación de fuerza favorable a la concreción integral de los DDHH puede inclinar la balanza a ese fin. De no, queda la normativa fosilizada como legitimadora de un Estado que reconoce jurídicamente la titularidad de DDHH y que, en la práctica, los desconoce o –en el mejor de los casos–

²⁹ CS. “Brunicardi, A.C. c/Bco. Central”, 10/12/96 Expte. 96.456.-

³⁰ D’Argenio, Inés A. “¿En qué consiste el ejercicio de función administrativa?” –Nota a Fallo– en “Suplemento LA LEY ADMINISTRATIVO”, Director Agustín Gordillo, 09 de noviembre de 2009, p.12, 14,15, 18, 19.

³¹ Cfr. Arazi Roland, “Tutela inmobiliaria”, en Revista de Derecho Procesal Rubinzal-Culzoni, 2008-2, p. 85; Morello Augusto y Stiglitz Gabriel, “Responsabilidad civil y prevención del daño. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia”, La Ley. 1987-D, 366; Sobre “acción preventiva” ver “La jurisdicción preventiva civil en funciones...” en La Ley Sup. Esp. Cuestiones Procesales Modernas, octubre 2005, p. 151. Citados por D’Argenio.

³² Thea, Federico G. “Hacia nuevas formas de Justicia Administrativa: Apuntes sobre el ‘Litigio Estructural’ en la Ciudad de Buenos Aires”, –Nota a Fallo– en Suplemento LA LEY ADMINISTRATIVO”, Director Agustín Gordillo, 08 de febrero de 2010, p. 16-20.

³³ CSJN A.2652 XXXVIII Recurso de hecho, considerando 4°.

³⁴ (Caso “Ortega”) “Defensor del Superior Tribunal de Justicia c/Estado Provincial s/acción de amparo”, Juzg. De Familia y Menores Nro 1 Sec. 4 de Paraná. Fallo del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos (09/04/2003).

³⁵ El Juez Andrés Gallardo fue el primero que tomó la decisión de hacer reconocimiento judicial in situ por denuncia de las condiciones de vivienda en el denominado “Programa de Hoteles” de la CABA.

³⁶ “Ramallo, Beatriz c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)” Expte. 3260, sentencia del 16/07/2004 (por cobertura de la emergencia habitacional). Pr. Sala II. (12/03/2002), criterio ratificado luego por el TSJ Ciudad de Buenos Aires.

³⁷ Lasalle, Ferdinand. “¿Qué es una Constitución?” –discurso a una agrupación ciudadana en Berlín, 1862-, Ariel Derecho, Barcelona, 2002.

lleva a los grupos excluidos a ser considerados ‘beneficiarios’ de políticas públicas y no titulares del derecho. El ejercicio de derechos implica el empoderamiento social ³⁸.

Maquiavelo daba cuenta de dos lógicas contrapuestas al señalar que “*En toda ciudad existen dos inclinaciones diversas, una de las cuales proviene de que el pueblo desea no ser dominado y oprimido por los grandes, y la otra de que los grandes desean dominar y oprimir al pueblo.*”³⁹ La pugna entre las lógicas antinómicas continúa. “*En el caso de los Derechos Humanos, son los Movimientos Sociales quienes tienen la iniciativa, y con sus demandas, abren nuevos espacios de acción, a lo cual responden las instancias de poder con nuevos procesos de coerción o de institucionalización. En ambos campos, las constantes interacciones conflictivas, son las que van determinando el propio rumbo del conflicto y los cambios institucionales. Ello, no niega que desde el poder se proclame una cruzada en nombre de los DD.HH., ni que desde los Movimientos Sociales, se tome una iniciativa anti-globalización, que obliga al poder, a responder de manera defensiva.*”⁴⁰ Lo escrito en 1513 era la descripción de una realidad que nos llega actualizada, completada y superada con la especificidad de las luchas según tiempo y espacio.

La norma garantista escrita sirve: es un paso conseguido. La ciudadanía habrá de promover y sostener la voluntad política para concretarla. Nada es gratuito ni por azar. Coincidiendo con Ferrajoli: “*Puede afirmarse tranquilamente que, en la historia del hombre, no ha habido ningún derecho fundamental que haya descendido del cielo o nacido en una mesa de despacho, ya escrito y redactado en los textos constitucionales. Todos son frutos de conflictos, a veces seculares, y han sido conquistados con revoluciones y rupturas, al precio de transgresiones, represiones, sacrificios y sufrimientos.*”⁴¹

Final abierto a la tenaz lucha –inclusive contra las propias ganas de no luchar– que logró impregnar el Derecho, paradójicamente, en medio del auge privatizador del Consenso de Washington, cuando se develaba con mayor claridad que “*la práctica jurídica es la condición de reproducción de la forma de producción*” .⁴²

³⁸ Cfr. Pautassi, Laura C. “*Límite en la agenda de reformas sociales. El enfoque de derechos en la política pública*” en Courtis, Chr. (comp.) “*Desde otra mirada*”, EUdeBA, Buenos Aires, 2009.

³⁹ Maquiavelo. “*El Príncipe*”, Cap. IX.

⁴⁰ Gutiérrez, Germán. “*Globalización y derechos humanos, una mirada desde el contexto latinoamericano*”. En: “*Globalización de los derechos...Repensando la condición humana- Debates en DDHH*”, IPC, 1ª edición, Colombia, 2003, ps 17, 18,24.

⁴¹ Ferrajoli, Luigi. Cit. por Duquelsky Gómez, Diego J. en Courtis (Ob.cit., pág. 135).

⁴² Corti, Horacio G. “*La guerra silenciosa –Lecturas de Filosofía de Derecho*”, EUdeBA, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho UBA, pág. 275.

LA ECONOMÍA Y EL DERECHO. EL DESAFÍO DE LA NUEVA CENTURIA

Dr. **HUGO O. H. LLOBERA**
PODER JUDICIAL DE SAN ISIDRO

En este tiempo que se inicia se deberá prestar especial atención a un análisis riguroso del derecho, promoviendo la armonía de todo el ordenamiento jurídico y de los valores implícitos en el mismo, evitando las contradicciones que hoy advertimos, tales como los rumbos opuestos que se manifiestan entre el derecho civil y el derecho penal a la hora de considerar la atención en la víctima de un ilícito. Sólo un enfoque integral, que no se cierre en la abstracción, que además de las perspectivas jurídicas, éticas y sociológicas también haga su apreciación utilizando valiosas herramientas que proporciona la economía, permitirá advertir la incidencia ya sea de una norma jurídica general como de una decisión en particular sobre todo el espectro social. No es razonable la elaboración de dogmas aislados del contexto social en que han de ser aplicados y separados de otros tantos que tendrán el mismo campo de aplicación.

El descreimiento en el Derecho por parte de la sociedad, hace imprescindible una mejora en el desarrollo del pensamiento jurídico y la aplicación del derecho para lograr la plena vigencia de una sociedad más justa, donde los derechos de unos no operen en detrimento del derecho de otros.

El fundamento del desafío

Este trabajo encuentra su motivación en los términos de la convocatoria a esta Conferencia en la que se propone "... que los abogados seamos capaces de pensar en conjunto, de debatir, intercambiar ideas, confrontar concepciones, aceptar los disensos y procurar arribar a una síntesis de lo que entendemos qué debe hacerse y qué ha de ser evitado".

La cuestión sobre la cual propongo reflexionar es relación entre derecho y economía, en la que se advierten, al menos, dos planos opuestos.

Uno de ellos, el de más difícil realización, tal vez no sólo desde el punto de vista técnico, sino por la convicción que requiere en los actores de la actividad jurídica y económica, es el de una definida orientación hacia el bien común.

El otro es el que tiene lugar cuando el espíritu creativo y el impulso productivo pierden aquél horizonte, el cual es reemplazado por la codicia, la soberbia y la impunidad.

El último, en un lapso mucho menor puede destruir muchas décadas de lo que aquél en forma progresiva y no siempre impactante ha logrado.

Se han mencionado como claros ejemplos de esta controversia los conocidos casos que tuvieron lugar en los Estados Unidos de Norteamérica, con Enron (diciembre 2001) y World Com, predicadas como las quiebras fraudulentas más grandes de la historia de aquél país.

Hasta dónde llega el desenfado en la argumentación queda de manifiesto de forma acabada, con el descargo efectuado por la abogada defensora de uno de los responsables de Enron, en el juicio que le promoviera el Estado de California; allí afirmó que su cliente reconocía los cargos, pero como atenuante debía tenerse presente que había sido entrenado para ello por la misma compañía: al priorizar el lucro y otros objetivos similares para lograr fantásticas ganancias, soslayó las responsabilidades comunitarias del gerente, es decir, la responsabilidad social empresarial.

Por ello se impone como única salvaguarda de los derechos humanos, tan mentados en tratados inter-

nacionales e incluso en la Constitución Nacional reformada de 1994, ya no plantear, sino hacer efectiva y vigorosa, la enseñanza y primacía de los valores éticos que deben presidir la relación entre derecho y economía. No se trata de mera especulación sobre el bien; la cuestión se materializa en aspectos tan claros y de impacto directo en la sociedad, que abarca un universo poco mensurable, precisamente por su extensión. Así, el tratamiento del ser desde que se forma su primera célula; las regulaciones ambientales; las consecuencias sociales del desenvolvimiento de la actividad comercial; el funcionamiento del Estado, cuando bajo la apariencia de loables propósitos se convierte en el marco de negocios reñidos con el fin social que lo justifica; las normas jurídicas que, de modo principal aunque no excluyente, permiten, facilitan o, si se me permite la licencia, “licuan” las responsabilidades de todo tipo.

Los mínimos inderogables a los que toda persona tiene derecho, ya sea en su aspecto extra-patrimonial o patrimonial, hoy por hoy, vienen dados por una visión económica que la política moviliza y el derecho regula.

La cuestión es clara; así, si el criterio económico es el ánimo de lucro sin compromiso con el hombre, la política que se despliega va en orden a lograr tal propósito y el derecho brinda el marco adecuado para ello.

La pregunta que se impone a esta altura de nuestra nacionalidad, es si esa forma de afrontar los fenómenos es la mejor. No se trata de defender esquemas proclives a la privatización, posiblemente iniciadas en Gran Bretaña, en los años ochenta, con la Bell Telephonics; tampoco se propugna la estatización. En última instancia los sistemas son buenos o malos en función del hombre que los encarna; en cualquier caso es necesario respetar al hombre y al sistema jurídico que debe garantizar el pleno desarrollo de la persona.

En cualquier caso es necesario garantizar de modo pleno la capacidad propia del ser humano: la libertad y la creatividad que aquella permite. Esto podrá tener lugar desde lo público o desde lo privado, aunque con diversa entidad. Pero en ambos casos cuando el ejercicio de la libertad, en lo económico o en lo jurídico, se desvía y causa daño, sea a otra persona o a la sociedad en su conjunto, requiere una respuesta legítima y adecuada, en orden al restablecimiento de los derechos lesionados. Esto se aplica a un incumplimiento contractual, al estado falencial, a los delitos civiles y criminales de cualquier clase, en general, a toda acción lesiva del derecho.

En realidad el derecho no debe someterse a las imposiciones del mercado, sino constituirse en el recurso adecuado para un orden justo, es decir, la realización de la justicia.

Este orden justo, en nuestro país, se orienta sobre la base de un sistema legal, el cual debe ser intrínsecamente razonable en atención a las circunstancias de tiempo y lugar. Lo contrario lleva a enormes contradicciones como las que vive la sociedad en este fin de centuria política y comienzo de una nueva.

Del mismo modo que se convierte en un laberinto un código cuando sufre reformas parciales, a modo de piezas mal encastradas de un mosaico, el orden social se torna laberíntico toda vez que se sancionan normas sin evaluar su impacto sobre todo el sistema normativo. Y no me refiero al sistema normativo de una rama del derecho, sino del derecho en su conjunto. La claridad normativa puede transitar el camino hacia la reducción de las mismas pero con mayor vigor, es decir plenamente vigentes.

Tampoco se puede perder de vista que el imperativo de la justicia y del abogado como un auxiliar inestimable para la consecución de ello, es llegar a la verdad real; de lo contrario se genera a diario una suerte de brillo de legalidad que en el fondo no trasunta sino injusticia.

El derecho como la economía pueden verse, en alguna medida, como instrumentos de la política, cuyo fin debe ser obtener el bien común.

No obstante, esto no es un concepto absoluto, ya que en definitiva el derecho pre-existe al Estado, lo cual conforma un límite que éste no puede avasallar sin perder su legitimidad.

En la revisión del derecho que se impone, no puede estar ajena la incidencia de los veloces avances tecnológicos, que convierten en anacrónicas y disfuncionales un sin número de normas, sea en el orden civil, penal o procesal, entre otros.

Si bien el derecho y la economía reconocen campos propios específicos, ambas ciencias están refe-

ridas a las relaciones que involucran al hombre a cuyo desarrollo integral deben orientarse.

John Stuart Mill consideró a los estudios económicos como una cuestión de la ciencia moral, aunque bajo la óptica entonces, es decir, del utilitarismo.

En el desarrollo del derecho y la economía, como ciencias ordenadas al bien común, no se ha logrado todavía un equilibrio adecuado a las relaciones “empleo – eficiencia” y “acumulación distribución de la riqueza”.

En mi criterio, la cuestión radica en la oscilación de políticas que no han sabido distinguir lo transitorio de lo permanente; lo relativo de lo absoluto.

La visión del ordenamiento jurídico, en todas sus especialidades, que como sabemos conforma un solo cuerpo, requiere la elaboración cautelosa de normas, en función de necesidades actuales pero con la mirada puesta en los efectos sobre las futuras generaciones.

El derecho requiere adaptarse a los incesantes avances de la ciencia, con su impacto directo en la evolución de la economía. Sin embargo, no se trata de “disparar” normas contra un blanco que se desplaza a alta velocidad, como lo son las innovaciones tecnológicas.

Resulta notorio que hoy nos encontramos ante el gran desafío de responder normativamente por vía legislativa, dado nuestro sistema continental, a nuevas situaciones, antes inimaginable. Esto requiere, en muchos casos, soluciones inmediatas, pero las mismas deben apreciar los intereses de la sociedad en su conjunto y con la mirada puesta en las consecuencias que se derivaran hacia el futuro.

Las normas que tienen miradas parciales de un determinado problema, sin prestar atención a la incidencia sobre la sociedad toda, lejos de solucionar un problema, contribuyen a perjudicar la paz social.

El derecho en su relación con la economía, podemos considerarlo como ciencia ordenada a dar a cada uno lo suyo, pero para que esto sea así se requiere definir en qué consiste lo suyo que se debe asegurar a cada uno.

Es razonable que la respuesta no sea igual de sencilla ni requiera de la misma metodología de elaboración en las diferentes áreas del orden jurídico. Sin embargo, aunque pensemos, al hablar de derecho y economía en una asociación inmediata al derecho comercial, ello implica una visión limitada de la cuestión. La relación derecho-economía comprende, además, el amplísimo campo del derecho civil, el derecho de familia en su vinculación con lo patrimonial, el derecho del trabajo, el previsional, tributario, y también del derecho penal.

La promoción y protección de aquellos valores que se consideren fundamentales para el desarrollo social y la promoción humana, requieren previsión desde todos los enfoques posibles.

Existen, en nuestra Argentina, muchas asincronías jurídicas, que en algunos casos determinan que el justo no reciba la protección adecuada y el injusto resulte indemne a las consecuencias dañosas que ha provocado. Es imperioso que la abogacía, como elemento esencial en funcionamiento del servicio de justicia, cumpla en esta etapa que se inicia un rol preponderante, no sólo mediante el desempeño del letrado en el ejercicio de su profesión, donde no debe ceder ante los embates que afecten al sistema republicano y democrático, sino también de los Colegios que los congregan. Sería injusto no reconocer la intensa labor de los abogados en estos doscientos años de vida patria. No obstante, se requiere abordar la centuria que comienza con nuevos bríos para afrontar con éxito el desafío de un orden social más justo.

Para ubicarnos en el tema tenemos que diferenciar dos aspectos referidos a la relación entre Derecho y Economía, que pese a sus denominaciones que parecieran sugerir lo mismo, constituyen enfoques marcadamente diferentes.

El Derecho Económico, constituye el modo tradicional de relación entre las dos ciencias, pero no implica un estudio interdisciplinar; por el contrario se halla dentro de una visión que concibe la utilización de una ciencia como auxiliar de otra. El Derecho puede verse sólo desde la óptica de la justicia o bien bajo la relación costo-beneficio.

Por otra parte nos encontramos con el Análisis Económico del Derecho, que encuentra su esencia en la aplicación de teorías económicas y métodos empíricos de ésta ciencia al entramado normativo, reco-

ciéndose, en general, su origen a comienzo de los años sesenta. También se lo puede considerar como un intento de estudio interdisciplinar del Derecho, que combina la ciencia económica y la jurídica.

Esta concepción conlleva la utilización de nociones, teorías y criterios básicos de economía para el análisis de diversas cuestiones jurídicas, tales como los sistemas normativos en miras a modificaciones de la legislación o de la jurisprudencia.

Si bien este modo relacional es sumamente útil en orden a la elaboración de un derecho con sustrato de realidad, no debe perderse de vista que no resulta adecuado, al fin del Derecho, restringir la cuestión a la eficiencia, ni a la sola distribución de la riqueza, sino que es imprescindible tener presentes otros aspectos éticos de la Justicia.

Importa, de algún modo, la exigencia de ver el Derecho tanto desde su aspecto relacionado con la justicia, como de la ecuación costo-beneficio.

Es bueno tener presente, que más allá de los lineamientos generales expuestos no hay uniformidad entre quienes se hallan enrolados en este modo de ver la relación entre Derecho y Economía, por lo que no pareciera correcto definirla como una escuela.

Pese a ello todas las líneas de pensamiento del Análisis Económico de Derecho, tienen en común, el análisis económico para la comprensión de normas jurídicas, aunque al ser sancionadas no persiguiesen un fin de ese orden de un modo explícito.

Resulta curioso que entre los autores que se enrolan en esta visión del análisis jurídico, se adviertan diferentes posturas, aún con relación a cuestiones centrales como el mismo concepto de eficiencia, al que antes aludíamos y su contraparte que es el costo. La descripción de todo ello excede por completo la finalidad del presente, por lo que no entraré en los diferentes criterios.

Sin embargo, puede afirmarse que, dentro del concepto de economía, en cuanto ciencia que estudia el comportamiento humano como una relación entre fines y medios escasos con usos alternativos, el “análisis de las elecciones” es, tal vez, el principal aporte de esta metodología a la interpretación y aplicación del Derecho.

A modo de síntesis, puede afirmarse que el Análisis Económico debe llevar a que en la aplicación del Derecho a los hechos se tenga presente, como uno de los criterios de interpretación sometido al jurista, sea desde el ejercicio de la abogacía o desde la magistratura, la apreciación económica del caso; aprovechar a tal efecto los significativas criterios de análisis que proporciona esta última ciencia.

Del enfoque económico podemos aprovechar: a) el recurso de los “modelos analíticos”, que se caracterizan por ser maleables y predecibles, lo cual permite comprobar cómo la alteración de un elemento incide sobre el conjunto. b) el análisis anterior al hecho a fin de evitar el conflicto y no tanto el posterior, lo cual hace viable realizar previsiones; el ser humano, como racional que es y la forma en que actúa en función de sus intereses hace que sea puedan predecir algunas de sus conductas; del mismo modo cabe la posibilidad de determinar la variación de las mismas según la variación de los incentivos; c) el criterio de lo óptimo, relacionado con la distribución de la riqueza, concebido como aquél por el cual la eficiencia se logra cuando sólo puede obtenerse una mejora para una persona si por lo menos otra sufre por ello una merma; es el punto máximo de tensión en la distribución de bienes escasos. c) el conocido teorema de Coase, que presume, como criterio de análisis, un mercado equilibrado, donde los sujetos pueden negociar en forma libre, sin costos de transacción. d) el concepto de costo de transacción, en sí mismo, que son los obstáculos que las partes pueden hallar para negociar con libertad y que deben ser reducidos a su mínima expresión. e) el concepto de costo de oportunidad, como el valor de aquello a lo que hay que renunciar para obtener aquello por lo cual se ha optado.

Por último lo que se insta es a revisar los criterios rígidos con los cuales a diario se elaboran, interpretación y aplican las leyes, sin prestar atención debida a todos los factores que conforman el ámbito social en su totalidad.

LA FAMILIA, GRUPO HUMANO NECESITADO DE ESPECIAL E INTEGRAL PROTECCIÓN, EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Dra. SUSY INÉS BELLO KNOLL
COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO

SINTESIS

En el presente trabajo se quiere destacar la importancia jurídica de la familia como sujeto de derecho, independientemente de las consideraciones de carácter moral, literario, psicológico, filosófico o político que pueden llevarnos a concluir su carácter de esencial para el hombre.

Se puede afirmar que la República Argentina tiene, por un lado, un marco cultural y legal que moviliza a favor de la familia. Pero, los datos más recientes demuestran que estas tendencias pueden verse gravemente afectadas si no se actúa en la promoción integral de la familia.

El énfasis en la dimensión legal de las políticas con una nueva visión de la familia como sujeto de derecho proporcionaría una potente herramienta de promoción social.

Un Plan de familia debe abarcar la universalidad de todas las familias de la sociedad y no limitarse sólo a la asistencia de casos familiares conflictivos o marginales.

La Constitución Nacional se enmarca en el iusnaturalismo clásico y se concluye que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

CONCLUSIONES

La República Argentina necesita optimizar la elaboración de una propuesta integral y razonada a favor de la familia.

Dentro de los cambios legislativos que necesita la República Argentina ha de incluirse toda la problemática que hace a la familia, la promoción y protección diferencial e integral de la misma. La legislación de la familia ha de respetar el principio constitucional y adecuarse a los tratados con jerarquía supra-legal mencionados en este trabajo.

Se debe sancionar una ley que fije una política de Estado en materia de familia.

Las normas legales que reconocen la naturaleza intrínseca de la familia como sujeto de derecho, presentan un programa verdaderamente audaz que es un desafío para toda sociedad y para la sociedad argentina en particular.

Sumario.

I-La importancia de la Familia

II-Políticas de Familia

III-Planes gubernamentales

IV-Normativa constitucional referida a la Familia

V-Consideraciones finales

I. LA IMPORTANCIA DE LA FAMILIA

En el presente trabajo se quiere destacar la importancia jurídica de la familia como sujeto de derecho, independientemente de las consideraciones de carácter moral, literario, psicológico, filosófico o político que pueden llevarnos a concluir su carácter de esencial para el hombre ¹.

El derecho europeo, reguló el ordenamiento de la familia conforme principios inspirados en el cristianismo, por lo menos hasta la introducción de la figura del divorcio². En general, en la mayoría de los países europeos y, por extensión de fuentes legales, en los países de América Latina la institución del matrimonio ha creado un estado de familia.

A semejanza de lo que ocurre en el derecho europeo, la legislación argentina ha calificado al matrimonio de un modo u otro pero siempre atribuyéndole requisitos de forma y de fondo condicionantes de su validez: voluntad constitutiva de relación matrimonial y manifestación de la misma en forma solemne de promesa nupcial.

Es coincidente la postura de los juristas europeos como la de los juristas argentinos, en relación a señalar que existe en la actualidad, debido a los profusos cambios operados, una confusión generalizada respecto de la noción legal de matrimonio.

En general, aún se reconoce el legítimo derecho de toda persona humana a unirse con otra de distinto sexo bajo las formas solemnes de la institución del matrimonio, que crea un estado de familia. Por lo tanto, no puede el derecho civil equiparar o legitimar variadas formas de familia sin variar el concepto o la calificación del matrimonio.

Por ejemplo, en el caso de la Constitución italiana, ésta define a la familia en su artículo 29 ³ como una sociedad natural fundada en el matrimonio. Por lo tanto el modelo alternativo, que prescinde del matrimonio, no podría ser alcanzado, en ese país, por el amparo constitucional. Ello no quita, por supuesto, que los poderes del Estado dispongan de otro carácter de normas para regular situaciones de familia no fundadas en el matrimonio⁴.

Se puede afirmar que la familia, tal como lo demuestran la legislación internacional y las diferentes legislaciones nacionales, ha sido tomada en consideración como una cuestión central para el desarrollo de las personas y las naciones, independientemente de la definición de familia que tenga cada sociedad o Estado.

En las últimas décadas la estructura familiar ha experimentado en la Argentina una serie de modificaciones muy significativas. Este fenómeno viene acompañado por un contexto internacional de similares características⁵.

El análisis de la realidad sociológica constata que en los últimos treinta años la familia ha sufrido un cambio profundo. En los años setenta la familia estaba constituida por madre, padre e hijos. Hoy, sin embargo, podemos encontrar otras formas de familia distinta de aquella en cuanto a su conformación. Es en virtud de ello que la tendencia legislativa en el mundo y particularmente en Europa, propende a legitimar las variadas situaciones de hecho que aparecen entorno al concepto de familia para darles, de una u otra manera, la protección legal necesaria.

¹ Se ha realizado un trabajo con idéntico análisis para El Derecho aún no publicado.

² En España, la ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio es del 1 de octubre de 2004. Al mismo tiempo en España se debatían: anuncios de leyes de supresión de la educación religiosa en los colegios, el anuncio de la igualdad de derechos entre matrimonios entre homosexuales y lesbianas y matrimonios heterosexuales, proyectos de eutanasia activa. Citado en "El matrimonio: España vs. Arizona. Dos políticas en derecho de familia" El Derecho, Tomo 214 página 748.

³ Artículo 29. Matrimonio: (1) la familia es reconocida por la República como una asociación natural fundada en el matrimonio... (la traducción me pertenece).

⁴ Garcia de Cainelli, Mirta Consuelo y Sanchez Parodi, Horacio M., Informe sobre el Congreso europeo sobre familia y sociedad, El Derecho, Tomo 170 página 1119.

⁵ Glendon, Mary Anne, Familia y sociedad: las organizaciones internacionales y la defensa de la familia, El Derecho, Tomo 174, página 1145.

Los cambios culturales han acelerado modificaciones estructurales en las formas de vida familiar; de esquemas más estables y previsibles a más inciertos y mutables. La población urbana tiende a ser más permeable a las nuevas tendencias culturales por estar más expuesta a los medios masivos de comunicación y se ve inclinada a asumirlas más rápidamente en función de parecerle soluciones más simples y con menor costo emocional.

Se puede afirmar que la República Argentina tiene, por un lado, un marco cultural y legal que moviliza a favor de la familia. Pero, los datos más recientes demuestran que estas tendencias pueden verse gravemente afectadas si no se actúa en la promoción integral de la familia ⁶.

En la República Argentina se plantea la necesidad de optimizar la elaboración de propuestas y la realización de hechos concretos que unan las leyes, las acciones de gobierno y las políticas privadas de las empresas con las aspiraciones y necesidades de la sociedad en torno a la familia.

En los últimos años, el crimen y el desorden social han aumentado; la fecundidad ha caído por debajo del nivel de reemplazo poblacional; el matrimonio y los hijos son menos frecuentes mientras que aumentan los divorcios; los hijos extramatrimoniales han aumentado; hay falta de confianza en las instituciones públicas y privadas.

La familia posee vínculos vitales y orgánicos con la sociedad, porque constituye su fundamento y alimento continuo mediante su función de servicio a la vida. En efecto, de la familia nacen los ciudadanos, y estos “encuentran en ella la primera escuela de esas virtudes sociales, que son el alma de la vida y del desarrollo de la sociedad misma” (Juan Pablo II, Familiares Consortio, 1981, n° 42).

Las ciencias sociales nos demuestran que la familia es el ecosistema del ser humano que es la verdadera ecología humana y la célula del entero organismo social, como dicen algunos autores. Es fácil desentrañar, entonces, la función esencial que cumple en nuestros días la familia como institución jurídica frente al estado de la familia como institución social observada en estas encuestas que se han mencionado. La familia es socialmente multidimensional, y por lo tanto, capaz de influir en todos los ámbitos de la sociedad. La salud de la sociedad civil depende de la salud de la familia. La sociedad no es ni más ni menos ni otra cosa que el agrupamiento de las familias.

II. POLÍTICAS DE FAMILIA

Es importante hacer notar la falta de correspondencia entre la central importancia asignada a las familias por los gobiernos, las instituciones civiles y religiosas y las personas, y su ausencia o subvaloración en las políticas públicas, en general⁷.

La familia es una institución natural, anterior al Estado, núcleo central de la sociedad civil, comunidad natural de vida, que debe ser respetada y protegida por el Estado ⁸. La promoción integral de la familia desde las políticas públicas es el único modo de garantizar el desarrollo socio-económico sustentable de una Nación.

El énfasis en la dimensión legal de las políticas con una nueva visión de la familia como sujeto de derecho proporcionaría una potente herramienta de promoción social.

La expresión “política familiar” era desconocida hasta hace no muchos años. Sin embargo, en los

⁶ Bases para la elaboración de Políticas Familiares en la Argentina. Investigación del Instituto de Ciencias para la Familia de la Universidad Austral. Secretaría Parlamentaria – Dirección Publicaciones. Senado de la Nación. República Argentina. Año 2006. La familia ante el Siglo XXI. Estudio interdisciplinario de la realidad argentina. Universidad Austral. Buenos Aires, Argentina. Año 2000. La familia ante el Siglo XXI. Segundo estudio interdisciplinario de la realidad argentina. Análisis comparativo. Universidad Austral. Buenos Aires, Argentina. Año 2005. Se destaca el trabajo de la Senadora Liliana Negre de Alonso.

⁷ Arriagada, Irma, Familias latinoamericanas. Diagnóstico y políticas públicas en los inicios del nuevo siglo, CEPAL, Serie Políticas Sociales No. 57, División de Desarrollo Social, Santiago de Chile, diciembre de 2001, Publicación de las Naciones Unidas LC/L. 1652, pág. 11

⁸ Declaración del Congreso Internacional por la vida y la familia reunidos en Buenos Aires, del 17 al 19 de junio de 2005, El Derecho, Tomo 215, página 1115.

últimos años, tanto en círculos académicos, periodísticos como políticos se han comenzado a estudiar, discutir e implementar este tipo de políticas.

La política familiar se define como un conjunto de medidas públicas destinadas a aportar recursos a las personas con responsabilidades familiares para que puedan desempeñar en las mejores condiciones posibles las tareas y actividades derivadas de ellas, en especial las de atención a sus hijos menores dependientes. En este sentido, los instrumentos concretos de la política familiar dependen de la naturaleza y del carácter de los recursos aportados a las familias desde el exterior, ya sea desde las mismas instancias públicas o por otros agentes bajo la previsión, el control y la responsabilidad de la Administración Pública.

Se puede comprender entonces que existen pluralidad de opciones y variedad de modelos en este campo de las políticas familiares, ya que diversos son los puntos de vista político e ideológico como las tradiciones culturales de los distintos países.

En América Latina, lo real es que no siempre la familia cumple acabadamente con sus vitales funciones. Existen muchas familias que se encuentran en una situación que genéricamente se podría denominar de riesgo⁹. Precisamente, por estas situaciones, se hace vital para la sociedad el desarrollo de políticas integrales centradas en la familia. La mayor parte de las políticas aplicadas carece de una visión integral y de tipo transversal.

Una política de familia debe respetar la libertad de elección de los ciudadanos respecto a su estado de vida, sin producir injustas discriminaciones por causa del diverso ejercicio de la misma.

La pluralidad de formas de relación sexuada que los ciudadanos elijan constituir exige un planteo fundamental básico a la hora de elaborar una ley de familia, planteo que requiere una actitud independiente de cualquier posición ideológica o creencia religiosa.

Se observa que, a menudo, los programas quedan circunscritos a acciones antipobreza, que generalmente son intervenciones microsociales, de corto plazo, asistencialistas, fragmentarias y sin mayor vinculación con las políticas sociales de más amplia envergadura. De esta manera, en la mayoría de los países en vías de desarrollo se considera como políticas hacia las familias las destinadas a combatir la pobreza, la drogadicción y el trabajo infantil.

En Europa, la creación en 1989 del Observatorio Europeo de las Políticas Familiares Nacionales, dependiente de la Comisión Europea, y la celebración en 1994 del Año Internacional de la Familia bajo los auspicios de Naciones Unidas han acompañado una toma de conciencia cada vez mayor de la contribución de las familias al bienestar social. Hoy existe la Confederación de Organizaciones Familiares de la Comunidad Europea (COFACE) que reúne grupos organizados de los países miembros, que representan diversos intereses que giran en torno a la familia y ayudan al diseño de herramientas en pro de éstas.

Es necesario destacar que el criterio básico para el diseño de estas políticas es contar con un adecuado diagnóstico.

Las políticas dirigidas a las familias aún carecen de una definición debidamente específica, de un campo bien delimitado y de una legitimidad evidente. Su diseño enfrenta diversos escollos, en particular las tensiones entre intereses familiares y personales, así como la dificultad para equilibrar la autonomía y la libertad individuales con las responsabilidades familiares.

El énfasis en la dimensión legal de los programas apuntaría, según mi criterio, a una nueva visión de familia como instancia de derechos. Se hace necesario fortalecer a las familias como sujeto de derechos, que deben conjugarse de manera flexible con los derechos de sus miembros, y velar especialmente por aquellas familias con mayores carencias y por sus miembros con mayores desventajas.

⁹ Carranza Casares, Carlos A. y Gonzalez Zurro, Guillermo, Derecho a vivir en familia, El Derecho, Tomo 190, página 779.

III. PLANES GUBERNAMENTALES

Alrededor del mundo son distintos los criterios aplicados a la atención de las Familias, el nivel estatal que se ocupa de la atención de las cuestiones vinculadas a las mismas y los planes de las que resultan beneficiarias en forma integral o parcial. Por ejemplo, España cuenta con una Secretaría de Estado (Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y discapacidad) que pareciera incluir a las familias pero el verdadero organismo encargado exclusivamente de la familia es una “Subdirección General de Familias”. No hay Secretaría de Estado de Políticas Familiares ni una Ley de Familia. Sin embargo, en otros países de Europa la situación es algo diferente: existe un Ministerio de Familia, Ancianidad, Mujer y Juventud en Alemania; un Ministerio Della Politica per la Famiglia en Italia; un Ministerio de Asuntos Sociales y de Familia en Irlanda; un Ministerio de la Familia y Asuntos Consumidores en Dinamarca; un Ministerio de Trabajo, Solidaridad social y Familia en Rumania; un Ministerio de Sanidad, Familia y Juventud en Austria; un Ministerio de Trabajo, Asuntos Sociales y Familia, Eslovaquia; un Ministerio de Trabajo, Familia y Asuntos Sociales en Eslovenia; y, un Ministerio de la Familia e integración en Luxemburgo, por citar algunos ejemplos. Es decir, en general, en estos países se le dá, por lo menos nominalmente, un rango ministerial al tratamiento de las políticas dirigidas a la familia¹⁰.

En América Latina las instituciones sociales encargadas de diseñar y ejecutar las políticas referidas a las familias son variadas: desde ministerios de la familia, pasando por secretarías, subsecretarías y consejos adscritos a diversas instancias, hasta la ausencia de una institución responsable¹¹. La heterogeneidad de las situaciones nacionales obedece al hecho de que los países se encuentran en distintas etapas de la transición demográfica.

En la mayoría de los países de la región, más que políticas explícitas hacia las familias, existen intervenciones dispersas y no coordinadas mediante programas y proyectos en materia de salud, educación, lucha contra la pobreza y prevención y erradicación de la violencia, entre muchos otros objetivos¹². Pese a esta diversidad, hay consenso entre los encargados del tema respecto a los principales problemas que ésta enfrenta: la violencia intrafamiliar; el desempleo, que se asocia también a la pobreza, la crisis económica, y el deterioro de las condiciones materiales de vida de las familias; y finalmente, lo que se denomina desintegración familiar.

En la República Argentina por la Ley N° 25.561, publicada en el Boletín Oficial el 7 de enero de 2002, que se analizará en detalle más adelante, se declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando en el Poder Ejecutivo Nacional las facultades para ejercer las acciones establecidas en la misma. Por la Ley N° 25.820, se prorrogó la anterior normativa, hasta el 31 de diciembre de 2004. En ese marco se dictó por el Poder Ejecutivo Nacional el Decreto N° 565 del 3 de abril de 2002 y su modificatorio, que creó el Programa Jefes de Hogar. Luego, el Decreto 1506/04 del Poder Ejecutivo Nacional del 28 de octubre de 2004 determina que la base de las acciones sociales se deben basar en cuatro Planes Nacionales: Plan Nacional de Desarrollo local y economía social (“Manos a la obra”), Plan Nacional de Seguridad Alimentaria (“El hambre más urgente”), PLAN FAMILIAS y Plan Integral de Promoción del Empleo (“Más y mejor trabajo”) u otros que deban crearse. No especifica ese Decreto el marco del Plan Familias pero el 12 de mayo de 2005 por Resolución del Ministerio de Desarrollo Social No. 8 se crea el “PROGRAMA FAMILIAS POR LA INCLUSIÓN SOCIAL” que tiene como objetivo fundamental promover la protección e integración social de las familias en situación de vulnerabilidad y/o riesgo social, desde la salud, la educación y el desarrollo de capacidades, posibilitando el ejercicio de sus derechos básicos. Surge claramente que este Plan y su Plan marco de Familias -no definido claramente- no son instrumentos de políticas familiares integrales sino sólo ayudan a solucionar una coyuntura de crisis. Existen actualmente en la República Argentina, políticas sociales de familia pero no una ley general que establezca una política de estado en materia de fami-

¹⁰ www.ipef.org, Informe, pág. 41

¹¹ Arriagada, Irma, ut supra citada, pág. 31

¹² Arriagada, Irma, ut supra citada, pág. 39

lia. Las políticas sociales tienden a atender y procurar, como he indicado, una solución inmediata a la problemática de familias marginales, en riesgo, o que padecen necesidades especiales (familias económicamente sin medios para la subsistencia; violencia familiar; madres adolescentes; madres solteras; familias con hijos discapacitados; familias con miembros que padecen adicciones al alcohol o a la droga, entre otros). Existen numerosas políticas sectoriales, hacia las mujeres, los niños, los jóvenes, pero pocos intentos para armar una política vigorosa hacia la unidad que los enmarca a todos, y que va a incidir a fondo en la situación de cada uno: la familia. Como ha indicado Bernardo Klisberg, “la política social debería estar fuertemente enfocada hacia esta unidad decisiva”¹³, la familia.

Un Plan de familia debe abarcar la universalidad de todas las familias de la sociedad y no limitarse sólo a la asistencia de casos familiares conflictivos o marginales.

IV. NORMATIVA CONSTITUCIONAL REFERIDA A LA FAMILIA

La Constitución Nacional Argentina, luego de la reforma del año 1994, indica en su artículo 14 bis que: “En especial, la ley establecerá: ... *la protección integral de la familia*, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”. Aquí aparece, como titular de derechos constitucionales, este grupo de especial protección: la familia. La Constitución contiene una fuerte norma protectora de la familia. Este mandato legal se debería proyectar en forma integral sobre el resto del ordenamiento jurídico, que a partir de la Constitución se estructura, pero lamentablemente no es así.

El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional dispone que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; y la Convención sobre los Derechos del Niño tienen jerarquía constitucional y no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Estos Tratados con rango constitucional protegen especialmente a la familia en el derecho argentino, a saber:

Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁴

Preámbulo: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”

Artículo 12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia...”

Artículo 16: “1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tiene derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia;... 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

Artículo 23: “... 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana...”

Artículo 25: “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”

b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (Art. 23)

¹³ KLIKSBERG, BERNARDO, La problemática de la familia y la educación en América Latina, Venezuela, 2001. Fuente: www.iadb.org/etica

¹⁴ Resolución 217 (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948.

¹⁵ Nueva York, Estados Unidos de América, 19 de diciembre de 1966, aprobado por la República Argentina según Ley 23.313.

c) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁶: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella (Art. VI).

d) Convención de los Derechos del Niño¹⁷: Preámbulo: “La familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

e) Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁸

Artículo 17. Protección a la familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

f) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁹

Artículo 10: Los Estados Partes en el presente pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.

Seis de los diez tratados y convenciones internacionales de derechos humanos²⁰, recogidos por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución de la Nación Argentina se ocupan de la familia. Aunque hay algunos matices distintos en dichos textos, la concepción antropológica que subyace en el concepto de familia, es coincidente en los mismos. Dos de ellos concuerdan en que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”²¹. La Constitución, entonces, se enmarca en el iusnaturalismo clásico. La afirmación es más completa que la célebre definición de base aristotélica de la familia como “célula social básica”. Al afirmar el carácter natural de la familia, se sostiene que la misma es anterior a la sociedad y al Estado y que su esencia es inmutable.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Se plantea en la Argentina la necesidad de optimizar la elaboración de una propuesta integral y razonada a favor de la familia. Es decir, la realización de hechos concretos que unan las leyes, las acciones de gobierno y las políticas privadas de las empresas con las aspiraciones y necesidades de la gente del país en torno a la familia.

Dentro de los cambios legislativos que necesita la República Argentina ha de incluirse toda la problemática que hace a la familia, la promoción y protección diferencial e integral de la misma. La legislación de la familia ha de respetar el principio constitucional y adecuarse a los tratados con jerarquía supra-legal mencionados en este trabajo.

¹⁶ IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

¹⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos de América, 20 de noviembre de 1989, aprobada por la República Argentina según Ley 23.849.

¹⁸ Pacto de San José de Costa Rica, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, aprobado por la República Argentina según Ley 23.054.

¹⁹ Nueva York, Estados Unidos de América, 16 de diciembre de 1966, aprobado por la República Argentina según ley 23.313.

²⁰ Scala, Jorge, Derechos humanos: Derechos Humanos y Constitución (familia, matrimonio y patria potestad en la reforma constitucional del 94), El Derecho, Tomo 216, página 967.

²¹ Artículo 16, inciso 3, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; recogido luego por el artículo 23, inciso. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Hay que tener en cuenta, además, que en el derecho argentino el tratamiento diferencial que se le otorgue a la familia no violenta el principio de igualdad establecido por la Constitución Nacional Argentina, ya que este principio no es absoluto, según lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia Argentina²².

La razón de que la familia sea una realidad de interés público y demande el interés prioritario del Estado en la sanción de una ley que fije una política de estado en materia de familia, radica en el cumplimiento por la familia de funciones sociales estratégicas sin las cuales ninguna sociedad resulta viable. La doctrina ha sintetizado las funciones estratégicas en las que se enuncian a continuación.

En primer lugar, la realidad demográfica de la nación, demanda una política demográfica de promoción de la natalidad como parte de una política de familia. Se trata de la procreación de las próximas generaciones del país. La principal riqueza de un país es su población, sus recursos humanos.

La segunda función estratégica de la familia es la crianza, educación o personalización ética y la socialización de las próximas generaciones de argentinos. La crianza es el proceso de alimentación, higiene y cuidado de la salud de un ser humano infante o adolescente. La educación es el proceso de transmisión de valores humanos para que la salud mental, el desarrollo y la maduración de un infante, adolescente o joven sean óptimas. La socialización es el trabajo de inserción de las nuevas generaciones en la sociedad de la que son parte de una manera adecuada a su bien personal y al conjunto de la sociedad toda.

La tercera función estratégica de la familia es la de ser un ámbito personal ecológico, como he dicho, para la vida humana. Ése ámbito es la familia, donde la persona humana es valorada incondicionalmente.

La cuarta función social estratégica de la familia es la de ser contención en una primera instancia de las generaciones más necesitadas: la primera (infancia) y la tercera (ancianidad).

El derecho no prescinde sino más bien acoge este dato que le viene dado por la realidad: los hombres no viven solos sino en familias. Esta preexistencia del orden natural, así como su virtualidad, han sido reconocidas en diversas oportunidades por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ²³.

Se debe exigir, entonces, a los administradores públicos políticas integrales que promuevan y respeten todos los derechos naturales de la familia porque la protección de la familia es una necesidad para la autoconservación social. En efecto, si la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, el primer deber de esta última es la protección de la familia; de lo contrario correría grave riesgo su propia subsistencia.

La protección jurídica es siempre posible. Las normas legales que reconocen la naturaleza intrínseca de la familia como sujeto de derecho, presentan un programa verdaderamente audaz que es un desafío para toda sociedad y para la sociedad argentina en particular.

La idea fundamental del principio de subsidiariedad de una ley de protección integral de la familia, significa que el conjunto de medidas políticas que el legislador implemente en las diversas áreas, deben dirigirse a facilitar el más alto desarrollo posible de lo que la familia es y de sus funciones propias; removiendo obstáculos y ayudando a promover los procesos y canales de aportación de las funciones socialmente estratégicas al conjunto social. Se trata, en suma, de colaborar con los medios adecuados, para que la propia creatividad y energía vital de la familia, como sujeto social más primario y activo, pueda realizarse y desarrollarse.

Por último, el diseño de una política pública de familia, es quizás la decisión estratégica más importante que pueden adoptar quienes tienen la responsabilidad de gobernar el país, en orden a afrontar con eficiencia los principales desafíos de la humanidad en el Siglo XXI.

²² Corte Suprema de la Nación, Revista Jurídica La Ley, Tomo 1990-E-; pág. 520.

²³ Corte Suprema de la Nación. Caso "Saguir y Dib", Fallos 302:1284.

GLOBALIZACIÓN GÉNERO Y DERECHO, UN DESAFÍO PARA EL ACCESO A UNA CIUDADANÍA COMPLETA

Dra. **ADRIANA ESTELA MAGGIO**
COLEGIO DE ABOGADOS DE MERCEDES

RESUMEN: Globalización- pobreza, marginación, genero, derecho y ciudadanía, son conceptos dinámicos que interactúan entre si, dando como resultado un sujeto de derecho, entendido este, como un centro de imputación de normas, que dará forma a una realidad que nos confunde, entre los que se escribe, se reconoce y se nos permite ejercer.

FUNDAMENTOS: Existen factores socio- culturales que aplican mantienen y justifican la desigualdad entre el hombre y la mujer: masculinización de los espacios públicos, utilización de un lenguaje sexista, falta de concienciación de los problemas que suscita en la mujer la imposición de roles por la sociedad y la forzada distribución de su tiempo, factores que no pueden combatirse, eficientemente, sin el interés, la implicación y el compromiso de la sociedad.

El derecho, como producto de un proceso histórico, local-global, contribuyó a dar forma al nuevo sistema normativo argentino, ante la incorporación de los tratados y convenios internacionales al derecho interno con fuerza constitucional, (normativa vigente que nos rige), aunque las prácticas demuestran que no han sido suficientes para garantizar el acceso real y efectivo a los derechos, de una gran parte de la población, en el caso particular, me referiré a las mujeres (mayoría vulnerable, tratada como minoría), quienes en la actualidad, no acceden al goce de una ciudadanía completa. "...En general, las leyes de naturaleza social, civil, política, electoral o cualquier otra, que a lo largo de nuestra historia, adjudicaban a las mujeres un distinto (inferior) plano de derechos, no lo hacían con propósitos objetivos de hostilidad o de sujeción, sino que mas bien significaban el reconocimiento legislativo, del papel que la sociedad adjudicaba a las mujeres, según sus inclinaciones o roles tradicionales. Pero la evolución de la sociedad y de las costumbres, las cambiantes pautas sociales y la firme actitud reivindicativa de importantes grupos femeninos, han transformado la situación.

Tomando como base que derecho ha partido de la concepción de la neutralidad e indiferenciación de las prácticas judiciales, sosteniendo que la pertenencia de género masculino, o femenino, son características ontológicas y no construcciones sociales, percepciones, intervenciones culturales, o identidades forzadas por el propio sistema social de jerarquía entre los sexos, no solo consolidó la desigualdad en el acceso a los derechos entre varones y mujeres, sino que contribuyó al sostenimiento de las prácticas sociales y judiciales, discriminatorias.

"...En efecto, la igualdad Jurídico Formal que se protegía hasta entonces partían de una abstracción, de acuerdo con lo cual todos los individuos participaban en las relaciones comerciales y económicas en un plano de igualdad, es decir la capacidad para obligarse de unos y otros para intercambiar bienes y servicios, era idéntica (las diferencias reales no eran significativas a estos efectos, simplemente se abstraían de las mismas). Las normas manejaban un modelo de ser humano "Abstracto",..., pues todos los seres humanos en cuanto poseedores todos ellos de una misma dignidad que los diferencia del resto de los seres de la naturaleza, son iguales...¹ "

¹ María Ángeles Martín Vida "Evolución Histórica del Principio de Igualdad y Paradojas de exclusión" Colección Feminae Universidad de Granada, España 2004 pag. 149

Pero pese al reconocimiento de esta igualdad formal, las mujeres han recibido y reciben un trato desigual, no solo en el acceso a los cargos electivos de las organizaciones sociales, sino a los derechos, como a la propiedad, trabajo, salud, educación justicia etc.

Si partimos del discurso jurídico, como palabra con fuerza de poder de verdad, para sancionar, modificar, reconocer y generar un nuevo sujeto de conocimiento, entenderemos, la importancia del lenguaje y de la necesidad de incluir en la materialidad del discurso a las mujeres, como sujeto de derecho, visibilizando no solo su existencia, sino sus diferencias como punto de partida para alcanzar la igualdad de trato. Como así también adecuar las políticas públicas para que el acceso a los derechos sea real y efectivo y no una simple declaración de reconocimiento normativo.

Para ello sería de fundamental importancia, adecuar el lenguaje normativo, las sentencias y las prácticas judiciales y sociales al principio de igualdad entre los géneros, reconocido por nuestra Constitución Nacional, en los artículos 37 y 75 inc.23, como así en los tratados incorporados a la norma fundamental.

La ausencia de la mujer en el discurso jurídico, como la falta de estudios sobre los diferentes impactos que provocan las normas sobre los géneros, contribuye ampliando, y consolidando la desigualdad en el acceso real y efectivo a una ciudadanía completa, “El lenguaje del sistema jurídico, creado y desarrollado por varones y quinta esencia de los publico, se corresponde con las modalidades más propias de sus modos de pensamiento “²

Por lo tanto es importante destacar, en principio, que la mayor exigencia en materia de género y derecho, la más urgente reivindicación debería ser la implantación jurídica del lenguaje de género, haciendo de ello una exigencia técnica legislativa.

El informe de la Unión Europea sobre igualdad entre hombres y mujeres de 2007, puso de manifiesto “la situación de desigualdad estructural que sigue afectando al colectivo mujeres y que se evidencia en aspectos relacionados con la diferenciación salarial, el desequilibrio en el reparto de responsabilidades entre hombres y mujeres la segregación horizontal y vertical, las diferencias sobre la modalidad contractual, o los obstáculos que limitan el acceso de las mujeres a los espacios de representación y de toma de decisiones. Sin olvidar la urgencia de acabar con la lacra de la violencia de género.”³

Por ello se hace necesario, reconocer la desigualdad histórica, entre hombres y mujeres, producto de una asignación de roles específicos (mujer ámbito domestico- hombre ámbito publico), arraigado en las normas jurídicas, en el imaginario social y en las sentencias judiciales, como así en la conformación de los órganos deliberativos, públicos y privados, estructuras sociales e institucionales, en los que se construye el poder (Ej. Sociedades Cooperativas, sindicatos, Colegios de profesionales, organizaciones de base, cuerpos directivos de organizaciones empresariales etc.), y en los que las mujeres están ausentes, o bien ocupan sectores de poca relevancia, en las tomas de decisiones, este sentido es preciso trabajar en forma coordinada y desde los mas diversos ámbitos para promover los cambios de forma transversal; cambios que el mundo global y local nos convocan a realizar, y permite afianzar y perfeccionar el sistema democrático.

La Constitución Nacional, establece entre su articulado, las acciones positivas, como instrumento idóneo para modificar las desigualdades históricas entre los géneros, que podemos utilizarlas desde los distintos ámbitos públicos o privados para afianzar la igualdad de trato entre los géneros y acceder ala tan necesaria igualdad real y efectiva a los cargos públicos. EJ: organizaciones públicas de abogados/das, que a la fecha carecen de paridad entre los géneros que la componen.

La doctora Aida Kelmelmajer de Carlucci, se pregunta en relación a las acciones positivas “ Quien es el destinatario de mandato “: ¿Legislador o Juez?, en respuesta a ello expresa“ Coincido con Bidart Campos, que aunque la acción positiva es un mandato dirigido al Congreso, “no sería la primera vez que

² Beatriz Kohen “ El Genero en la Justicia de Familia Miradas y protagonistas” Editorial AD. Hoc febrero 2008 pag. 55

³ Boletín de Información y Análisis Jurídico Art. 14 Una Perspectiva de Género N° 25 Instituto andaluz de la Mujer Consejería para la Igualdad y Bienestar, Junta de Andalucía España Pag. 3

la Corte, frente a normas dirigidas al legislador, las ha tomado en cuenta como pautas que también deben influir y orientar en la interpretación judicial de las causas sometidas a decisión de los tribunales. ⁴ EJ: Caso Fundación de Mujeres en Igualdad c/ Heladerías Freddo

Algunos autores llevan este razonamiento a sus máximas consecuencias; entienden que la norma es operativa; por eso, si el legislador no legisla para promover la igualdad real, la jurisdicción ordinaria, está facultada a fin de asegurar un real ejercicio de los derechos individuales.

Por ello, las estrategias adecuadas para el cambio, radican en el acceso real a las normas vigentes, aplicando las herramientas que el mismo sistema reconoce a todas las organizaciones públicas y privada y sobre todo a las instituciones con relevancia social, donde se hace necesario profundizar los niveles de igualdad. “La masculinidad del derecho hace que sea muy difícil para las mujeres y otros grupos oprimidos imbuir al sistema jurídico de valores alternativos.”⁵, por ello las formas femeninas de participación no son bienvenidas. En otras palabras, como institución social, los Colegios de abogadas/dos, deberíamos propiciar medidas que favorezcan la integración igualitaria de varones y mujeres, en la conformación de las autoridades y en las actividades políticas y de administración, instalando como norma, la ley de cupo en las lista eleccionarias de los colegios como en los cuerpos directivos y promover la integración de ambos géneros a través de distintas actividades culturales y de formación. Este accionar de naturaleza democrática, encuentra su naturaleza en el respeto de las garantías individuales de aquellos y aquellas que conforman los colectivos, sujetos a discriminación indirecta.

Si comprendemos que el sistema de globalización, no solo se caracterizó por el debilitamiento de la centralidad del Estado como regulador de la vida política y económica, la desaparición de las fronteras Nación y Mundo, política interna, y externa derecho interno e internacional, entre otras, sino en la búsqueda de un orden jurídico global, que incluya a las mujeres en el mercado laboral, en el orden del discurso jurídico y en las instituciones que conforman el ámbito público, y/o privado, como a través de leyes electorales con reserva de cuota o cupo; podremos entender que el mandato global es claro y que exige la conformación de relaciones sociales culturales y jurídicas diferentes entre varones y mujeres, generando entre los /las sujetos /as de derecho que integran la sociedad relaciones igualitarias de poder.

“...Ante la crisis del Estado- Nación y la nueva redefinición del término ciudadanía como vía de acceso a la pertenencia a la comunidad política y a los derechos, se ha de recordar la Historia que aquí se nos presenta, para saber que solo las cuotas paritarias en todos los contextos pondrán fin a la subordinación histórica de las mujeres, puesto que inciden sobre el origen y fundamento mismo de la autoridad y poder. La paridad restituye a las mujeres como sujetos de igual valor para representar intereses colectivos, definir en que consiste el interés general y significar a lo humano”. ⁶

Cuando hablamos de género, nos referiremos a una construcción social desigual, basada en la existencia de jerarquía entre los sexos y por consiguiente la que determinara, una configuración de relación asimétrica de poder, entre varones y mujeres, que traerá como consecuencia efectos sociales políticos y culturales, que se plasmaran como norma legal, con la fuerza que el discurso legislativo implica.

El carácter repetitivo de la vida cotidiana que modela los valores, la configuración de la forma de vida, las creencias, las aspiraciones, las representaciones de la realidad y la ideología, configuran la identidad femenina y es a través de ella que se reproduce el modelo de feminidad que define lo que debe ser una mujer para el sistema dominante. ⁷, es a través de las prácticas sociales (costumbre), que como fuen-

⁴ Aida Kelmelmajer de Carlucci “ Las Acciones Positivas” Revista de Derecho Volumen I Dirección General de la Mujer Secretaría de Promoción Social Gob. De Buenos Aires Pag. 66

⁵ Beatriz Kohen “El Genero en la Justicia de Familia”, Pag. 55

⁶ Ana Rubio Castro, Profesora titular de Filosofía del derecho Universidad de Granada España autora del prologo “ Evolución Histórica del Principio de igualdad y paradojas de Exclusión de María de los Ángeles Martín Vida Colección Feminae Universidad de Granada España.

⁷ ...”(Declaración de motivos de la Ley orgánica española N |6115/2008. Norma que busca la equiparación de las mujeres españolas en el acceso a los derechos, que se desprenden del ejercicio igualitario de la ciudadanía, para unos e incapacidad para otros”, en palabras escri-

te del derecho, legitimara los hechos, transformándolos en normas jurídicas, perpetuando y legitimando la desigualdad social. De allí la necesidad de modificar las pautas culturales, que indefectiblemente, forman parte del orden imperante, generando desigualdad en el acceso al derecho, la justicia y el ejercicio de una ciudadanía completa por parte del colectivo mujeres.

Qué sucede con nuestro Estado, que ha firmado convenios, tratados, ha dictado distintas normas, que en la práctica desoye, desconoce y no se aplican; por supuesto las justificaciones para estos hechos las conocemos,” las denuncias de las mujeres desbordan el sistema”, “no existe presupuesto para ello”, “hay cuestiones de mayor importancia y/o de trascendencia política”, etc. “...El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación .”⁸

Si en tendemos que la ciudadanía, implica un concepto dinámico y en permanente ajuste, implicando asimismo, el reconocimiento sobre individuos/as como portadores/as de derechos privados y públicos, los que pueden ejercerse dentro del Estado y contra el Estado mismo.

Y que en el mismo orden de ideas, la ciudadanía implica ejercicio, y como contra partida, la responsabilidad del Estado de garantizar el acceso real y efectivo al ejercicio de los derechos que se desprenden de ella, como así que los derechos que emergen del ejercicio de la ciudadanía, son el resultado de las luchas sociales y políticas, de, los/as sujetos que conforman la sociedad. Lo que implica que el concepto de ciudadanía, estará sujeto a cambios de existencia social. “...La noción de una ciudadanía implica se esa forma la posibilidad de que a través de la lucha política, grupos sociales creen o redefinan derechos (...), cuyo punto de partida, es la concepción de un derecho a tener derechos”.⁹

Entendiendo a la ciudadanía, como una construcción de carácter histórico, social, política y cultural, por lo tanto supeditada a los cambios de existencia social, que el orden local y el internacional, han consolidado en normas jurídicas, nos queda exigir el ejercicio real y efectivo a acceder al ejercicio de una ciudadanía completa. “... la igualdad de oportunidades entre los géneros sólo puede lograrse cuando este objetivo se extienda a todos los niveles y sectores de la política y a todos los procesos de toma de decisiones”¹⁰

En el mismo orden de ideas, nuestro sistema jurídico nos provee las herramientas para exigir el pleno uso y goce de los derechos que derivan de la ciudadanía, (acciones positivas, proceso judicial individual y/o colectivo, tribunales nacionales provinciales e internacionales . Aun así las diferencias en el acceso a una ciudadanía completa entre los géneros existe y si bien el Estado es el primer responsable, como miembros de esta sociedad organizada, nos cabe la responsabilidad de subsanar, las diferencias que persisten dentro de nuestras propias organizaciones, a fin de reparar la discriminación indirecta e histórica instalada sociablemente.

De acuerdo con lo expresado, la ciudadanía no puede limitarse a un simple reconocimiento por parte del Estado, sino que implica la obligación constitucional por parte de este es promover y legislar, medidas de acción positiva...art.75 inc. 23 “*Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen*

tas por John Stuar Mill, hace casi 140 años, es todavía una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos entre la vida personal, laboral y familiar muestran como la igualdad plena, efectiva entre hombres y mujeres, aquella “ perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegios.

⁸ Boletín de Información y análisis Jurídico “Artículo 14 Una Perspectiva de Género” N° 25 septiembre 2007 Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de la Mujer Consejería para la Igualdad y Bienestar. Granada España.

⁹ Aquino Silvia “ Femionismo Ciência y Tecnologia Construindo uma nova ciudadanía, reflexiones sobre a Interação entre los movimientos feministas e estare criação da delegacia de proteção a muhler de Salvador” Núcleo de estudos Interdisciplinarios sobre Muhler FFCH/ Universidad Federativa do Brasil 2002.

¹⁰ María Ángeles Martín Vida “ Evolución Histórica del Principio de Igualdad y paradojas de exclusión” Colección Feminae Universidad de Granada España 2004 pag.191/192

la igualdad real de oportunidades y trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y personas con discapacidad, como así de los órganos jurisdiccionales de exigir el acceso a una igualdad real y efectiva en defensa de los derechos individuales”.

El Dr. Bidart Campos, afirmaba: que con el nuevo texto constitucional se afianza “en concordancia con el espíritu dinámicamente actualizado con el cual debe interpretarse la Constitución- la vertiente social que supera los formalismos de una libertad, de una igualdad y de unos derechos que en la vigencia sociológica no son los mismos para todos, “porque muchos no logran acceder mediante un efectivo bienestar general a su uso y goce y a su disfrute”.¹¹

O sea que la ciudadanía en términos expuestos implica la organización de una estrategia de construcción (y difusión), democrática, que afirma un nexo constitutivo entre las dimensiones de la cultura y la política, en un movimiento que demanda y comprende hasta determinado nivel una aplicación del espacio en la política.

Lo que significa que no hay derecho sin acceso, que la realidad nos indica que existen amplios sectores de la población en situación de marginalidad jurídica, que la sanción de la norma y el reconocimiento de los derechos es importante, pero que sin acceso y ejercicio del derecho por parte de los individuos/as, no hay ciudadanía completa. Que las normas jurídicas, ejercen efectos dispares sobre las justiciables, que estos efectos generan desigualdades, que deben tenerse en cuenta a la hora de la construcción legislativa, como así en las sentencias judiciales.

La doctora Carmen Argibay, sostiene “Los Estados firmantes de las convenciones no cumplen eficientemente sus compromisos y, por eso, todavía subsisten conductas discriminatorias que no reciben la respuesta sancionadora adecuada, “no hay presupuesto”, “tal o cual resolución implicaría una discriminación inversa”, esta conducta no respetaría el principio de igualdad”, etc. Cuando hay que corregir una desigualdad a veces debe acentuarse la diferencia contraria porque equilibrar los platillos no podría hacerse de otra manera: situaciones desiguales deben tratarse de manera diferente para poder llegar a la igualdad buscada”.¹²

Por ello, teniendo en cuenta que la ciudadanía, como los derechos que emanan de ella, son parte del resultado de luchas de poder, supeditados a los cambios políticos y sociales, de quienes ejercen la voluntad de poder. Como sociedad en su conjunto, estamos capacitados para exigir al Estado su compromiso Constitucional de garantizar el acceso y como ciudadanos de incorporar los cambios propuestos por las normas que nos rigen, en la construcción de organizaciones en sentido amplio, (empresas, fundaciones, organizaciones civiles y de carácter público, etc), que respeten la igualdad efectiva en los accesos al poder, al trabajo y al resto de los derechos, de uno y otro genero, modificando las prácticas consuetudinarias, generadoras de desigualdad.

Si bien el numero de mujeres no garantiza el acceso a los cargos de representación, que la mencionada desigualdad, tiene un origen histórico, sostenida por las prácticas, culturales, sociales, legislativas y judiciales. Aun así, es importante dejar sentado, que la discriminación de género, no puede justificarse, como emergente cultural de ciertas tradiciones, sino que debe ser fuertemente denunciada por ser fuente de desigualdad, de pobreza endémica y de bajo crecimiento económico por parte de las mujeres, esta es la consecuencia de la falta de acceso a la oportunidad de una vida mejor; nos conducen como abogadas/dos de la matrícula, contribuir al desarrollo de una organización mas democrática en la que se garantice por medio de los instrumentos legales existentes el acceso de las mujeres a los sitios de representación para la toma de decisiones, sobre todo porque desde el año 2005, las mujeres abogadas formamos parte del 50% de la matrícula de la provincia de Buenos Aires, hecho que no se ha visto plasmado

¹¹ German , Bidart Campos cita Fallo Fundación Mujeres en Igualdad c/ Heladerías Freddo”.

¹² Carmen M. Argibay “Derechos Humanos desde una perspectiva de Género discriminación y violencia como impedimento para el ejercicio de los derechos humanos” Revista de Derecho Dirección General de la Mujer –Secretaría de Promoción Social Gob. De Buenos Aires Volumen I Pag 87

en la integración de las organizaciones directivas. (Datos aportados por la caja de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires 2005)

La garantía del ejercicio de una ciudadanía completa, por parte de las mujeres, y en el caso particular de las mujeres abogadas, implica el compromiso de todos y todas los/ las que hacemos esta profesión, con el fin de aprender y enseñar al resto de la población, a convivir en una sociedad mas justa y equilibrada, en el ejercicio del poder político y democrático, donde todas las voces puedan ser oídas. "...No podemos considerar que existe igualdad de oportunidades cuando un individuo/a, tiene que enfrentar impedimentos agobiantes que tornan prácticamente imposible procurarse el derecho al cual supuestamente esta en igualdad de oportunidades de accede. La igualdad de oportunidades significa algo más que la mera posibilidad. "¹³

CONCLUSIÓN:

Los conceptos de igualdad, ciudadanía, genero y derecho, son complejos y dinámicos, varían conforme al tiempo y al espacio social. El orden jurídico global- local, nos convocan a un cambio social profundo en materia de derecho, sujetos de derechos y participación de la mujer en materia política y social, haciéndolo efectivo, a través de la incorporación de los tratados y Convenios internacionales a nuestra Constitución, como con el dictado de nuevas normas jurídicas locales, en relación a estos.

Por ello, se hace imprescindible, modificar las prácticas sociales y culturales, no solo en el acceso de las mujeres a los ámbitos de poder y organización institucional, sino en el acceso igualitario al trabajo y a las cargas domésticas, en lo que respecta a la conciliación de tareas; hechos que contribuirán a la eliminación de la asimetría de poder existente entre los géneros, y como corolario podrán fin a la violencia, la pobreza y la desigualdad de las mujeres.

La tecnificación en materia de perspectiva de género del lenguaje normativo y jurídico, como el análisis del impacto que provocan las normas entre los géneros, es una tarea pendiente, tanto para la doctrina, las legislaturas, el poder judicial y los medios de comunicación.

La sola sanción de las normas no implica acceso, que para ello se deberán llevar a cabo políticas públicas coordinadas, acordes y transversales que garanticen la igualdad real y efectiva en todos los espacios sociales, tanto en el sector público como en el privado, sobre todo en lo que respecta a la conformación de las plantas orgánicas funcionales del sector público, como en el ingreso al empleo desde la convocatoria en el sector privado.

El acceso al ejercicio de una ciudadanía completa, si bien es responsabilidad primaria del Estado; como parte idónea de una sociedad democrática, somos los abogados/as, los/las responsables de activar los cambios desde nuestra organizaciones de base.

¹³ Rodríguez Marcela, abogada, diputada coalición Cívica Argentina Trabajos realizados por la legisladora en ejercicio de sus funciones, Boletín Artemisa.

"Sobre la constitucionalidad de la cuota mínima de participación de mujeres en los partidos políticos". Y "Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas ".

LA ABOGACÍA Y LOS DESAFÍOS DEL S. XXI.
LA CRISIS GLOBAL.

Dr. **HECTOR OSCAR MÉNDEZ.**
COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PLATA

Resumen de contenido. Conclusiones propuestas.

1.) La reciente crisis económica global de fines de 2007 originada fundamentalmente por la utilización de la securitización (o titulización) de activos financieros, ha obedecido a la ausencia (o ineficacia) de regulaciones normativas adecuadas en materia económica y financiera como consecuencia de una excesiva desregulación y de la ausencia de controles legales adecuados que hubieran posibilitado su prevención.

2.) Ello obedeció a la aparición de nuevas corrientes ideológicas en las dos últimas décadas del siglo XX, que privilegiaron las inversiones financieras especulativas por sobre las productivas y se permitieron situaciones de conflictos de intereses que produjeron un avance del interés privado y la autonomía de la voluntad sobre el interés público.

3.) En el campo del derecho, esa situación se caracterizó por un desplazamiento del derecho hacia la economía y por la introducción de principios económicos para la solución de cuestiones de derecho.

4.) Es necesario revisar detenida pero prontamente todas las instituciones legales económicas y financieras vigentes en nuestro país, que fueran introducidas o reformadas a partir la última década del siglo pasado, a la luz de la filosofía economicista de los llamados “*Felices 90*” para preservar el interés general y el bien común y evitar la repetición de situaciones semejantes a las que hoy atravesamos.

I.- LA GLOBALIZACIÓN Y LAS REGULACIONES ECONÓMICAS.

La crisis económica global que comenzó a manifestarse en el año 2.007 e hiciera eclosión en el año 2.008 en el corazón financiero de los EEUU, obliga a admitir que, como lo reconociera el nuevo presidente de ese país, Barak Obama, en el discurso inaugural del 20 de enero de 2.009, el mundo ha cambiado y nosotros tenemos que cambiar con él.¹

No podrá decirse por ello que el sistema capitalista ha fracasado o que deba ser abandonado porque no existe alternativa alguna de su sustitución por ninguna de las experiencias socialistas o colectivistas que no han demostrado poder superarlo. Pero la crisis económica global no deja dudas de que la forma en que se vino desarrollando el sistema capitalista desde las dos últimas décadas del siglo pasado necesita una profunda revisión.

Existe una inusual coincidencia de opiniones en el sentido de que el origen de la crisis reconoce cinco causas o motivos esenciales: a) la ausencia o ineficacia de regulaciones normativas adecuadas en materia económica y financiera, b) la ausencia o ineficacia de los controles legales adecuados que la hubieran prevenido, c) las situaciones de conflicto de intereses, d) el objetivo de la creación de riquezas a corto plazo por medios no productivos y e) el privilegio de las inversiones financieras y especulativas por sobre las productivas.

A partir de 1.980 el capitalismo comenzó a tomar un rostro particular que lo alejó de sus orígenes hasta implosionar en el último trimestre de 2.008. Ese último período de inicial esplendor tuvo al indivi-

¹ Puede consultarse su texto íntegro en La Nación, 21-I-2.009, Sección Exterior, pag.7

dualismo, al eficientismo, a la irrestricta autonomía de la voluntad, junto con las privatizaciones y la minimalización del Estado, como principios de una filosofía que fue exportada al mundo entero como consecuencia del fenómeno de la globalización mundial, promoviendo la mezcla de la actividad bancaria con la bursátil, las desregulaciones, la autorregulación de los mercados, la autocalificación de los riesgos de la inversión desde la órbita privada, y fundamentalmente la especulación financiera, como una nueva forma de generar riquezas no genuinas independientemente de las provenientes de las actividades productivas e industriales.²

En ese nuevo esquema se recurrió con frecuencia a técnicas, procesos y construcciones solo contables y financieras -generalmente sin escrúpulos y en situaciones de conflicto de intereses- como consecuencia de las cuales se fueron creando diferentes *burujas* de aparente prosperidad económica que al explotar imprevistamente fueron demostrando que detrás de esa apariencia de prosperidad en la economía mundial algo andaba mal ³, sencillamente porque se había olvidado que la globalización exige mas que la rentabilidad financiera y ese algo mas está en la rentabilidad genuinamente productiva. ⁴

Lo cierto es que la globalización mundial se impuso rápidamente con sus luces y sombras, siguiendo moldes estrictos presentados desde los EEUU y sus escuelas como dogmas casi sagrados, en algunos casos para beneficio, pero en otros en perjuicio de muchos países del mundo, especialmente los que se encontraban en vías de desarrollo, aunque luego se vería que ni los EEUU escaparían a las consecuencias perjudiciales de esa Nueva Economía.

Los mercados se internacionalizaron hasta llegar a considerar al mundo como un solo mercado⁵, produciéndose una excesiva desregulación económica y financiera dando rienda suelta a la irrestricta autonomía de la voluntad de las partes contratantes, utilizando para ello nuevas instituciones y figuras (*herramientas o productos*) de ingeniosa factura para promover riquezas financieras locales e internacionales a la luz de esa filosofía que penetró en todas las naciones, forzándolas a modificar o adaptar sus normativas, muchas veces basadas en sistemas jurídicos distintos. ⁶

Como consecuencia de la globalización y caracterizándola, las fuerzas impersonales del mercado desencadenadas por las conquistas tecnológicas actuaron sobre la capacidad de regulación de los gobiernos cuyas funciones fueron modificadas. Así las grandes empresas elaboraron una compleja ingeniería jurídica tendiente a superar las regulaciones estatales que se consideraban ineficientes, teniendo como objetivo inicial prescindir, en la medida de lo posible, del derecho estatal.⁷

Se ha considerado a la globalización como un fenómeno anacional de interconexión⁸, caracterizado por una mínima intervención del Estado en la regulación de los negocios jurídicos de trascendencia eco-

² GALGANO Francesco "La globalización en el espejo del derecho", trad. de Horacio Roitman y Maria De la Colina, Bs.As., Rubinzal Culzoni, 2.006, pag.19

³ SIGLITZ Joseph E. "Los felices 90. La semilla de la destrucción", ed. Taurus, Argentina 2.003, Prólogo. Pag.19/25

⁴ UEZ Román, "La globalización y los problemas regulatorios", ed. Rap. S.A., 2.007 parag.2.1 *La rentabilidad productiva: mas allá de la rentabilidad financiera*, pag.30

⁵ RIVERA J.C. "Globalización y derecho. Las fuentes del derecho de los contratos comerciales", L.L. 2.005-F, sec. doctrina pág. 1.005 y sig. cap. I y II.

⁶ En tal sentido destaca J. STIGLITZ que la globalización no siempre ha traído los beneficios que prometía. De hecho, con la notable excepción de Asia -debido en gran medida a su considerable desobediencia a las recetas extendidas por los EEUU para lograr el crecimiento y el desarrollo- la pobreza está en alza y adquiere tintes dramáticos en demasiadas partes del mundo. Con el crecimiento en Latinoamérica reducido durante esa década de reformas y globalización a poco mas de la mitad del registrado en los años cincuenta, sesenta y setenta, poco puede asombrar allí el descontento. La brecha que separa a los que tienen algo de los que nada tienen o casi nada -o a EEUU del mundo en desarrollo, o dentro de éste a ricos y pobres nuevamente-no ha hecho sino agrandarse e incluso los que mas tienen se sienten ahora mas vulnerables.- ob cit, Capítulo I. "Prosperidad y crisis. Los fracasos de EEUU fuera de sus fronteras", pag.54/59

⁷ RIVERA ob cit., parag.IV. "Mercado Globalizado y Derecho", pag. 1.001/1.012

⁸ UEZ Román A., ob cit nota 4 Parte Introductoria, pag.13/15 y Primera parte. "La Globalización", pag.17/21.

nómica. De tal forma, los Estados vieron debilitado un importante factor de control: su poder de creación y coerción normativa y con ello de su soberanía. La globalización parecería de ese modo que inauguró un retroceso irreversible del Estado, al dejar de ser éste una instancia fundamental en la dirección de la actividad económica, en la producción y la aplicación de las normas.⁹

Además, en esa economía globalizada, el mundo capitalista confundió desarrollo con crecimiento económico, lo cual llevó en muchas ocasiones a la imposición de modelos externos de desarrollo sin tener en cuenta las peculiaridades históricas, culturales o psicológicas de los pueblos a los que se aplican.¹⁰

La rápida traslación del capital financiero de un país a otro en cuestión de segundos como consecuencia de los avances de la informática, hizo que en el mundo del derecho aparecieran rápidamente nuevas figuras anteriormente desconocidas, como los llamados productos financieros, las *new properties*, obligaciones negociables, derivados, *comercial papers*, acciones sin voto, certificados de participación en fideicomisos financieros o en fondos comunes de inversión, debentures, *performance bonds*, *stand by letter of credit*,¹¹ las *stock options*, (que llevaron a la crisis económica de 2.001) y las *securizaciones* (o titulaciones en nuestra lengua, que provocaron la crisis bancaria estadounidense de 2.007, convertida en la crisis económica global de 2.008), etc.etc.-

Como consecuencia de esas ideas que dieron forma a la “*Nueva Economía mundial*”, se produjo el desplazamiento en la escala axiológico-política del derecho por la economía y el manejo de aquél por esta última, sobre la base de parámetros individualistas, de especulación y codicia -sin límites ni freno ético y social alguno- con el objetivo de generar rápidas riquezas por medios no productivos. Ese hito no solo significó el triunfo del capitalismo frente al comunismo¹² sino que provocó la escisión de aquel en dos vertientes: el capitalismo *angloamericano* que apareció como triunfante y arrollador, teniendo al individualismo, la irrestricta autonomía de la voluntad, y el fomento de las inversiones financieras como norte y a R.Reagan y M.Thatcher como sus mas representativos ideólogos; y el capitalismo europeo (o capitalismo *renano*) con un mayor contenido social, e ingerencia del bien común y del interés general basado en la inversión productiva, que fue superado por el primero en ese período, pero sin abdicar definitivamente a sus principios.¹³

II.- SU INFLUENCIA EN EL DERECHO.

En el campo del derecho, bajo el influjo de esa nueva modalidad de capitalismo, se formó una fuerte corriente de pensamiento originada en el mundo angloamericano, llamada “*del análisis económico del derecho*” nacida en la cultura jurídica del “*Common Law*” en la década de 1.960 que tuvo a Richard Postner como principal difusor. Esta teoría que prioriza la *eficiencia*, parte de dos objetivos fundamentales: a) analizar qué racionalidad económica tienen las normas actuales y hasta qué punto son en realidad el reconocimiento jurídico de una situación de conveniencia económica individual y b) en aquellos casos

⁹ UEZ Román A, ob cit, loc cit, ap. 1.2. “¿La presencia o la ausencia de los Estados” pag. 22 y sig.

En la globalización, señala RIVERA, la intervención del Estado en la economía se reduce en gran medida, con una tendencia ostensible a reducir el papel del derecho estatal, a liberar los mercados de regulaciones y a facilitar lo mas posible los intercambios, para lo cual se necesita que el derecho interno ofrezca la mínima o nula posibilidad de interferencia-ob cit, . Parag.III.1. “*El Derecho y el Mercado*”, pag1.008

¹⁰ IBAÑEZ JIMENEZ Javier-PORTAL UREÑA Antonio- GOMEZ FERNANDEZ AGUARDO Pilar “*Hacia una concepción multidisciplinar de las finanzas. Finanzas sociales e innovación financiera*”, en “El paradigma de la Ética Económica y Financiera”. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006 ap. 4, pag.77 y sig..

¹¹ RIVERA ob cit, loc cit, pag.1.010

¹² SIGLITZ J. ob cit, Capítulo I “*Prosperidad y crisis. Las semillas de la destrucción*”, pag.37/38

¹³ HERBERT Michel “*Capitalismo contra Capitalismo*”, Ed.Paidos, Buenos Aires, 1°ed. 1.992. Introducción pág. 1/25

¹⁴ Sin perjuicio del origen remoto de esta línea de pensamiento, que algunos ubican en el penalista italiano -C.BECCARIA- o en el filósofo inglés -G.BENTHAM-, existe coincidencia general en que los antecedentes concretos mas recientes y continuados, se encuentran en la cultura jurídica del “*Common law*”, especialmente en los Estados Unidos de Norteamérica, en los años 60, en la Universidad de Chicago, con

en los cuales la norma jurídica se revela como ineficiente desde el punto de vista económico, promover su reemplazo o modificación.¹⁴ Así, la racionalidad y la eficiencia económicas, postergaron al derecho y la justicia pretendiéndose la interdisciplina en el manejo de la misma.

Esta corriente que no tiene como meta que el derecho vigente sea mas justo ni mucho menos ético, sino tan solo que resulte mas útil y eficiente desde el punto de vista económico para las partes interesadas en un negocio jurídico, fue duramente criticada por destacados juristas del mundo jurídico del “*civil law*”, como Diez Picazzo¹⁵ entre otros. No obstante, aunque algunos opinen lo contrario,¹⁶ lo cierto es que logró introducirse con mayor o menor intensidad en los países enrolados en ese sistema, fundamentalmente los que se encontraban en vías de desarrollo -como los latinoamericanos-, según las realidades políticas del momento en cada uno.¹⁷

Tradicionalmente, la ciencia económica partió de las bases sentadas por Adam Smith y sus seguidores de que el *homo economicus* siempre se comporta en forma racional egoísta. Es lo que se conoce como hipótesis “REMM” (*Resourceful, evaluating, maximising man*), o individualismo metodológico. De acuerdo a esas ideas, el ser humano siempre busca maximizar sus utilidades y que el dinero le rinda lo máximo posible con el mínimo esfuerzo. Los hombres persiguen así sus propios intereses individuales, la mayoría de las veces egoístamente y proceden racionalmente para conseguir este objetivo.¹⁸ Postner en su obra, define esa racionalidad como “*elegir los mejores medios para conseguir los propios objetivos buscados*”.¹⁹ Se ha dicho que todo el estudio de la ciencia económica parte de este dogma tan caro a los economistas como el de la autonomía de la voluntad para los civilistas, aunque en los últimos tiempos ha comenzado a cuestionarse su exactitud, al menos para todos los casos de la vida.²⁰

Bajo esa orientación llegaron a conocerse, por ejemplo, importantes ensayos sobre “*contabilidad creativa*” (?) o cómo crear riquezas mediante artificiosos procedimientos contables sin respaldo real y otras construcciones similares.²¹

la publicación de dos trabajos sobre el tema que adquirieran gran predicamento en los ámbitos de las ciencias económicas: uno de Ronald COASE, que efectuara su conocido teorema, “*The problem of social cost*”, y el segundo de Gary BECKER, “*Crime and punishment: an economic approach*”. La línea teórica de estos trabajos fue seguida por otros dos no menos importantes: el de Guido CALABRESI, “*The cost of accidents*” (El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil), trad. De Joaquin Bisbal, 1984, ed. Ariel, Barcelona, y finalmente, el de Richard POSTNER “*Economic Analysis of law*” (Análisis económico del Derecho), Fondo de Cultura Económica, México, 1.998, que adquiriera gran predicamento en el mundo y en especial en América Latina.

¹⁵ DIEZ PICAZO Luis, “*Derecho de Daños*”, ed. Civitas, Madrid, 1.999.

¹⁶ BRIZZIO Claudia R. “*Regularización del contrato en la economía globalizada*” Rev. De Doctrina CPACF n° 3, Bs.As., 2.001, pág.13.

¹⁷ Hemos tenido oportunidad de destacar como ejemplo de esos cambios en materia procesal el desplazamiento de la conciliación como modo de autocomposición de los conflictos intersubjetivos privados en el ámbito del derecho continental europeo y latinoamericano, por el de la mediación extraída de los EEUU - y la consideración del arbitraje como un contrato y no como un instituto de carácter predominantemente jurisdiccional, por ejemplo- conf-. “*La conciliación. Su revitalización como medio alternativo de resolución de conflictos. Un proyecto trascendente para la Provincia de Bs.As.*”. ED. T. 176:929

¹⁸ SHAFER Hans Bernd; OTT, Claus, “*Manual de análisis económico del Derecho*”, trad. De Macarena Von Carstenn-Lichterfelde, ed. Tecnos, Madrid, 1.991, pag.61.

¹⁹ “*Rational choice, behavioral economics and the law*”, “*Stanford law review*”, vol, 50 pag. 1.551.

²⁰ Véase en tal sentido, la importante ponencia de LOPEZ HERRERA Edgardo, “*Derecho y Economía*”, XV Conferencia Nacional de Abogados, La abogacía rumbo al 2010. Balance del Siglo XX. Perspectivas del XXI. En homenaje al dr Guillermo Oscar NANO.-

²¹ Observa SITGLITZ que los informes financieros de las empresas son tremendamente complicados. Por eso contratan a contables para que los hagan y de los que se espera que presenten listas de ganancias, pérdidas, patrimonio neto, etc, de una forma estandarizada y ampliamente comprensible. Destaca que algunos consideran que el capitalismo -y la empresa moderna- no podría haber surgido sin un sector contable digno de confianza y capaz de suministrar una imagen razonablemente exacta del valor de una empresa y de sus ganancias, porque de lo contrario nadie podría calcular el valor de una firma. Considera que los contables son necesarios en parte porque los accionistas saben que no pueden confiar en las empresas: sencillamente a despecho de la legislación contra el fraude, existen incentivos demasiado acusados para proporcionar información engañosa y también asimetrías naturales de la información: los gerentes saben cosas que los accionistas ignoran. De allí que se supone que los contables están para garantizar que las cifras que presentan se han calculado

Cuadra anticipar que lo antes expuesto no significa desconocer la importancia de los efectos económicos de los instrumentos jurídicos, sino que pretende tan solo demostrar la conveniencia de no prescindir de las particulares características y de las realidades socio políticas del medio local en que se introducen las nuevas normas y también de las consecuencias de su aplicación, sobremanera cuando provienen de otros sistemas jurídicos distintos.²²

III.- SU REPERCUSIÓN EN ARGENTINA:

A partir de 1.990 Argentina, fundamentalmente de la mano de su superministro de economía ²³, vivió esa transformación del capitalismo tal vez como ningún otro país Latinoamericano por la convergencia de una serie de razones que no es motivo del presente analizar, circunstancia que la convirtió en uno de los ejemplos de la aplicación de los paradigmas de la “*Nueva Economía*” por parte de los países en desarrollo.²⁴

Recibió de lleno y con los brazos abiertos el impacto de la globalización y muchos de sus efectos aún perduran como consecuencia de la vigencia de una vasta normativa reguladora de instituciones negociales, económicas y financieras generada en ese período, importada generalmente de países del sistema del *common law*, fundamentalmente de los EEUU que difícilmente hubiesen podido concretarse en otros momentos, como el fideicomiso legal argentino, que no había logrado introducirse como lo hiciera en otros países latinoamericanos menos aferrados a la defensa de su sistema y costumbres jurídicas. Esto si bien en principio pareció dar frutos inmediatos en la obtención de rápidas ganancias y crecimiento por

de acuerdo con ciertas normas. Unas normas y prácticas contables adecuadas reducen las asimetrías de la información y ayudan al mejor funcionamiento del mercado de capitales. Pero por desgracia, concluye, en las dos últimas décadas, las fuerzas que trabajan a favor de una información exacta han sido sistemáticamente socavadas.

En los últimos años, principalmente a partir de los ochenta, algunos consultores y contables innovadores han encontrado formas ingeniosas de trasladar por ejemplo los gastos del balance a una entidad especial creada expresamente con el objeto de aprovechar las más rápidas amortizaciones fiscales posibles. Otras veces recurriendo a nuevas figuras, como el leasing. Con el mismo propósito en los años sucesivos se fueron ideando dispositivos cada vez más complicados, en parte para aprovechar las distintas leyes fiscales existentes en los distintos países (como según nuestra apreciación sucediera con el fideicomiso latinoamericano). A finales de los 90 todo lo que importaba era que los libros tuvieran “buen aspecto”. A medida que la estructura de la economía iba cambiando los problemas que asediaban a los contables crecieron, multiplicándose las oportunidades de usar las mañas que ya habían elevado a la categoría de arte. Según se afirmaba “los derivados” esos nuevos y complejos productos financieros, proporcionaban a las empresas una herramienta nueva y poderosa para compartir y desplazar los riesgos. Pero también podrían ser un medio para sacar dinero de los balances y por este sistema, ocultar enormes riesgos, engañando a personas dentro y fuera de las empresas. Durante años, la opinión pública asistió a la caída de empresas poderosas como Barings por el comercio de derivados que protagonizaban sus propios empleados y que sus propios sistemas contables internos habían sido incapaces de descubrir. Incluso autoridades públicas como las del condado de Orange fueron arrastradas por ello al borde de la bancarrota.

En cada caso, el mal uso de los derivados aumentaba la preocupación sobre los riesgos que entrañaban esos títulos. Algunas eran conscientes de las dificultades que planteaban los derivados para evaluar el verdadero estado financiero de un banco, o en realidad de cualquier empresa, pero había muy poco por hacer en una era de supresión de las regulaciones, aunque posteriormente se advirtió -tardíamente- que se podría haber hecho mucho más por mejorar la calidad de la información contable y restringir el grado de exposición al riesgo- STIGLITZ J. “*Los felices 90*” cit. Cap 5. “*Contabilidad creativa*”, “*Primer curso de contabilidad engañosa*”, pag.168/172.

²² Aunque con referencia a las decisiones judiciales que también constituyen normas jurídicas –si bien particulares-, la CSJN ha tenido oportunidad de señalar que “no debe prescindirse de las consecuencias (entre ellas las económicas), que naturalmente derivan de un fallo, toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que esta engarzada la norma”

²³ El primer mandato del ministro Cavallo a cargo de la cartera de Economía se desarrolló entre los años 1991 y 1996

²⁴ En tal sentido, STIGLITZ destaca que Latinoamérica fue tal vez el alumno más aplicado de esas políticas. Se adhirió a las reformas con convicción y entusiasmo y ahora se enfrenta a las consecuencias: medio decenio de estancamiento, un porcentaje de su población bajo el umbral de la pobreza, desempleado y sin subsidios, lo cual no ha hecho sino empeorar la situación registrada a principios de los noventa. Y entre esos países la Argentina, que fuera anunciado con bombos y platillos como el más aplicado discípulo de la reforma con calificación de sobresaliente (1998) terminó en un desastre económico (2.001) a la vista del que es lógico que los países en vías de desarrollo se pregunten: ¿si esto les pasa a los alumnos de sobresaliente que suerte nos espera a nosotros? STIGLITZ J, ob cit, Capítulo I. “*Prosperidad y crisis. Los fracasos de EEUU fuera de sus fronteras*, pag.54/59, y *Lecciones*, pag. 62/65

parte de los sectores interesados, en muchas ocasiones fue campo fértil para el fraude y el engaño movidos por la especulación y la codicia ilimitada, en perjuicio general de quienes -incluido el propio Estado- ingenuamente confiaron en las aparentes bondades de ese sistema de liberalización económica y autorregulado, caracterizado por un eclipse del bien común en pos del interés individual y la libertad contractual, y de un notorio achicamiento del orden público frente a una irrestricta y muchas veces egoísta y especulativa autonomía de la voluntad.

Los argentinos solemos enamorarnos muy rápidamente de las teorías e institutos jurídicos foráneos en boga. En el siglo XIX y primera parte del siglo XX lo hicimos con los europeos y ello era en cierta parte justificable por ser el nuestro un país de inmigrantes fundamentalmente europeos y por la adscripción al sistema jurídico románico. En la segunda post guerra pero especialmente a partir de 1.980 y 1.990 lo hicimos con los anglosajones como consecuencia de la globalización angloamericana. Como se ha dicho, nos enamoramos rápidamente de estas nuevas figuras jurídicas -importadas de otros sistemas jurídicos no compatibles- y nos desamoramos con la misma rapidez, casi con el espíritu de un adolescente.²⁵

Bajo el influjo de la globalización que generalmente tomó el rumbo desde el mundo del sistema jurídico anglosajón hacia el continental europeo y rara vez a la inversa²⁶, se fueron introduciendo o “transplantando” en nuestro sistema jurídico -basado en el “*civil law*” románico de origen continental europeo-, diversos institutos inspirados en el sistema y cultura del “*common law*” del derecho angloamericano, estructurados sobre la base de otros parámetros diferentes por cierto mas individualistas y tal vez en ocasiones mas egoístas, que obedecen a otra idiosincrasia, en la que la autonomía de la voluntad encuentra pocos frenos en normas limitativas basadas en el bien común. Si bien ese sistema brinda soluciones adecuadas de justicia a través del derecho de equidad, la incorporación de esas figuras en el sistema del civil law, favorece todo tipo de abusos y enriquecimientos en favor de unos pocos agentes que se benefician de esos institutos sin la asunción de responsabilidad alguna de su parte.

El fideicomiso legal establecido por la Ley 24.441 es tal vez uno de los ejemplos mas claros de ese apresurado desembarco conceptual.

No pretendemos con ello efectuar una apreciación disvaliosa, ni mucho menos del sistema jurídico angloamericano, ni de las bases jusfilosóficas en que se inspira, sino tan solo demostrar que sus disimilitudes con el *civil law* románico, no permiten su promiscuidad, sencillamente porque son diferentes y en muchos aspectos incompatibles.

²⁵ ALLENDE Lisandro A.-BORDA Guillermo J. “*Apuntes sobre la práctica del fideicomiso*”, rev. L.L. 10-VIII-07

²⁶ Observa Jorge MOSSET ITURRASPE, que los profesores Piero CATALANO y Sandro SCHIPIANI, de la Universidades de “La Sapienza” y “Tor Vergata” (ambas de Roma), respectivamente, con el apoyo de la ASSLA y del Centro de Estudios Latinoamericanos, han expresado, desde bastante tiempo atrás su preocupación por el avance del Derecho del *common law*, básicamente en su vertiente norteamericana, sobre el Derecho del *Civil Law* imperante en los países de Latinoamérica- CATALANO P. “*Sistemas jurídicos. Sistema jurídico latinoamericano y Derecho Romano*”, en Rev. Gen. Leg. y Juris., Nº 85, 1.982, pag.161 y sig., SCHIPIANI S. “*El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*”, en la obra “*El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano tipo*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1.998, pag.93 y sig.- Destaca también el autor, palabras del rector de la Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, “obra la presencia fuerte, dijérase que avasalladora del *common law*, propiciada por la intervención de los Banco Mundial e Interamericano, de agencias de desarrollo y cooperación, de entidades financieras trasnacionales, de empresarios proveedores de bienes y servicios del mismo alcance, y de la llamada globalización del comercio, que presionan por la adopción de los principios y patrones contractuales de dicho sistema, a la vez que numerosos juristas intermediarios de nuestros países se anticipan solícitos a adoptar terminología y estilo americanos, sin advertir las incongruencias y choques analifilácticos que genera su ligereza”-HINESTROSA, F. “Prólogo de la Obra “*El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código latinoamericano tipo*”, cit pag.2.

El catálogo de los contratos y de los pactos, como también de las expresiones de uso cada vez mas frecuente en el campo jurídico, en idioma inglés, trasegados esos acuerdos y esas voces del Derecho americano, es realmente impresionante. Su vulgarización comenzó en la década de los 90, con la economía de mercado y la Interpretación Económica del Derecho; avanzó con la multiplicación de los títulos académicos logrados en los EEUU, por abogados argentinos, y culminó con ciertas reformas al Derecho Privado sancionadas en el país, en particular con la Ley 24.441. “*Fideicomiso y Negocios Fiduciarios*”, en Rev. De Derecho Privado y Comunitario, 2.001-3, Fideicomiso, parag.1. “*Introducción en países de Derecho de base romanizada, Civil Law, de institutos pertenecientes al Derecho Angloamericano, o common law ventajas e inconvenientes*”, pag. 7/8 notas 1, 2 y 3.

Esa corriente fue generalmente receptada -o al menos no cuestionada- por nuestra doctrina, salvo pocas excepciones. Entre estas últimas cabe señalar, entre otras, las opiniones disidentes de J. Mosset Iturraspe desde la órbita civil y de E.E. Martorell y R. Nissen en lo comercial, que mantuvieron una postura crítica respecto de esta invasión no solo normativa sino también conceptual, que ha transplantado -como se dijo, muchas veces sin analizar previamente su necesaria compatibilidad- institutos nacidos a la luz del utilitarismo e individualismo del derecho anglosajón, al derecho continental europeo y especialmente al latinoamericano.

En tal sentido, el resumen del pensamiento de Mosset Iturraspe que ensaya en el Prólogo de su reciente *“Contratos Simulados y Fraudulentos”*²⁷, que reeditó 27 años después su obra *“Negocios Simulados y Fraudulentos”*, es por demás elocuente al señalar que *“la crisis de las pautas morales y el auge del utilitarismo, cuando no del pragmatismo, significan un incentivo al encubrimiento, la disimulación y el mero salvar apariencias. Nos hubiera gustado poder decir -añade- que la Argentina y Latinoamérica, país y región sometidos al orden jurídico, al respeto a la palabra empeñada, y al obrar probo y honesto, han arrojado nuestro tema al olvido pero no es así”*.

“El economicismo tiene, desde nuestra óptica, mucho que ver con la insolidaridad, el olvido del prójimo y el apartamiento de la ética social. Es una sociedad civil transformada en un “mercado”, donde todo se compra y se vende, donde la cuestión central, para muchísimas personas, es simplemente, “encontrar el precio”, los fraudes, en general, y las simulaciones, en particular, son moneda corriente, están a la orden del día”

En la misma sintonía destaca Martorell que mientras antes los contratos servían solo para hacer circular las cosas, hoy sirven también para hacerlas, para *crear productos financieros* en una especie de nuevo bien que no es producto de la industria sino *“de la fantasía jurídica”*, un bien cuadrimensional como dice Gálgano que no tiene límites en el espacio ni en el tiempo, como los derechos sobre un inmueble *“a tiempo compartido”* (?) y que reside en la determinación de que *“la deuda es una mercancía vendible”*.²⁸

Nissen, por su parte, es conocido por su constante crítica de la utilización de la personalidad jurídica societaria para fines extrasocietarios y abusivos, su lucha contra las situaciones de conflictos de intereses y otras deformaciones similares, generalmente para aprovecharse de la limitación de responsabilidad de los socios y administradores de las sociedades de capital, metas que intentó introducir durante su gestión a cargo de la en la I.G.J. para gusto de algunos y disgusto de otros.²⁹

IV.- Áreas influenciadas por la filosofía economicista.

La crisis de origen financiero que se inició en el año 2007 en los EEUU y aun no ha finalizado, ha obligado al mundo entero a repensar en forma inmediata el estado de las estructuras normativas reguladoras económicas, a los efectos de lograr una salida de la misma lo más rápido posible -tarea que según muchos durará años- y evitar la repetición de similares fallas sistémicas en perjuicio del bien común.

No se trata por cierto de volcarse pendularmente hacia el extremo opuesto con regulaciones asfixiantes o desfomentadoras de la actividad económica, ni de volver a estatizaciones permanentes o intervencionismos estatales activos que han dado muestras de su inconveniencia, ni mucho menos. Es necesario buscar el justo equilibrio entre la autonomía de la voluntad en materia económica y regulaciones

²⁷ Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As., 2.008, vol.I *“Contratos simulados”*, pag.9

²⁸ MARTORELL Ernesto E. *“El fideicomiso: Breve estudio crítico de la utilización de esta figura”*, L.L. T. 2007-B Sec. Doctrina., pag. 817 y sig, parag.II *“El fideicomiso. Y eso ¿ Que es?”*.

²⁹ Destaca NISSEN también que los fenómenos de los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones, los resultados no asignados del patrimonio neto, la proliferación de la actuación de las sociedades off shore, etc, constituyen graves desviaciones al régimen legal de las compañías mercantiles. También advierte el autor que *“esos extraños fenómenos han tomado carta de ciudadanía a través de la influencia de los cultores de la ciencia técnica contable”*. NISSEN Ricardo A. *“Panorama actual de derecho societario”*. Ver las *“Palabras del autor”* Ed. Ad Hoc, Bs. As. 2000

mínimas pero que preserven el bienestar general porque ambos se encuentran entrelazados. Ese es el actual desafío mundial.

Nuestro país no puede permanecer alejado de esa imperiosa necesidad. Para ello deberá revisar y reanalizar detenidamente pero pronto, la conveniencia del mantenimiento o no de la normativa introducida en ese último período del capitalismo que llevó a la crisis. Y en caso afirmativo, adecuar su redacción a nuestras instituciones y principios jurídicos esenciales. Entre ellas se encuentra -sin dudas- la relacionada con la regulación del fideicomiso legal introducido por la Ley 24.441 que si bien toma como fuente directa al fideicomiso latinoamericano -al que desmejora-, responde en última instancia y en esencia al trust anglosajón, tal vez la institución jurídica más paradigmática del sistema del *Common Law*.

Seguramente ningún otro instituto angloamericano ha mostrado una influencia tan directa en el sistema continental europeo como el *trust*, fundamentalmente a través de su recepción mediante el fideicomiso latinoamericano aunque ello se ha pretendido justificar señalando que la inmensa experiencia recogida por los países anglosajones en el uso de la figura del trust terminó por prevalecer, aún cuando cada país lo adaptó a sus propias tradiciones y necesidades.

No obstante, el caso del fideicomiso legal argentino no es el único, pudiendo mencionarse, -tan solo a título enunciativo- otros ejemplos tales como:

1) la Ley 24.432 (1.994) de desregulación de los honorarios profesionales; 2) la figura del *leasing* introducida por el título II de la Ley 24.441; 3) el régimen especial de ejecución extrajudicial de hipotecas para aquellas en las que se hayan emitido letras hipotecarias introducido por el Título V “*Régimen especial de ejecución de hipotecas*” -arts. 52/77- y la modificación del art. 598 del C.P.C. y C.N, para las subastas extrajudiciales de hipotecas, efectuada en el Título IX “*Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*” -art. 79- de la misma Ley 24.441; 4) el nuevo régimen de Concursos y Quiebras dispuesto por la ley 24.522 (1.995), con el otorgamiento de mayores facultades a los acuerdos del deudor con la mayoría de acreedores concursales y la privatización de buena parte de las funciones jurisdiccionales, entre las que cabe señalar la práctica imposibilidad de continuar con el ejercicio de las acciones de responsabilidad; 5) la regulación de la peligrosísima figura del Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) introducida por la modificación a la L.C.Q. por ley 25.589, cuya complaciente redacción y abusiva utilización, ha posibilitado la comisión de resonantes estafas en perjuicio de acreedores de deudores que optaron por esa vía facilista, propiciándose su urgente modificación; y la adjudicación de las funciones de la sindicatura concursal a los profesionales en Ciencias Económicas, con desplazamiento de los abogados, y su introducción como únicos operadores responsables del complejísimo proceso concursal, al colocar a su cargo el pago de los honorarios profesionales de sus letrados patrocinantes etc.etc; 6) la sorpresiva irrupción de la mediación obligatoria con la Ley 24.573 (1.995), con la que se pretendió sustituir a la conciliación propia del civil law y arraigada en nuestras costumbres e instituciones por una ignota figura autocompositiva importada de los EEUU, que sobre bases exclusivamente individualistas y egoístas solo busca la exclusiva satisfacción del interés individual del momento y en el caso de las partes, por encima del bien común y de cualquier idea de justicia, de la que no se logró excluir a los abogados como era el propósito inicial según las fuentes utilizadas; 7) los sistemas de autocomposición de las partes en los asuntos penales mediante la satisfacción autocompositiva de los intereses de la víctima por parte del victimario; 8) la adopción del proceso acusatorio adversarial en materia penal; 9) la modificación de la Ley de Entidades Financieras y regulación de los Bancos de Inversión y la posibilidad de su intervención en la órbita bursátil a través de las sociedades de bolsa y el MAE (Ley 21.526-art.22-); 10) la consideración del arbitraje interno e internacional como un verdadero contrato emanado de la libre autonomía de la voluntad de las partes, desconociendo su preponderante función y carácter jurisdiccional y publicístico por su esencia finalista equiparada a una sentencia judicial; 11) La Ley de Fondos Comunes de Inversión 24.083 que rompiera el concepto de patrimonio como universalidad de bienes; 12) Los continuos proyectos de ley para reformar los Códigos Procesales locales auspiciados por el notariado argentino en coordinada acción tanto en la Nación, como en las provincias para lograr la introducción de la llamada “*jurisdicción voluntaria*” tendiente a su desjudicialización con el propósito de convertirla en un trámite administrativo que posibilite entre otros objetivos el apetecible trámite de las

llamadas “sucesiones extrajudiciales”, y los divorcios por mutuo consentimiento extrajudiciales ambos con intervención notarial. Siempre cabalgando sobre el argumento de su carácter no contradictorio, y la conveniencia de distraer de la actividad jurisdiccional esas funciones no contenciosas por entender que se tratarían de simples cuestiones de supuesto carácter administrativo y consecuentemente incluidas en esa jurisdicción que no se considera propia de la justicia -a la que se pretende reservar tan solo la jurisdicción contradictoria-³⁰. Todo ello por cierto con inocultable finalidad economicista y crematística en beneficio de ese sector profesional, creando dos tipos de justicia –administrativa (generalmente voluntaria) y exclusivamente contenciosa (judicial)-, sin razón ni justificación alguna para ello que se aleja de las bases de nuestro sistema jurídico, etc. etc.

³⁰ Generalmente sobre la base del modelo español, sin advertir las diferencias conceptuales y constitucionales del sistema español con el Argentino, en cuanto aquel reserva el carácter de jurisdicción solo a la contenciosa, como el poder de los jueces de resolver los conflictos y hacer ejecutar sus decisiones- art. 117 de la Constitución Española-, mientras que para nosotros el concepto de jurisdicción comprende ambas jurisdicciones tanto la contradictoria como la llamada jurisdicción voluntaria.

LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS Y LAS RELACIONES MULTILATERALES. ASIMETRÍAS Y PROBLEMÁTICA

DR. DANIEL ALBERTO ANDRADE

COLEGIO DE ABOGADOS DE RECONQUISTA SANTA FE

SUMARIO: I - Cuestiones preliminares. La Verdadera Problemática; II - OMC. Comercio de Servicios. Regulación actual del Comercio de Servicio en la OMC; La cláusula de la Nación Mas Favorecida III – La Liberación del Comercio de Servicio en la Unión Europea. Encuadre de la situación. Directiva de Servicios. Principio del País de Origen. Estado Actual; IV – Consideraciones Finales.

I – CUESTIONES PRELIMINARES

En el marco de la presente convocatoria, el Colegio de Abogado de Reconquista acepta el desafío generacional propuesto en este Congreso, se suma al debate y adhiere con buenos augurios la idea de que a través del consenso y la institucionalización de la problemática, se encuentran las herramientas para preservar nuestros derechos. Y llama a la prudencia en responder a los problemas del hoy con las previsiones del mañana, ya que siguiendo a Heidegger es común que el pasado viva en el presente y el presente lo hará en el futuro.

El tema a abordar, es la Prestación de Servicios y las Relaciones Multilaterales, haciendo una breve comparación entre los sistemas vigentes en el marco de la O.M.C y la Unión Europea. La intención es sacar a contraluz las dificultades que se presentan a la hora de coexistir en el mundo globalizado. Se tratan de dos sistemas distintos, orientados sobre modelos e intereses contrapuestos y antagónicos, lo cuál, es claro advertir una pujante lucha entre los actores. El objetivo radica en las conclusiones que se puedan ensayar acerca de cuales son las ventajas y/o desventajas entre cada uno de ellos, como así también poder aventurarse en elegir y/o crear el correcto para nuestra America Latina, que según el informe 2009 de la CEPAL tendrá una economía en contracción con un aumento en el desempleo, la que obviamente producirá efectos perdurables en la Región.

La Verdadera Problemática

La preocupación tiene sus motivos atendibles, si advertimos que dentro de las Prestaciones de Servicios se encuentran gran parte del empleo y de la producción global, dato que demuestra y proyecta no solo la importancia del tema, sino también logra esclarecer la real dimensión de las desigualdades que existen en las condiciones asimétricas de sus interlocutores. Utilizando términos de la obra de Michel Foucault “La verdad de las formas jurídicas” (Pág. 144-145, Ed. Gedisa) podemos decir que, la asimetría en la Prestación de Servicios le es “isomorfa” a todas las asimetrías restantes, el esquema de los servicios es la imagen de la sociedad invertida, una imagen transformada en amenaza, ya que se expande a otras formas de relaciones extrafronterizas que se basan en el mismo modelo y responden al mismo principio funcional.

Si bien se trata de un concepto omnicompreensivo en lo que a la Prestación de Servicio se refiere, la idea es ocuparnos de la problemática específica de los Servicios Jurídicos Infra-fronterizos, que nos vincula de manera directa y al que todavía no hemos accedido, navegando por lo tanto entre las turbias y caudalosas aguas de la incertidumbre.

Por último, los factores asimétricos no es solo un problema que aqueja a la aldea global en toda su extensión, sino que es un elemento innato y propio a toda forma asociativa, la encontraremos en regiones

consolidadas, en pequeñas regiones y en toda forma de negociación multilateral.

Con tales aclaraciones entramos al planteo de fondo.

II - OMC Comercio de Servicios

La creación de la Organización Mundial de Comercio (OMC) ocurrió al fin de la ronda de negociaciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (General agreement on tariffs and Trade- GATT) realizada en Uruguay (1986-1994).

La precisión para la inclusión del comercio de servicios en el contexto multilateral data, todavía, por lo menos veinte años antes de la creación de la OMC. Los países desarrollados y las empresas de servicios multinacionales siempre fueron los participantes más interesados en obtener la liberalización del comercio de servicios, valiéndose de sus ventajas comparativas y del alto grado de desarrollo alcanzado en su mercado interno en lo que respecta a la prestación de los servicios.

Sobre esta característica, se puede indicar que: desde la década de los setenta, los Estados Unidos han propuesto la inclusión de los servicios en las diferentes etapas de negociación comercial multilateral del GATT, con la objeción de los países no desarrollados. Por una parte, estos países asociaban la liberalización del intercambio de servicios a una posición dominante de las multilaterales norteamericanas, y por otro lado, les generaba temor el hecho de que fuese impuesta la apertura del sector de los servicios de sus mercados internos a cambio de un mayor acceso a los mercados de bienes de los países desarrollados.

Las negociaciones tropezaban también con el inconveniente de llegar a un criterio común que definiera la forma en que serían aplicados al sector de servicios, los ya tan conocidos principios y normas que rigen la liberalización del comercio de bienes, tales como las cláusulas de Trato Nacional (TN). A diferencia del comercio de bienes, al comercio de servicios no se aplican barreras arancelarias. Además, la ausencia de uniformidad relativa a las categorías de subsectores que integran el sector de servicios y la precariedad de parámetros para clarificar servicios dificultaban el avance de liberalización en servicios.

No obstante estas cuestiones políticas y técnicas, el AGCS fue creado y empezó a producir efectos desde 1995. De pronto, el AGCS pasó a potencialmente regular un comercio con valores inconmensurables en la gráfica económica y en una variedad de sectores.

Entre los sectores comprendidos por el AGCS, podemos mencionar el de los servicios profesionales (auditoría, arquitectura y derecho), el turismo, los servicios financieros, de construcción, distribución, educación (con mucha polémica) salud y transporte entre otros, desde que haya un elemento de internacionalidad en la transacción comercial.

En la actualidad, los EUA han atribuido un papel de destacada importancia al asunto de comercio de servicios en la OMC. La posición norteamericana está incluida en el instrumento jurídico que articula su política comercial: la TPA. (Trade Promotion Authority – Fast track)

En este aspecto hay que entender cuáles son los intereses y los límites de la posición a ser negociada por los Estados Unidos en lo que respecta al comercio de servicios regulado por el AGCS.

Regulación actual del comercio de servicios en la OMC

El AGCS es un acuerdo que regula, a nivel multilateral, los aspectos relativos al comercio de servicios; tiene por finalidad establecer un conjunto de principios y reglas para el comercio de servicios con miras a la liberalización progresiva y como medio de promover el crecimiento económico de todos los interlocutores comerciales y el desarrollo de los países, conforme se predica en su preámbulo.

Estructurado en seis Partes y Ocho Anexos se trata de un Acuerdo que se encuentra completamente por compromisos asumidos por los países para determinados sectores específicos.

El Art. 1 establece el ámbito de aplicación del AGCS, al prescribir que “el presente Acuerdo se aplica a las medidas adoptadas por los Miembros que afecten el comercio de servicios” El artículo XXVIII.a del AGCS sugiere una interpretación amplia para medidas (measures, en el original), pues medida

significa ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión, o disposición administrativa, o en cualquier otra forma emanada de fuente gubernamental de sus mas diversas esferas (nacional, local o regional), así como de fuente no gubernamental en el ejercicio de poderes delegados por la autoridad publica (Art. I 3.a, “i” y “ii”)

Al “comercio de servicios” se lo define como el suministro de un servicio” prestado de acuerdo a cuatro modalidades (Art. I, 2), excluyendo de su ámbito aquellos servicios ofrecidos “en ejercicio de facultades gubernamentales”.

Las cuatro modalidades de suministro de un servicio son así definidas.

MODALIDAD 1. Los servicios suministrados del territorio de un Miembro al territorio de cualquier otro miembro. “Suministro Transfronterizo”. Se trata del servicio (suministro del servicio) sin la presencia física del miembro prestador en el territorio donde el servicio es prestado. Por ejemplo: una empresa de consultoría que emite un dictamen para una empresa e otro país, sin que estén físicamente presente en el territorio sede de esta última.

MODALIDAD 2. Los servicios prestados en el territorio de un Miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro miembro- “consumo realizado en el exterior” por ejemplo, El turismo.

MODALIDAD 3. Los servicios suministrados por un proveedor de servicios de un Miembro mediante presencia comercial en el territorio de un miembro mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro.- “Presencia Comercial”. Se trata de la prestación de servicios a través de la presencia de filiales de la empresa matriz. Por ejemplo, los servicios de los bancos extranjeros asentados en un determinado Miembro.

MODALIDAD 4. Por un proveedor de servicios de un miembro mediante la presencia de personas físicas de un Miembro en el territorio de cualquier otro Miembro.- “Presencia de personas físicas”: esta última modalidad describe la presentación de servicios por parte de personas físicas de un Miembro en el territorio de otro Miembro; por ejemplo para prestación de asistencia técnica.

La segunda parte de AGCS contiene una serie de obligaciones y deberes generales, tales como: la cláusula NMF (Art. II); la necesidad de transparencia y publicidad de las medidas internas adoptadas por cualquier Miembro que se refieran la AGCS o sean susceptibles de afectar su funcionamiento (Art., III); la obligación de facilitar la participación de los países en desarrollo en el comercio de servicios (Art. IV); la relación del AGCS con Acuerdos Regionales (Art. V) la relación del AGCS con la normativa interna de los países y con la presencia de monopolios en el territorio de los Miembros (Art. VI y VIII); las medidas de salvaguardia (Art. X); las excepciones generales y las relativas a la seguridad nacional (Art. XIV y XIV bis) y finalmente, disposiciones relativas a las subvenciones (Art. XV).

La Tercera Parte, llamada “Compromisos Específicos”, establece el marco legal que deberán observar los Miembros para el acceso a los mercados (Art. XVI); la cláusula TN (Art. XVII); y la posibilidad de los Miembros adoptaren compromisos adicionales no consignados en el formato de los artículos XVI y XVII (Art. XVIII).

El AGCS contiene aun una cuarta Parte (liberalización Progresiva), que predica la obligación de los Miembros entablaren sucesivas rondas de negociaciones y dos Partes con disposiciones institucionales y finales sobre el Acuerdo.

La cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF)

Desde hace varios siglos, la cláusula NMF se ha venido convirtiendo en el pilar central de las políticas comerciales. Es una cláusula no discriminatoria utilizada tanto en el GATT (Art.1) para bienes y mercaderías, cuanto en el AGCS disponiendo que cada Miembro concederá, inmediata e incondicionalmente, a los servicios y los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, un trato no menos favorable que el que conceda a los servicios y a los proveedores de servicios similares de cualquier otro miembro.

La cláusula se aplica automáticamente a todos los Miembros del Acuerdo. Cuando el AGCS entro

en vigor, los miembros podrían establecer excepciones específicas a dicha cláusula (debían figurar en las llamadas “listas negativas” contenidas en el Anexo sobre Excepciones de las Obligaciones del Art. II).

Trato Nacional

Por esta cláusula, también de naturaleza no discriminatoria, todo miembro debe conceder al servicio (y a los prestadores de servicios) de cualquier otro miembro de un trato no menos favorable que aquel dispensado a los servicios y los prestadores de servicios nacionales.

Es importante señalar que, a diferencia de lo que sucede en el GATT con la cláusula de TN (GATT, Art. III) esta regla es válida tan solo para los sectores que han sido inscriptos en la respectiva lista de compromisos específicos de un Miembro. Se trata de una cláusula con efectos de “abajo hacia arriba” (botton-up approach) o sea que el TN en el AGCS solamente se aplica a los sectores expresamente indicados en la lista nacional de compromisos específicos de cada miembro.

Es una técnica distinta de la denominada “arriba-hacia abajo” (top-down approach), en la que todos los sectores son automáticamente incluidos en el Acuerdo, a no ser que sean expresamente mencionados como excepción, como en el caso de la cláusula NMF.

Además, el AGCS permite que una vez establecido acceso a su mercado, un Miembro pueda adoptar limitaciones en relación de este acceso (Art. XVI) – como limitaciones al número de proveedores de servicios o medidas que restrinjan o prescriban los tipos específicos de personas jurídicas- desde que un miembro especifique la limitación en su lista de Compromisos Específicos.

En resumen, las cláusulas de TN y NMF constituyen elementos básicos de no discriminación comercial en el AGCS. Con base en sus disposiciones, los Miembros negocian, a través de peticiones y ofertas (request-and-offer), la posibilidad de sus proveedores de servicios suministraren servicios para otros miembros en los diferentes sectores abarcados por el AGCS. Las negociaciones basadas en peticiones y ofertas constituyen un proceso de negociación directa entre los miembros, que comienza con la presentación de peticiones y continúa con reuniones privadas entre los miembros interesados en ofertar mercados.

El nivel de apertura de mercados de servicios internacionales dependerá, todavía del nivel de liberalización que cada miembro instituya en su respectivo mercado. La flexibilidad de TN, por ejemplo, permite que este nivel sea máximo (amplio acceso a los mercados nacionales sin limitaciones) o mínimo (adopción de ningún Compromiso Específico para uno o todos los sectores).

III - La liberalización del Comercio de Servicios en la Unión Europea

Siguiendo el pensamiento y algunas palabras de nuestro colega español Manuel López Escudero, Catedrático de Derecho Internacional Público de Universidad de Granada, transcripta en el libro “La Organización Mundial del Comercio y el regionalismo europeo” (Cap. XI, Ed. Dykinson, 2001) comparámos que: La coexistencia e interacción entre el sistema multilateral de liberalización del comercio, encarnado por la Organización Mundial del Comercio ('OMC'), y los ordenamientos jurídicos de las organizaciones internacionales de ámbito regional, que persiguen una integración económica más o menos ambiciosa entre sus Estados Miembros, constituyen un elemento básico del derecho internacional económico. En el comercio internacional de servicios, de reciente incorporación a este sector del ordenamiento jurídico, reviste, también, un gran interés la comparación entre la norma multilateral de la OMC adoptada para liberalizar el comercio de servicios, a saber GATS y las normas aplicadas por las organizaciones regionales de integración para eliminar las restricciones al comercio de servicios entre sus Estados Miembros, que constituyen un laboratorio de prueba de técnicas jurídicas liberalizadoras potencialmente exportables al ámbito del GATS.

En el presente, procederé a examinar la liberalización del comercio de servicios que ha llevado a cabo la Comunidad Europea ('CE'), por ser con diferencia la más importante organización internacional de integración económica y porque el derecho comunitario cuenta con las normas más desarrolladas en esta materia. En la elaboración del GATS influyó, sin duda, el sistema regional de liberalización del

comercio de servicios de la CE y las técnicas jurídicas utilizadas por el derecho comunitario.

La liberalización del comercio de servicios entre los Estados miembros de la CE se incardina en un proceso global de liberalización de la circulación extrafronteriza de todos los factores productivos. La eliminación de las restricciones de origen público que obstaculizan el comercio intracomunitario está prevista en las normas destinadas a convertir a la CE en un mercado interior, definido en el artículo 14 Tratado de Comunidad Europea como un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada.

Este mercado interior se completa con normas orientadas a la supresión de los obstáculos de origen privado al comercio intracomunitario, constituidos por las denominadas prácticas restrictivas de la competencia. El derecho comunitario de la competencia se aplica, evidentemente, en el sector servicios. Además, existen normas pertenecientes a otros ámbitos comunitarios, como la política común de transportes, con incidencia directa sobre el comercio de servicios. Sin duda, la liberalización de las transacciones intracomunitarias de servicios se ha visto potenciada y facilitada por su incardinación en el proceso global de integración económica, desarrollado por la CE.

Las disposiciones del derecho comunitario con mayor incidencia sobre el comercio de servicios entre los Estados miembros son las referentes al mercado interior. A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico de la OMC, el TCE no distingue entre comercio de mercancías y comercio de servicios a la hora de articular las normas jurídicas destinadas a su liberalización.

En efecto, el TCE establece que la instauración del mercado interior conlleva las libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Las libertades de circulación de mercancías y capitales favorecen indirectamente el comercio intra zona de servicios, pero éste se encuentra sometido de forma directa a las normas del derecho de establecimiento, o bien, a las disposiciones sobre la libertad de prestación de servicios.

La libre circulación de personas permite a los nacionales de los Estados miembros desplazarse de un Estado a otro con la finalidad de realizar una actividad económica.

La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios son los dos principios europeos fundamentales por los que se rige el mercado único de servicios. Permiten a las empresas de la UE establecerse en el país miembro donde vayan a prestar servicios u ofrecer servicios transfronterizos en otros países miembros sin necesidad de establecerse en ellos; por ejemplo, por teléfono, Internet o venta directa.

Directiva de Servicios (Prestación de servicios transfronterizos)

Para acceder a mercados de otros países miembros o prestar servicios en los mismos, las empresas siguen viéndose obligadas a seguir procedimientos administrativos largos, complejos y jurídicamente poco seguros. De ahí que la UE haya adoptado una nueva norma: la Directiva de Servicios. Los países miembros disponían para ponerla en vigor hasta finales de 2009. Hoy esta Directiva no fue instrumentada, ni aplicada.

En esta Directiva la UE introduce una serie de normas que simplifican la creación de servicios y su prestación transfronteriza. La Directiva también reconoce más derechos a los destinatarios de los servicios.

La Directiva de Servicios consagra el principio de libre prestación de servicios: los países miembros no pueden imponer requisitos discriminatorios, innecesarios o desproporcionados a los proveedores de servicios extranjeros, por ejemplo, a la hora de obtener una autorización o establecer un determinado tipo de infraestructuras.

En muy limitadas circunstancias pueden seguir imponiéndose ciertos requisitos, siempre y cuando sea necesario por motivos de orden público, seguridad pública o protección de la salud pública o el medio ambiente. Además, se contemplan excepciones generales a la libre prestación de servicios, por ejemplo, sobre desplazamiento de trabajadores al extranjero o reconocimiento de cualificaciones profesionales.

En cuanto a los requisitos administrativos que aún pueden imponerse, las empresas pueden informarse sobre todos los trámites necesarios a través de los puntos de contacto únicos.

La Directiva también reconoce más derechos a los destinatarios de los servicios: consumidores y empresas deben poder recurrir a servicios de proveedores establecidos en otros países miembros sin necesidad de obtener autorización previa o someterse a requisitos discriminatorios basados en la nacionalidad o lugar de residencia del destinatario.

Las autoridades nacionales deben facilitar información general y asistencia sobre derechos de los consumidores y procedimientos de recurso.

La Directiva de servicios contempla, entre otros, los siguientes servicios:

* la mayoría de profesiones reguladas (asesores legales y fiscales, arquitectos, ingenieros, contables, peritos, etc.); * servicios de construcción; * artesanos; * servicios a empresas (mantenimiento de oficinas, asesoría de gestión, organización de ferias comerciales, cobro de deudas, publicidad y servicios de contratación, etc.); * comercio, incluidos el comercio minorista y mayorista de bienes y servicios; * servicios de turismo (por ejemplo, agencias de viajes); * servicios de ocio (por ejemplo, los prestados por centros deportivos y parques recreativos); * servicios de instalación y mantenimiento de equipos; * servicios de información (por ejemplo, páginas web, agencias de noticias, edición, programación informática); * servicios de hostelería (hoteles, restaurantes, catering, etc.); * servicios de formación y educación; * servicios de alquiler, incluido el alquiler y leasing de coches; * servicios inmobiliarios; * servicios de certificación y ensayo; * servicios de asistencia doméstica (limpieza, cuidado de niños, jardinería, etc.). * La Directiva de servicios no contempla los siguientes servicios: * actividades reguladas con carácter exhaustivo por la UE: servicios financieros, comunicaciones electrónicas, servicios de transportes; * servicios sanitarios, agencias de trabajo temporal, servicios de seguridad privada, servicios audiovisuales, juegos de azar, ciertos servicios sociales, servicios prestados por notarios y agentes judiciales (designados mediante un acto oficial de la Administración).

En cualquier caso, las leyes y reglamentaciones nacionales que regulan estos servicios deben cumplir las demás normas de Derecho Europeo y, en particular, las relativas a los derechos de establecimiento y libre prestación de servicios que garantiza el Tratado CE.

Principio del País de Origen (Medidas previstas para eliminar las barreras)

El prestador del servicio estará sujeto únicamente a las leyes del país de origen en el cual está establecido aunque opere en otro Estado miembro. El país receptor del servicio no puede restringir ni obstruir la actividad del prestador de servicios. El principio del país de origen implica que respecto al comportamiento, a la cualidad y al contenido del servicio, a la publicidad, al modelo de contratos y a la responsabilidad del prestador, regirá la normativa del país de origen, que a su vez, desarrollará la tarea de supervisión.

Según este principio, el objetivo de la UE no es armonizar las regulaciones de los 27 Estados relativas a la prestación de servicios, sino sólo resolver los conflictos que puedan surgir entre las legislaciones de los diferentes Estados.

El principio del país de origen no se aplicará a la prestación de los servicios de electricidad, agua, gas y de correos, entre otras razones, porque ya se están liberalizando. El mismo principio tampoco operará en relación a los Servicios de Interés General.

Según la Associació ProHabitatge (*ONG erradicado en Cataluña con fin de proteger los derechos humanos*) la Directiva propuesta por la Comisión Europea (para su aprobación por el Parlamento y Consejo europeos) al objeto de estimular la prestación de servicios en el mercado interior (denominada Directiva Bolkestein, por ser éste el anterior Comisario de Mercado Interior que la patrocinó), constituye el ataque más completo y radical contra el estado de bienestar remanente en la UE, dado que pretende desreglamentar la prestación de todos los servicios ,incluidos los públicos y excluyendo únicamente los prestados sin contrapartida económica. Esta desregulación se alcanzará eliminando gradualmente el régimen actualmente existente a nivel de los Estados Miembros (EM) de autorizaciones Previas y de

exigencias y limitaciones administrativas para el establecimiento de empresas prestatarias de servicios y la libre circulación de los mismos, reemplazando además, mediante el denominado principio del “país de origen”, las normativas, controles y legislaciones del país donde se presten los servicios por las propias del país donde se ubique la empresa prestataria, lo cual dificultará extraordinariamente la supervisión de las actividades de la misma por parte de las autoridades del país de acogida. Además de verse obligados a adaptar o eliminar numerosos requisitos actualmente existentes, los EM deberán obtener la aprobación previa de la UE para modificación de las actuales o incorporación de nuevas medidas. La Directiva sobre Servicios propuesta regiría para todos los niveles de la Administración Pública, violando así el principio de subsidiariedad, y amenaza con tener un impacto importante sobre la legislación social y laboral de los EM. El principio del “país de origen” está fundado sobre el tratamiento desigual de los trabajadores dependiendo de la procedencia de la empresa empleadora, y puede producir situaciones muy parecidas a la discriminación. Esto violaría derechos colectivos, garantizados por el Tratado de la Comunidad Europea.

La Directiva puede entrar en conflicto directo con otras Directivas de la Unión Europea en materia de salud y seguridad, protección en contra de la insolvencia, y con estándares laborales sancionados por la Directiva sobre Contratación y Adquisición Pública y sobre reconocimiento de calificaciones profesionales. Puede incluso poner trabas a que la UE reconozca convenios colectivos. La Directiva propuesta puede arrebatar a los EM los instrumentos necesarios para imponer sus leyes laborales y estándares de empleo. El poder de control de los EM sobre estos estándares se vería todavía más mermado por la abolición del requisito de la declaración previa al establecimiento de la empresa en el país o de la obligación de mantener la documentación laboral y un representante legal de la misma en el país donde se presta el servicio. La Directiva propuesta no incluye una cláusula que impida a los EM restringir la libertad de asociación, negociación, huelga o de cerrar convenios colectivos. La Directiva propuesta no tiene en cuenta los aspectos sociales y laborales en una UE muy heterogénea de 27 miembros con grandes diferencias en protección social, alentando de hecho a las grandes empresas a beneficiarse de las asimetrías existentes en materia fiscal, sanitaria, laboral o medioambiental, mediante el establecimiento de sus sedes en los países con menor nivel de exigencias y protección para la posterior prestación de servicios en otros EM, ateniéndose a las reglas y normas del país de origen, lo que conduciría al dumping social y al inevitable deterioro laboral y salarial de los trabajadores, así como a la desprotección de los consumidores de los servicios, en los EM donde ofrezcan sus servicios.

Estado Actual

Desde la presentación de la propuesta, se ha producido un fuerte rechazo de la misma y se han formulado numerosas protestas y exigencias de su retirada o revisión, tanto por parte de sindicatos (destacando la Confederación Sindical Europea y la Federación Sindical Europea de Servicios Públicos, organizaciones ciudadanas y altermundistas, corporaciones locales, partidos (destacando el Partido Socialista Europeo), e incluso autoridades políticas de los EM (destacando el rechazo expresado por los Presidentes de Francia, Alemania, Bélgica, Luxemburgo, Suecia y Dinamarca, en la Cumbre celebrada en Bruselas, el 22 y 23 de marzo de 2005 y órganos de la propia UE (como el Comité Económico y Social Europeo e, incluso, el Parlamento Europeo, que rechazó en febrero de 2005 la aprobación de la Directiva, pedida por el PPE). Este rechazo social se ha hecho patente en los actos de protesta unitarios celebrados en Bruselas el 19 de marzo de 2005, con una manifestación de 80.000 personas procedentes de los diversos países de la UE. Lo que se ha pedido a la Comisión es que, si no retira esta propuesta, al menos la someta a una profunda revisión, con la supresión del principio de país de origen y la exclusión de la misma de los servicios públicos, así como la exigencia de contar previamente con una directiva marco que armonice la prestación de servicios de interés general (incluyendo los servicios sociales) en el ámbito de la UE y con las Directivas correspondientes que establezcan la armonización de las reglamentaciones sectoriales relativas a autorizaciones y exigencias para el establecimiento de empresas y la libre circulación de servicios.

Como fruto de esta resistencia, la Comisión de la UE, ha considerado oportuno la revisión de esta

propuesta, que pero sin abandonar el principio de país de origen, al que considera de vital importancia para impulsar la liberalización de los servicios en el mercado interior, afirmando que esta Directiva se enmarca de lleno en los objetivos de la Cumbre de Lisboa. Próximamente se debatirá en La Comisión de Mercado Interior de la CE una propuesta de modificación sustancial de esta Directiva (presentada por la diputada socialista alemana Evelyn Gebhardt y respaldada por los Grupos Socialista y de Izquierda Unida/Verdes europeos) que pide fundamentalmente la supresión del principio del país de origen, del ámbito de la Directiva y su aplicación únicamente a los servicios de índole comercial, que estén ya amparados por Directivas anteriores. Conviene destacar que la Directiva ha encontrado apoyo entusiasta en el Reino Unido y en los países recientemente incorporados a la Unión (particularmente los del Este), por considerarse potenciales beneficiarios de la misma mediante la aplicación del principio del “país de origen”.

IV - Consideraciones Finales

Luego de este breve repaso y advertidos de las diferencias de metodología de ambos bloques - más allá del mismo objetivo, cual es la liberalización de los servicios profesionales – no puedo dejar de reflexionar y plantear las siguientes inquietudes:

La actualidad que vive hoy el mundo globalizado a través de sus distintos bloques repercutirá en forma directa sobre nuestra actividad en tiempos no muy lejanos –tal lo que ocurre siempre con la onda expansiva. No es novedad que ante la crisis mundial económica – ya no financiera – hubieron graves señales de prevención para el futuro. El G 20 luego de la cumbre de Ginebra del 2009, señaló que hay que prestar mayor atención a los problemas de la desocupación, subocupación y pobreza, y sobre todo los efectos que se derivaran de esa situación si no se toman los correctivos del caso.

La preocupación para nuestro gremio es más que inquietante, máxime cuando contemplamos atónitos y sin poder intervenir, que detrás de algunas ideas progresistas se esconden verdaderas intenciones no blanqueadas que a la postre determinará que la mano de obra barata sea usada por aquellos que tienen mayor poderío económico imponiendo como es de rigor las condiciones con mayores ventajas para quién solicita en contra de quién en definitiva presta el servicio.

En este orden de ideas, es preciso resaltar y destacar la intensa y sistemática tarea que tiene a su cargo la Federación Argentina Colegio de Abogados, que participa en forma directa y activa en el ámbito de Negociaciones Económicas Multilaterales de la Cancillería Argentina.

Hagamos votos para que aquella firme determinación de no enrolarse en posturas que aparecen seductoras, pero que encubren otros fines, continúe en esa misma directriz entendiéndose que el resguardo respecto y enaltecimiento de la tarea del abogado no significa “proteccionismo” ni implica ausencia de competitividad.

Apoyemos y colaboremos en todo lo que sea posible, en forma personal, a través de los Colegios de Abogados, a quien nos agrupa y representa a nivel nacional, pidiendo condiciones dignas en la prestación de los servicios extrafronterizos en los países donde se efectivicen. Ofreciendo reciprocidad y contralor a los prestadores extranjeros en nuestro ámbito evitando colisiones particulares por sobre las institucionales.

LA IRRUPCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD EN EL PROCESO: EL ABOGADO DEL NIÑO

DRES. PEDRO DI LELLA- MARÍA CRISTINA MOURELLE DE TAMBORENEA
PATRICIA SESÍN - LUCILA I. CÓRDOBA

INSTITUTO DE DERECHO FAMILIA. COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO.

1.-Génesis de la norma que prevé el derecho del niño a contar con un abogado

I.El derecho del niño a contar con un abogado se encuentra regulado en el artículo 27 de la ley 26.061. Esta ley es reglamentaria de los derechos contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, tratado que goza de jerarquía constitucional en nuestra legislación nacional (cfr. Art. 75 inc. 22 Constitución Nacional).

Específicamente el artículo 27 de la ley mencionada regula las garantías mínimas del procedimiento. Dispone, en la parte que nos compete, que " Los organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: ... c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine".

El derecho a contar con un abogado, deriva de la facultad reconocida al niño en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, a expresar su opinión libremente, a ser escuchado. Esta norma dispone que: "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

Las facultades que le reconoce la CDN a los niños importan el reconocimiento de éste como sujeto de derecho, como persona capaz de participar activamente en todas aquellas cuestiones que lo conciernen. El hecho de participar activamente en los procedimientos judiciales, importa reconocerle su calidad de parte.

II.- En la Observación General n°12 emitida por el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas se recalca que "deben darse al niño oportunidades de ser escuchado, en particular "en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño"... Se expone que esa disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias.... El derecho a ser escuchado es aplicable tanto a los procedimientos iniciados por el niño, por ejemplo denuncias de malos tratos y

recursos contra la exclusión de la escuela, como a los iniciados por otras personas que afecten al niño, como la separación de los padres o la adopción. ... Asimismo se expone que una vez el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo se lo escuchará: "directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado".... El representante deberá ser consciente de que representa exclusivamente los intereses del niño y no los intereses de otras personas (progenitor(es)), instituciones u órganos (por ejemplo, internado, administración o sociedad). Deberán elaborarse códigos de conducta destinados a los representantes que sean designados para representar las opiniones del niño. (puntos 32/37).¹

III.- En nuestro sistema jurídico se presenta una particular situación con la incorporación de la figura del abogado del niño. La legislación nacional establece que en todos aquellos procedimientos que se encuentren en juego derechos de menores, debe asumir la representación promiscua (complementaria o suplementaria de la de los representantes de los menores) el Sr. Defensor de Menores (cfr. artículo 54 ley 24.946).

Es decir que en nuestra normativa legal coexisten la figura del Defensor de Menores y la del abogado del niño. Esta circunstancia ha provocado debates doctrinarios en torno a las funciones de ambas instituciones, temática que no será tratada en este apartado, por cuanto excede la cuestión que nos compete. Sin embargo creemos conveniente mencionar que, a nuestro entender ambas instituciones cumplirían funciones distintas: el abogado del niño, siguiendo los lineamientos de la CDN, debe defender y representar las opiniones del niño, en cambio el Defensor de Menores, debe velar por el Interés Público, que en el supuesto en que hubiere niños en juego, sería el interés superior de éste.

IV.- Resulta interesante mencionar de que modo se regula la representación o asistencia técnica legal de los menores en otros países.

La legislación peruana dispone que "El Estado, a través del Ministerio de Justicia, designa el número de abogados de oficio que se encargaran de brindar asistencia judicial integral y gratuita a los niños y adolescentes que lo necesiten" (cfr. Artículo 146 Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27.337).

En Italia se prevé en los procesos en los que los intereses de los niños se encuentran en oposición a los de sus representantes legales, que se le designe un curador especial, que sea preferentemente un abogado (art. 78 Código Procesal Civil).

En España, aparece reforzada la figura del Ministerio Fiscal al que le corresponde la representación de los menores e incapaces que carezcan de representación legal (Ley 21/1987, mod. Ley 1/96).

V.- En los fundamentos expuestos por la diputada Méndez de Ferreyra en el Debate Parlamentario de la ley 26.061, quien se alejó del voto de la mayoría en cuanto se aprobaba a la subsistencia de la figura del asesor de menores, expone su opinión acerca de las razones que llevaron a los legisladores a introducir la figura del abogado del niño en nuestro sistema jurídico. La citada funcionaria expresó, que "Se legitima una figura como la del asesor de menores, una institución propia de las legislaciones que responden al modelo de situación irregular. El asesor de menores fue creado como auxiliar del juez en un procedimiento donde el niño es considerado objeto de la protección y no sujeto de derecho. El asesor no ejerce la defensa técnica del niño y constituyó una forma encubierta de desconocer el derecho de los niños para acceder a su propio abogado de confianza. Aunque el dictamen hace referencia a tener un abogado de confianza, no establece la obligatoriedad del Estado de proveérselo".²

¹ www.vilaverde.com.ar/novedades/; CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

² Ley 26.061.- Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, Congreso de la Nación Argentina, Antecedentes Parlamentarios, Buenos Aires, La Ley, 19-JUL-06, Volumen: 2006-A, pág. 215.

II.- La capacidad:

1. LA CAPACIDAD EN EL DERECHO CIVIL:

La capacidad es la aptitud de las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Esta capacidad puede referirse al goce de los derechos o a su ejercicio. En el primer supuesto, se trata de la capacidad de derecho, que es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; y en el segundo supuesto, estamos frente a la capacidad de hecho, que es la aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones.

Se trate de una u otra clase de capacidad, estamos frente a una aptitud del sujeto destinada a actuar-se, es decir a pasar de la potencia al acto.

1.1.2. CRITERIO RÍGIDO DEL CÓDIGO CIVIL:

El Código Civil adoptó un criterio rígido. Clasificó a los menores en dos categorías: “los impúberes” y “los adultos”. El actualmente modificado art. 127, luego de la sanción de la ley 26.579/2009, mantiene dicha clasificación, al disponer: “Son menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los dieciocho años cumplidos”.

En el menor adulto concurren mayores facultades que las concedidos al menor impúber, pero esas posibilidades de obrar no se vinculan a la situación de adulto, sino al cumplimiento de edades variables que la ley fija en cada caso.

El criterio rígido adoptado por Vélez Sarsfield, está dado en los artículos 54 , 55 y 921 de nuestro ordenamiento legal, con la consecuente consideración del discernimiento, a partir de los 14 años.

El reconocer como principio que todas las personas poseen capacidad de obrar, salvo las limitaciones que en su beneficio y protección establece la ley, se “entronca” con el principio de dignidad humana. En un sentido negativo, tal derecho le impone al Estado la restricción de no discriminar ilegítimamente, cosa que se da al legislar sobre capacidad al dividir a las personas en dos categorías: mayores y menores de edad, sin considerar la previa capacidad de obrar que en toda persona existe y de la que no hace falta privarla para protegerla.

2. LA CAPACIDAD EN LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO:

La Convención de los derechos del niño, que fuera adoptada por la Asamblea

General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por nuestro país a través de la ley 23.849.

Esta Convención no es otra cosa que un tratado de Derechos Humanos “Los “derechos del niño” merecen la atención que reclaman todos los derechos en la particular circunstancia en que está emplazada cada persona que es titular de los mismos...el menos es sujeto activo de los mismos derechos humanos de todas las personas con la peculiaridad situacional de su vida, de su caso, de su entorno, de sus necesidades, de su “caso” bajo proceso judicial”.

Surge del art. 5 de la citada Convención, el reconocimiento de los derechos de los que los niños son titulares y para ser aplicados en un ámbito de libertad y autodeterminación para poder ejercerlos, siempre teniendo en cuenta el respeto que se merecen como seres humanos, sin obligación de imitar al modelo adulto.

Por su parte, la Suprema Corte de la Nación, entendió que se debe contribuir a “...la protección integral de los derechos fundamentales del menor entre lo que se encuentra, sin duda alguna, su salud psicológica:...”. Agregando además, que son sujetos de derecho y no objeto de los mismos.

Este artículo, también modifica radicalmente el concepto de patria potestad, incluso el previsto por la ley 23.264/85, introduciendo el reconocimiento del niño como sujeto de derecho, al expresar: “La Convención incorpora –a través de la norma contenida en el artículo 5 – el principio de autonomía progresiva. Este principio sumado al reconocimiento del niño como sujeto de derecho, a resignificado tanto el tradicional concepto de patria potestad de los padres, que se relaciona con la idea de dominio, poder o facultad que se tiene sobre una cosa; como también el de capacidad de los niños”.

2.1. LA CONCEPCIÓN DEL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño equivale a la formalización a nivel internacional, de un nuevo paradigma para considerar los problemas de la infancia y de la adolescencia. Entre esas nuevas formas de asumir este nuevo paradigma encontramos nuestro derecho interno que debe regular las materias referentes a la infancia, concibiendo a los niños como sujetos de derecho y no como simples destinatarios de acciones sociales o de control social ejecutado por el Estado. Este cambio de paradigma recoge los postulados de la “doctrina de la protección integral” que descubre al niño como sujeto de derecho, a diferencia de la posición anterior de la llamada “doctrina de la situación irregular”, que lo enfocaba como un sujeto de protección.

3. CAPACIDAD Y COMPETENCIA.

“–Capacidad es una noción usada principalmente en el ámbito de los contratos; por eso, y por razones de seguridad jurídica, generalmente las leyes establecen una edad determinada a partir de la cual se alcanza la mayoría de edad.

–Competencia es un concepto perteneciente al área del ejercicio de los derechos personalísimos (o existenciales, en la terminología de Rabinovich-Berkman ; no se alcanza en un momento preciso, sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquiere o pierde en un día, o en una semana. Bajo esta denominación, se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar”.

3.1. CAPACIDAD PROGRESIVA.

Estamos presenciando el paso de los niños como incapaces a los niños con capacidad progresiva.

“El tema que abordamos forma parte de un capítulo más amplio referido al derecho de los niños y adolescentes de ejercer ciertos actos que hacen a su autodeterminación, en la medida que adquieren la madurez suficiente para comprender las situaciones que los afectan. Este principio de capacidad progresiva implica su participación personal en la realización de sus derechos, siempre de acuerdo con el grado de desarrollo madurativo y discernimiento alcanzado. Vemos, pues, que ha ingresado al campo jurídico la distinción que se observa y estudia en otras disciplinas respecto de las distintas etapas de desarrollo cognitivo de los niños y adolescentes. Con este esquema ideológico, en el derecho contemporáneo se ha reconocido a niños y adolescentes, de acuerdo con su fase evolutiva, una serie de competencias como: el derecho a elegir su religión, cuidar de su salud, escoger la orientación educativa, profesional o actividad laboral, expresar su consentimiento para la adopción o solicitar el cambio de nombre. Se trata de actos que hasta hace un tiempo quedaban reservados a los padres como titulares del “poder” sobre sus hijos. Así, las facultades de los progenitores en el ejercicio de la responsabilidad parental en la actualidad están inmersas en un contexto donde se ha pasado de una concepción centrada en la protección de la infancia –es decir, en la idea arraigada de los niños como objeto de cuidado por parte de los padres o en su defecto, del Estado–, a la idea de los niños como sujetos plenos de derechos y participantes activos en la familia y la comunidad, requiriéndose para ello el despliegue de políticas (acciones positivas en los términos del art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional) que no sólo persiguen su amparo, sino también la promoción de su autonomía.”

4. LA CAPACIDAD EN LA LEY 26061

La ley 26061, sancionada el 28 de septiembre de 2005, sobre “Protección integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, viene a hacer efectivo lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño, la que fuera ratificada por nuestro país en el año 1990; adquiriendo esta última jerarquía constitucional a través de la reforma del art. 75, inc. 22 de la CN en el año 1994.

El Estado Argentino se tomó 15 años para sancionar el ordenamiento interno, y lo hizo mediante el dictado de la ley 26.061

Es esta última, de carácter federal, la que operativiza y garantiza la aplicación de las garantías cons-

titucionales previstas en la Convención de los Derechos del Niño y las previstas por la jurisprudencia desplegada por la Corte Internacional de Derechos Humanos y el Comité de los Derechos del Niño.

El artículo 2 de esta ley expresa “La Convención de los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos”.

Esta norma plasma la calidad del niño de ser sujeto de derechos. El artículo 3 expresa que se debe respetar “su condición de sujeto de derecho”, el artículo 9 establece que “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derecho”. “Antes de la sanción de la ley 26.061, algún pronunciamiento judicial, no ha alcanzado a percibir la transformación fundamental que implica pasar de la concepción del Código Civil –de hace más de un siglo– a los principios que emergen del espíritu y la letra de la Convención sobre los Derechos del Niño, otros tratados sobre Derechos Humanos, y el tenor de la propia ley del niño, en plena era postmoderna. Se trata, insistimos, de un corrimiento medular: del niño como objeto de posesión de sus padres, al niño como sujeto de derechos.”

Esto ha modificado radicalmente el concepto de patria potestad, ya no son los niños objeto de dominio y poder de sus padres sino sujetos a los cuales les deben ser reconocidos todos los derechos previstos en esta normativa, como la salud, la libertad, la educación, la expresión, la integridad personal entre muchos otros más.

Esta ley ha implicado un giro histórico al derogar expresamente la ley 10.903 de Patronato de la Infancia, porque si bien la Convención de los Derechos del Niño instituyó al mismo como sujeto y no objeto de derechos, en la práctica al no estar derogada la ley 10903 se seguían aplicando las disposiciones de esta última ley.

Es por todo lo expuesto que la ley 26061 implicó la funcionalidad, la operatividad de todos los derechos y garantías reconocidos a las niñas, niños y adolescentes al incorporarlos mediante una ley nacional a nuestra legislación y al derogar expresamente las disposiciones de la ley 10.903.

4.1. RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD PROGRESIVA EN LA LEY 26.061.

La sanción de esta ley federal no sólo implicó el reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos sino que también efectivizó la capacidad progresiva de los mismos prevista por el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño, al expresar que todos los derechos que se les reconocen serán en consonancia con la evolución de sus facultades.

Con este párrafo se ha incorporado la noción de la capacidad progresiva, que es una capacidad no determinada sujeta a la evolución de las facultades y madurez de los menores.

Asimismo, el artículo 3 de la Ley 26061 específicamente expresa que se debe respetar “d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales...” Estas normas de última generación y de vanguardia colisionan, parcialmente con el sistema de nuestro Código Civil.

La doctrina se encuentra dividida en cuanto al reconocimiento de la capacidad progresiva, hay opiniones en el sentido de no reconocer dicha capacidad sino a partir de los 14 años y opiniones en el sentido de que debe ser el Juez quien evalúe la madurez y evolución del niño para el ejercicio de dicha capacidad.

En el primer sentido, en un fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala K del 28/9/2006 la defensora de menores, ha dicho en su dictamen “... a los fines de compatibilizar la nueva figura del abogado del niño,,,,, su actuación requiere del discernimiento del patrocinado, es decir, requiere la edad de 14 años tanto para elegir el letrado como para darle instrucciones o removerlo del patrocinio. Por debajo de esa edad correspondería, en caso de ser pertinente, la designación judicial de un tutor ad litem en la medida, que, de acuerdo a las normas de fondo, el menor sigue careciendo de capacidad para obrar y por eso se encuentra sujeto a la doble representación legal (necesaria y promiscua) como una forma de proteger sus intereses.

En la posición opuesta, ha dicho la Cámara Nacional Civil, Sala B: ”La capacidad y discernimien-

to de los menores establecida en función de la edad (arts. 54, 55 y 921 del Cód. Civil) han sido complementados por un criterio de capacidad y discernimiento reales es decir que en cada caso el juez de familia debe evaluarlas en atención a su capacidad progresiva, para saber si cuentan con suficiente madurez para llevar a cabo por sí determinadas actuaciones, pues aunque el menor no llegue a los 14 años puede ser autorizado por el magistrado a llevar a cabo personalmente un acto y considerarlo eficaz.

También en este sentido, han dicho Nelly Minyerski y Marisa Herrera “ consideramos que tanto la CDN como la ley 26061 receptan una capacidad indeterminada, sujeta a la madurez y a la facultad de alcanzar un juicio propio (concepto que en nuestra ley de fondo no es otra cosa que el discernimiento previsto en el artículo 921) que opera para el ejercicio de todos los derechos previstos en estas normativas... En otras palabras, para el ejercicio de tales derechos (o ante la violación de ellos) no se necesita alcanzar ninguna edad previamente determinada.”

La doctrina en general es mayoritaria en el sentido de que la capacidad del menor púber es iuris tantum, o sea puede el Juez al oír al menor evaluar su capacidad y madurez para el ejercicio de sus derechos y resolver atendiendo a su superior interés que no tiene porque coincidir con los deseos del menor.

La ley 26061 no distingue entre menores púberes o impúberes, solo se refiere a su capacidad y madurez para el ejercicio de sus derechos de acuerdo a su edad.

III.- ROL del Juez, del Defensor o Asesor de Menores y del letrado del niño.

La designación de un letrado que “patrocine” al niño tiene de suyo, complicadas connotaciones si partimos del supuesto que el menor de edad está sometido en nuestro derecho a una serie de incapacidades y limitaciones que no han sido claramente “borradas” de la normativa vigente.

Ahora bien, si un letrado va a “patrocinar” a un niño ello plantea diversas dificultades, que tienen que ser analizadas en el contexto de nuestra legislación, donde el niño ya cuenta con un representante promiscuo, que debe velar por sus intereses y no por su voluntad.

Trataremos de ir analizando esa problemática.

Quizás habría que comenzar por determinar quién puede designar el letrado del niño, pero nos parece que es más adecuado para llegar a ello analizar primero que rol cumple dicho letrado y para ello resulta conveniente avizorar el de las restantes partes en el proceso con relación al niño.-

1. EL JUEZ:

Su función, entre otras es dirigir el proceso y en caso de que se encuentren en juego intereses de un niño, fallar conforme a su “superior interés”.

El deberá no sólo oír sino también escuchar al menor, tener en cuenta su opinión y por tanto resolver no conforme la voluntad o el querer del menor, que tendrá en cuenta pero que no lo obliga y sólo mirará su superior interés.

Eso sí, entendemos que la capacidad progresiva que otorga la ley 26.061 obligará al juez a determinar previamente si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio.

En nuestra opinión, atento la distinción que hace el Código Civil entre menores púberes e impúberes, que aún no ha sido derogada, en caso de los menores púberes el Juez deberá presumir la capacidad del menor para formarse un juicio propio.

“La mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos”³

³ Zarraluqui Sánchez –Eznarriaga Luis “ La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción” pag. 51 Ed. Dykinson Madrid 2.004

En caso de los menores impúberes, su condición de “incapaces absolutos” no obsta a que el Juez deba evaluar la edad del niño, no es igual juzgar la opinión de un menor de 2 años, que de uno de nueve o que uno de trece años.

Cuanto mayor sea la edad del niño mayor, debe ser el cuidado con que el juez se aparte del criterio del menor.-

Es indudable facultad del Juez designar un tutor si el menor carece de representantes legales y de designarle un “tutor ad litem” si los intereses del menor controvierten los de su padre, y obviamente este tutor no es un abogado del niño sino que reemplaza o coadyuda a su representación legal, cumplirá su ministerio opinando o aconsejando al Juez lo que estime mas conveniente al interés del menor.

2. EL DEFENSOR O ASESOR DE MENORES:

Su función es asesorar al Juez, defender los intereses del niño según su propio criterio, y si bien también debe oír, escuchar y tener en cuenta la opinión del menor puede aconsejar, opinar o dictaminar en contra de lo que el niño manifieste o quiera.-

3. LOS PADRES :

Siendo representantes legales de sus hijos es su obligación velar por su superior interés y se supone que por si o por sus letrados deberían naturalmente tender a ello. La realidad sin embargo demuestra que el superior interés del niño está teñido de subjetivismo y que cada progenitor expresa una opinión diferente al respecto desde el absoluto convencimiento de que no hay otra posible interpretación .- Por supuesto los padres y sus letrados expresarán “su” opinión, no la del menor, y podrá o no haber coincidencias entre ambas.

Su rol así en el proceso tiende mas a la defensa de sus propios intereses que se tiñen y confunden con los del menor que a los de este.

4. EL LETRADO DEL NIÑO:

Llegamos así al análisis de lo que pretende ser el meollo de esta ponencia.

La ley 26.061 ha previsto en su art. 27 inc. c que el niño tiene entre otros “ ..derecho a ser asistido por un letrado...”

¿Cuál es el rol de este?

¿Será el mismo que el del Defensor o Asesor de Menores?

¿Será el mismo que el del tutor “ad litem”?

Si la respuesta fuere afirmativa a cualquiera de estas preguntas, la respuesta indudable sería que la creación no responde mas que a una finalidad burocrática que no sirve para nada y que no ayuda en nada al proceso que ya tiene los funcionarios para esa tarea.

Así, si bien se podría pensar que la designación del abogado del niño que pudo prever la Convención tal vez no tenía otro objeto que el de suplir en aquellos países en que no hay representación promiscua al Defensor de Menores o al tutor ad litem, parece claro que en nuestro derecho una tal interpretación carecería de sentido.

¿A qué fin podría la ley establecer cuatro funcionarios para la misma tarea: Juez, Defensor o Asesor de Menores, tutor “ad litem, y ahora abogado del niño, todos opinando y considerando cuál es el superior interés del menor?.

En nuestra opinión en consecuencia el rol del letrado del niño no es ni puede ser otro que hacer oír en Justicia y con argumentación legal la voluntad del niño.⁴

⁴ Es coincidente la Ley Orgánica de Protección del Menor en su art. 9.2 garantiza el derecho de que el menor sea oído por si mismo o a través de la persona que designe para que le represente cuando tenga suficiente juicio.

Por eso lo “asiste”. Porque la labor de un letrado que da patrocinio no es “buscar” o “determinar” el Superior interés de su patrocinado, no, su tarea es simple y sencillamente presentar los argumentos jurídicos que dan sustento a la postura de su asistido, no mas no menos.⁵

De ello deriva además indudable que el letrado no puede sin incurrir en prevaricato adoptar una postura contraria a la que sostiene en Justicia el menor al que asiste, lo mas que puede hacer en caso de desacuerdo es apartarse del proceso.

De determinar si la voluntad del menor coincide con su interés se ocuparan los restantes operados jurídicos en el proceso, Juez, Defensor o Asesor, tutor “ad litem” si el Juez considera conveniente nombrarlo, el es, solamente la argumentación jurídica de la voz del niño.

DESIGNACIÓN DEL LETRADO:

¿Quién designará al letrado del niño?

Atento lo expuesto resulta notorio que el abogado del niño sólo puede ser nombrado por él.-

Ninguna persona puede atribuirse el derecho a designarlo y, por lo mismo, es manifiesto que el niño deberá tener una edad que le permita proceder a esa designación.

No es concebible que el niño de dos años, designe un abogado, a él no existe mas posibilidades que darle los funcionarios que el Estado, en nuestro derecho a previsto.-

¿A que edad podrá entonces designar el niño su propio abogado?

Se trata de una cuestión fáctica⁶, en primer lugar será el propio letrado quién deberá evaluar si el niño está en condiciones de proceder a su designación, y en segundo lugar será el Juez quién resolverá si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio como para designar el letrado que lo asistirá.

No cabe duda que ello ocasionará entorpecimientos al procedimiento, que era mas fácil y mas sencillo tamizar la cuestión a partir de una edad cronológica que zanjaba todo conflicto. Pero no puede perderse de vista que la finalidad de la normativa legal no ha sido facilitar el proceso, sino tratar al niño como persona y que ello prevalece sobre el ideal de justicia rápida que sacrifica intereses que de suyo son superiores.

Habrán casos claros, el menor de 15 o 16 años podrá designar un abogado para que lo asista y parece que – salvo alguna incapacidad mental- su decisión no podría cuestionarse porque su capacidad en la legislación vigente es casi incontrovertible y lo mismo sucederá con el mentado caso del menor de dos años al que pretende patrocinar un letrado y que obviamente no deberá en ningún caso admitirse.

El problema se presentará en los casos “grises” aquellos donde el menor puede ser dudoso si el menor se puede o no formar un juicio propio.

LA INFLUENCIA EN EL MENOR:

Tampoco debe dejar de tenerse en consideración que un argumento reiterativo para negarse a admitir la voluntad, el querer del menor, suele estar dado por la influencia que las personas allegadas a él pueden haber ejercido en su ánimo.

Pensamos que todos, el niño de doce años, el adulto de treinta y el de sesenta, están sometidos a la influencia de su entorno, los padres, los hijos, los cónyuges, hasta los amigos con sus juicios u opiniones, los periodistas, el terapeuta, el médico, tienen influencia en el proceso volitivo de cada persona.

Pretender que una persona no esté influido por opiniones externas es una utopía, lo único que es posible pretender respecto del niño es determinar si este está en condiciones de tamizar opiniones ajenas

⁵ Solari Nestor E. En “ Revista de Derecho de Familia y de las Personas” Ed. La Lay año 1 n° 4 pag. 148

⁶ Ello también fue recogido por el Proyecto de Código Civil creado por comisión creada por decreto 468/1992 al flexibilizar la incapacidad de menores de catorce años, con aprobación autoral (ver Rivera Julio Cesar- Instituciones de Derecho Civil parte genera, Lexis Nexis, 2007 T II pag. 493)

y decidir libremente aquello que quiere, que seguramente coincidirá con el querer de su padre, de su madre o con el de ninguno de los dos, pero que ello no lo incapacita para opinar, elegir y decidir.

Tener un letrado que le asista no implica sostener que el Juez no pueda decidir aquello que mas convenga al menor, sólo quiere decir que un letrado le asistirá con su saber jurídico para tratar de lograr aquello que pretende.

PONENCIA

En consecuencia propónese que esta Conferencia declare que:

1. El abogado del niño previsto en el art. 27 inc. c de la ley 26.061 sólo puede ser designado por el propio menor y ello cuando esté en condiciones de formarse un juicio propio.
2. El letrado debe cumplir su ministerio en la misma forma que cualquier otro profesional que asiste a una persona y apartarse en caso de estar en desacuerdo con la opinión de su asistido.
3. Los menores púberes gozan de una presunción “iuris tantum” de estar en condiciones de formarse un juicio propio sobre su superior interés, pero el Juez puede no compartir su opinión y debe decidir lo mas conveniente.
4. La capacidad de los menores impúberes para formarse un juicio propio debe ser analizada por el Juez en cada caso.

GRUPOS VULNERABLES.
NORMAS ÉTICAS Y EL ABOGADO DEL NIÑO

Dra. **DIANA FIORINI**
COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO

ABSTRACT

En ésta ponencia, se pone a consideración una propuesta con el objetivo que se recomiende a los órganos colegiales, encargados de velar por la ética en el ejercicio profesional de la abogacía, que realicen un análisis e interpretación de las normas éticas vigentes en su jurisdicción, articuladamente con los instrumentos internacionales, normas constitucionales y leyes especializadas, a fin de que resulten una guía aplicable para los profesionales involucrados en la defensa de niños y adolescentes.

La propuesta parte de la irrupción de la figura del Abogado del Niño en la ley 26061, así como la necesidad de lograr estándares mínimos de actuación en los abogados que representan niños en la justicia, en consonancia con la Observación General N° 12 de Naciones Unidas del 25/5/2009.

DESARROLLO

Parte del proceso de incorporación de derechos humanos en el campo de la infancia ha significado el reconocimiento de la incumbencia del abogado del niño. Conforme el art.27 Inc.2 de la Ley Nacional 26.061, el niño tiene derecho a “ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya”.

Esta incumbencia está caracterizada más que por la materia, por las características particulares del sujeto asistido ya que los derechos del niño atraviesan transversalmente el campo jurídico. Y es ésta particularidad, la del reconocimiento de las necesidades de un sujeto en desarrollo, la que exige un plus, un extra a los profesionales que trabajamos con ellos. Así lo dispone la Convención de los Derechos del Niño, en sus arts. 3 y 4, cuando nos exige la realización del máximo de los esfuerzos a fin de lograr la efectividad de los derechos (conforme art.2, Ley 26.061).

Esta ponencia propone que se apruebe una recomendación para que los órganos colegiales correspondientes dispongan el análisis de las normas y reglamentos éticos de nuestro ejercicio profesional, y los articulen con el plexo normativo de derechos de niños y adolescentes, con el fin de elaborar observaciones aplicables a los abogados en la asistencia jurídica de niños y adolescentes.

Esta propuesta corresponde con lo recomendado por Naciones Unidas en la Observación General N° 12, de 25 de mayo a 12 de junio de 2009, que en el apartado 37 recomienda: “El representante deberá ser consciente de que representa exclusivamente los intereses del niño y no los intereses de otras personas (progenitor(es)), instituciones u órganos (por ejemplo, internado, administración o sociedad). Deberán elaborarse códigos de conducta destinados a los representantes que sean designados para representar las opiniones del niño”. Tradicionalmente, los abogados hemos aparecido como los garantes de los derechos de los niños. Incluso la O C 17-2002 de la Corte Interamericana reconoce la importancia de los abogados en la "especial participación a nivel de control y exigencia" frente al Estado. Sin embargo, dentro del marco de una reciente investigación donde el factor común del grupo testigo era encontrarse en alguna

etapa del proceso de responsabilidad penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires apareció una cuestión secundaria e incluso ajena al tema de investigación, o sea como ven los jóvenes a sus abogados. Y allí se produjo una dolorosa epifanía: durante los intercambios informales, los jóvenes demostraban desconocimiento de los roles de los intervinientes en el proceso, y más aún, de los fines y consecuencias del mismo. En general, relataban conductas prescriptivas de los abogados defensores, que a su vez parecía provocar una conducta pasiva y aquiescente por parte de los jóvenes, llegando a parecer inclusive, que eran los abogados la sola parte activa del proceso. Sin embargo, el sistema de responsabilidad penal juvenil de la Provincia de Buenos Aires, tiene como principio rector “que el niño asuma una actitud constructiva y responsable ante la sociedad, adquiriendo respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales”. (Conforme al art.33, Ley 13634 y art. 40 C.D.N) y la ley 26.061 en su art.27 inc. d impone como garantía mínima de cualquier proceso el derecho del niño de “participar activamente en todo el procedimiento”. La consecuencia, entonces, es que la activa participación no solo es un derecho, sino también un elemento fundamental para el proceso de responsabilidad personal que busca la ley, junto con el derecho a la información y si bien el abogado no es un pedagogo, también es verdad que una de las vertientes de la promoción de derechos es que el niño pueda entender con lenguaje llano sus circunstancias. Las normas de ética profesional de la Provincia de Buenos Aires, exigen en su artículo 8 que en el caso de acusaciones penales, el abogado debe considerar que su deber primordial es conseguir que se haga justicia y no solo obtener una condena. Se podría pensar, analógicamente, que el abogado que defiende a un joven no solo debe buscar su absolución, sino colaborar en la efectivización de los principios rectores de la ley. Dentro de la literatura comparada, aparecen recomendaciones éticas elaboradas por las corporaciones de abogados. Tal son las recomendaciones emanadas de la Law Society de Nueva Zelanda, y las constantemente refinadas de la AABA americana. Surge de ellas consistentemente la necesidad que el cliente niño pueda comprender las circunstancias y efectos de las decisiones que se tomen en un juicio, y el hecho que si bien el abogado instruye a su cliente, es principio que el mismo tenga participación activa en su defensa. El art. 36 de la Ley de Provincia de Buenos Aires 13.634, reconoce en su art. 36, inc. 3 el derecho del niño de recibir información sobre cada aspecto del proceso, “así como del contenido y de las razones, incluso ético-sociales de las decisiones, de tal forma que el procedimiento cumpla su función educativa”. El artículo se refiera a los funcionarios intervinientes en el proceso, pero no obsta a que se considere también principio aplicable a los defensores particulares intervinientes. Sobre todo, porque del intercambio con los jóvenes, surge que los mismos hacen diferencias evaluativas entre el abogado defensor particular, y el oficial. Todavía hay otras aristas del ejercicio profesional que abren cuestiones en el campo ético. Una es el alcance del secreto profesional, cuando el joven cliente requiere silencio sobre un delito del que ha sido víctima. El art. 12 de las normas de ética bonaerense regla la obligación de guardar el secreto profesional, salvo ciertos casos librados a la conciencia del abogado. Este artículo merecería articularse con otras normas atinentes a víctimas, ya que podría haber tensión entre ambas. No solo por la denuncia en sí, sino por sus efectos, considerando que el modo, tiempo y forma de la misma debe realizarse dentro de un cuadro de daño mínimo posible al niño o joven.

CONCLUSIÓN

Esta ponencia ha tratado de demostrar en su desarrollo, que debe tenerse en cuenta la especial vulnerabilidad de niños y jóvenes en nuestro ejercicio profesional. Si bien las leyes consideran la figura del abogado del niño, también es verdad que en la práctica los niños son representados por abogados con diversos niveles y tipos de especialidad. Las leyes mismas exigen que desarrollemos el máximo de nuestros estándares profesionales cuando de niños se trata. La existencia de recomendaciones éticas colaboraría con la estandarización de las prácticas, y el establecimiento de un nivel mínimo general. Esto no sería contradictorio con los Códigos de Ética actuales. En la Provincia de Buenos Aires, el Art. 43 de las Normas éticas determinan como regla general de interpretación que los deberes señalados “no importan la negación o exclusión de otras reglas que, sin estar especificadas, derivan imperativamente de las con-

diciones esenciales del ejercicio de la abogacía.”. No solo esto, sino que también implicaría un acción positiva a fin de garantiza una justicia efectiva para un grupo especialmente vulnerable, donde el paso por la justicia no solo implica las consecuencias naturales de un juicio, pero que también debe significar empoderamiento de ejercicio ciudadano. Por tal fin, pongo a consideración la propuesta de que se recomiende a los órganos colegiales, encargados de velar por la ética en el ejercicio profesional de la abogacía, que realicen un análisis e interpretación de las normas éticas vigentes en su jurisdicción, articuladamente con los instrumentos internacionales, normas constitucionales, y leyes especializadas, que resulten una guía aplicable a la defensa de niños y adolescentes.

ABORTO NO PUNIBLE. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 86 DEL CÓDIGO PENAL

Dra. NELLY MINYERSKY

ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DE BUENOS AIRES

La problemática de la interrupción voluntaria del embarazo es arena donde se dirimen conflictos de índole jurídica impregnados de argumentos ético-teológicos. De este modo, vemos que al abordar la problemática del aborto se lo hace generalmente desde posiciones principistas y, por lo tanto, en cierto modo irreductibles.

Sin embargo, una realidad que nos enrostra las trágicas consecuencias que se derivan para la vida y salud de las mujeres que se someten a abortos sépticos, sumada a la insultante afrenta que esto implica en el orden de la igualdad en tanto se trata, por lo general, de personas provenientes de los sectores de menores recursos; hace indispensable desplegar precisiones terminológicas que nos permitan aproximarnos adecuadamente a la noción del aborto.

En primer lugar, podemos observar que no existe definición jurídica del término aborto en la legislación penal argentina; se castiga a quien lo cause. Cabe recordar que la doctrina ha definido al aborto como “la muerte inferida al feto”¹. De esta definición se deduciría que el bien jurídico que se intentaría amparar mediante el tipo penal sería la vida del embrión.²

Ahora bien, no podemos dejar de señalar que la tutela prestada a la vida admite gradaciones y en modo alguno puede decirse que reviste carácter absoluto. Esta afirmación se sustenta en una lectura integral del ordenamiento jurídico argentino que, si bien protege la vida desde la concepción hasta la muerte, no lo hace siempre con la misma intensidad.

Lo dicho es susceptible de observarse no sólo por el distinto tratamiento que el derecho penal da a los delitos de homicidio y aborto -y a la consecuente diferenciación en las penas que caben al autor en uno y otro caso- sino que es una idea que recorre todo el edificio jurídico. También debemos tener presente lo establecido en el art. 89 del CP en orden a la no punición de la tentativa de aborto de la mujer y, de otro lado, que la destrucción culposa del feto no encuentra previsión en el cuerpo criminal argentino³, de modo que no puede hablarse de homicidio cuando aquel muere por mala praxis médica o durante el parto ya que sólo podrá hablarse de homicidio a partir que el ser humano naciente pueda ser visto separado del seno materno, ya que es cuando adquiere su existencia individual.

En el mismo sentido, debe tenerse en cuenta que en la ley civil el *nasciturus* no es titular de derechos ni en la forma ni en la medida que el ser nacido, y que los derechos que a aquel le son reconocidos están condicionados al nacimiento con vida⁴ de acuerdo con lo establecido en los arts. 70 y 74 del Código Civil⁵. Esta disposición se ve reforzada por la nota al art. 3290 del mismo cuerpo normativo cuando indi-

¹ Soler Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. III, Ed. Tipográfica Editora Argentina, 1956, pág. 110.

² El pasado fin de semana llegó a los medios la información de dos muertes absolutamente evitables por aborto séptico en el Hospital Provincial de Rosario. Una mujer pobre, tras otra mujer pobre. Ver: <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/rosario/9-17431-2009-02-24.html>

³ CNACyC, Sala 5°, F., E.L. y otros.

⁴ Gil Domínguez Andrés; “*Aborto Voluntario: La constitucionalización de la pobreza*”, LL 1998 F 552.

⁵ Artículo 70. Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir

ca que el hijo en el seno materno tiene sólo una vida en común con la madre y que solo el nacimiento puede darle una vida individual.

De lo dicho se desprende que en determinadas situaciones la conducta censurada por el tipo penal esta permitida. De este modo, podemos decir que la no punición en los supuestos que la ley contempla supone decidir, por razones de política criminal, que al hecho de abortar en las circunstancias concretas que sirven de presupuesto a la exclusión no deben asociarse consecuencias penales.

De este modo, cuando el art. 86 incisos 1) y 2) del Código Penal excluye de la punición determinados escenarios nos esta diciendo, en consonancia con el principio de legalidad de raigambre constitucional, que en esas circunstancias es legal la interrupción voluntaria del embarazo. Dicho de otro modo, cuando se presentan determinadas situaciones extraordinarias previstas por ley, el legislador se ha inclinado por legalizar el aborto voluntario.

Para ser más precisos, corresponde afirmar que el Código Penal Argentino adoptó el modelo puro de indicaciones⁶, despenalizando el aborto. Ello implica una renuncia formal de accionar mediante el sistema penal en los supuestos contemplados por la ley.

Entendemos que estas indicaciones resultan causas de justificación, ya que la no punibilidad que expresa la ley en referencia a un tipo penal determinado deviene en convertir el hecho en legal *ab initio*.- Para ordenar las ideas, decimos que el art. 86 establece una causa de justificación por lo tanto no es necesaria la intervención judicial ni ante, ni post facto. Esa innecesariedad nos acredita la legalidad de la conducta de todos los implicados en un caso de aborto terapéutico y/o ético.

Como consecuencia de la indicación considerada *causa de justificación* nos encontramos en primer lugar con la imposibilidad de que un tercero obstaculice el acto médico bajo pretexto de defender o auxiliar al feto. Nadie podrá impedir que se realice un aborto indicado. Además será válido el contrato con el médico que versa sobre la interrupción del embarazo. Cabría la cobertura de los gastos ocasionados por la seguridad social y se consideraría enfermedad no provocado dando derecho a la percepción del salario durante la baja ocasionada por el aborto.⁷

En especial y sobre todo la legalidad del aborto no punible se expresa en la improcedencia de solicitar autorización judicial siendo idóneo y único elemento necesario, la opinión del médico.⁸

Ahora bien, una interpretación del art. 86 CPN⁹ en consonancia con una mirada holística del ordenamiento nos permite afirmar que el médico y la mujer no incurren en delito de aborto por estar ejerciendo un derecho, en las siguientes situaciones:

- a) en caso de peligro para la vida de la mujer (art. 86 inc. 1 CPN)
- b) en caso de peligro para la salud de la mujer (art. 86 inc. 2 CPN)

algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre. Artículo 74. Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido.

⁶ Gil Domínguez Andrés, "El aborto voluntario terapéutico no es punible en la Argentina y los médicos de los Hospitales Públicos lo pueden practicar sin requerir autorización.", LL 2005 D 664

⁷ Fellini Zulita, Interrupción del Embarazo, en Revista de Derecho Penal del Instituto de Ciencias Penales, Pág. 155.-

⁸ "... o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta especialmente despenalizada, y entonces no hace falta tal autorización, porque la conducta está exenta de sanción penal; o lo que se pide es autorización para cumplir con una conducta que, *prima facie*, coincide con un tipo penal, y entonces la autorización no puede concederse, porque un juez no puede dar venia para delinquir. Cualquiera de ambos extremos hace improcedente la autorización impetrada; el primero, por inútil; el segundo, por imposibilidad jurídica..." Bidart Campos, "Autorización judicial solicitada para abortar", nota al fallo publicada en ED 114-184, citada en Jarque, Gabriel D., "Autorizaciones judiciales para prácticas abortivas y eutanásicas" ED, 2001, III.-

⁹ Art. 86 CPN : "El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1) si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto."

c) cuando el embarazo sea producto de una violación (art. 86 inc. 2 CPN)

No caben dudas que en todas estas indicaciones de existir un conflicto de intereses, el Derecho Penal lo ha resuelto a favor de la mujer gestante con base en las siguientes razones.

a) La Indicación de peligro para la vida de la mujer.

Ante un conflicto de intereses que enfrenta la vida de la madre y la del nasciturus y que sólo puede ser resuelto mediante la realización del aborto, establece la legislación que la solución menos perjudicial que resuelve la antinomia es la muerte del feto. Ello así por cuanto en nuestra legislación “la vida de la madre tiene mayor valor”¹⁰. Esto es evidente si se compara la pena que le cabe al autor de un homicidio y la que corresponde al aborto; y tienen en cuenta las diferentes penas que caben al homicidio y al aborto; a lo que cabe agregar lo dicho en orden a la condicionalidad de los derechos del nasciturus y la efectividad de los derechos de la mujer gestante.

b) La indicación de peligro para la salud de la mujer.

Con relación al segundo supuesto contemplado en el inc. 1 del art. 86 habrá que tener en cuenta particularidades que hacen a la amplitud que debe darse a la protección a la salud (acotada a la salud física o inclusiva de la salud mental).

Al respecto y en primer lugar, entendemos que deberá tenerse en cuenta que la constitución de la OMS dice que “*la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no una mera ausencia de enfermedad o dolencia. El disfrute del mas alto nivel obtenible de la salud constituye uno de los derechos fundamentales de todo ser humano*”.

Por lo demás, en la medida en que el texto de la ley no especifica a que tipo de salud se refiere, el concepto debe ser interpretado de manera integral ya que es una regla general del derecho que debe estar-se por la interpretación más amplia en orden al reconocimiento de derechos y permisos (y consecuentemente con la más restrictiva en orden a la prohibición).

c) Indicación criminológica

Por esta indicación se concede la posibilidad del aborto lícito cuando el embarazo es producto de violencia sexual.

La deficiente técnica legislativa del artículo en análisis dio lugar a interpretaciones diversas en orden a los alcances de la permisión, primando durante décadas una mirada restrictiva e impregnada de discriminación, a pesar que Juristas de nota y maestros^{11 / 12} de Derecho Penal argumentaron a favor de la interpretación correcta, o sea, pusieron el acento en el delito de violación se tratara de mujer capaz o no.

A los fines de cesar con las distintas lecturas en la materia, existieron proyectos de modificación al Código Penal que intentaban aclarar el texto del Código de 1921, y que acogían el denominado aborto ético o sentimental al modificar/clarificar la redacción del inciso en cuestión. Así fue receptado en los Proyectos COLL-GÓMEZ, art. 124, y PECO, art. 121, y finalmente fue incorporado al proyecto Soler de 1960¹³ que con leves cambios fue introducido al Código Penal en 1967 por la ley 17.567. Esta ley fue

¹⁰ Donna Edgardo Alberto, Ob. Citada pág. 695

¹¹ Donna, Edgardo Alberto, “Derecho Penal –Parte Especial Tomo I, Rubinzal Cuzoni Editores, Buenos Aires, 1999, Pág. 86 y ss.- “...no hay duda de que aunque no se hubiera previsto por la ley, la mujer que ha sido violada y aborta entraría en una causa de no exigibilidad de otra conducta. El Derecho no puede exigir héroes. De esta forma juega como causa que excluye la atribubilidad tal como lo hemos sostenido en nuestro libro basado en criterio de prevención general. Adviértase que quien aborta, en esas condiciones, no tiene una posición contraria al Derecho. Es más, en situaciones normales, es seguro que esa mujer no abortaría...”

¹² Soler Sebastián, Ob. Citada.-

¹³ Art. 126 Proyecto Soler: “No es punible el aborto practicado por un médico, con consentimiento de la mujer encina: 1) Si se ha hecho

derogada en 1973 por la ley 20.509, para luego ser repuesta por la ley 21338 en 1976 y nuevamente dejada sin efecto en 1984 por la ley 23077, llegando a nuestros días la redacción original de 1921.¹⁴

Como resultado se observa una cruel paradoja. Las fechas entre las que tuvo vigencia esa clara redacción - entre 1967 y 1973 y entre 1976 y 1984- se corresponden con períodos de gobiernos de facto, siendo dejada sin efecto al retomarse la vida democrática. De allí **resulta que los derechos humanos de las mujeres sufren afrentas superiores en esta materia durante regimenes democráticos con plena vigencia del Estado de Derecho a las vividas bajo gobiernos de facto caracterizados por sus agresiones a los derechos humanos.**

Por lo demás, es claro que al poner el acento en la demencia y no en la violación se desconoce la voluntad del legislador. Resulta, entonces, que la lectura del inc. 2 del art. 86 CP claramente nos dice que se aplica a toda violación y reconoce la llamada “indicación criminológica” y se refiere, también, a la mujer capaz víctima de violencia sexual.

Aquí es importante destacar que fundar esta indicación en razones de “eugenesia” se encuentra reñido con nuestro sistema constitucional de derechos en orden a la igualdad y la no discriminación, y es propio del sistema penal de los estados fascistas.

De este modo, es importante destacar que la imposibilidad de la mujer incapaz de consentir voluntariamente el acto sexual transforma a toda relación que involucre a una mujer “idiota o demente” en una violación con las consecuencias supra apuntadas para dicha indicación.

Finalmente, no puede soslayarse el hecho de que la continuación de un embarazo no deseado y la experiencia de ser madre contra la voluntad también suele tener consecuencias emocionales graves.¹⁵ De este modo, en los casos de violación y probado por la opinión de un idóneo en la materia (médico o psicólogo) el daño susceptible de producirse en la salud de la gestante con causa en el embarazo producto de la violación, el aborto cae en la órbita de la indicación de peligro para la salud. Al respecto, es dable suponer que por su particular entidad, el embarazo causado por violencia sexual fue reconocido en forma autónoma y la ley presumió la existencia del daño a la salud.

Como consecuencia de lo desarrollado hasta aquí, podemos afirmar sin riesgo a equivocarnos que en el ordenamiento argentino el aborto se encuentra legalmente despenalizado desde el año 1921 para determinados supuestos expresamente determinados por la ley penal.

No obstante, este amparo legal es cercenado de muchas maneras empujando a las mujeres que tienen derecho a practicar una interrupción legal de su embarazo a hacerlo en condiciones de clandestinidad e inseguridad, afectando con esta conducta derechos tan básicos como el derecho a la justicia y el derecho a la igualdad; llegando en algunos casos a comprometer los derechos a la salud y a la vida al condenar a las mujeres de escasos recursos a un aborto séptico.

Vale la pena agregar que, cuando desde el poder ejecutivo a través de los organismos de salud pública o desde el ámbito judicial se agregan exigencias que no están en la ley –como por ejemplo la solicitud de autorización judicial- se viola el sistema republicano de división de poderes ya que las modificaciones en la ley corresponden al poder legislativo y agregar requerimientos que aquella no contempla implica modificar su letra y sobre todo su alcance en orden a la protección de derechos que reconoce a

con el fin de evitar un serio peligro para la vida o graves y permanentes consecuencias para la salud de la madre, y este peligro no podía ser evitado por otros medios; 2) Si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Si la víctima de la violación fuere una menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal”

¹⁴ El Código Penal tampoco prevé la figura atenuada del aborto por causa de honor prevista por los Proyectos de 1960, art. 119; PECO, art. 121; COLL-GÓMEZ, art. 122 y de 1951, art. 179.-

¹⁵ Dagg P, “*The psychological sequelae of therapeutic abortion denied and completed*”, American Journal of Psychiatry, 148 (5), 1991, págs. 578 a 585

las mujeres de nuestro país la Constitución Nacional; y resulta una flagrante violación de la ley penal y un “desacato” a las normas constitucionales en especial.

En este sentido, mediante la adopción de protocolos de actuación que establecen pautas claras de acción a cumplir por los profesionales y garantizan la prestación médica gratuita se participa en la manda constitucional de “afianzar la justicia”, que implica que la ley debe ser igual para todos, aplicada con el mismo rigor a todos los ciudadanos y que permita percibir con claridad las razones por las cuales se aplica la ley y cómo se resuelven los casos, sin importar que se trate.

Asimismo, es importante destacar que en una democracia social, el derecho no debe imponer coactivamente criterios morales mediante normas jurídicas y que la despenalización del aborto en determinados supuestos no establece obligaciones para nadie y permite a cada cual ejercer libremente sus convicciones.

Por último, quiero enfatizar que las objeciones y obstáculos de todo tipo puestos a las normativas reseñadas, en realidad suponen una negativa a aceptar la constitucionalidad del art. 86 del Código Penal. En este sentido, se pretende aunque encubiertamente situar a nuestro país dentro del grupo más restrictivo en materia de aborto, lo que supondría un grave retroceso en orden a los derechos de la mujer.

Las conclusiones vertidas en este trabajo en cuanto a la necesidad de la debida aplicación concreta del art. 86 inc. 1º y 2º; la naturaleza jurídica de “las indicaciones” y de los instrumentos que se dicten para lograr la plena efectividad de las normas reseñadas no significa renuncia a continuar bregando: a) por una modificación legal que asegure educación sexual para poder ejercer plenamente los derechos sexuales y reproductivos; b) se asegure la plena efectividad del Programa de Derechos Reproductivos que garantice la provisión de anticonceptivos en todo el país y a todo nivel; y en especial c) se amplíen las condiciones incorporando la de plazos y toda otra que habilite el ejercicio autónomo y libre de la mujer que desee abortar dentro del período y circunstancias que fije la ley en forma segura y gratuita. Estos tres puntos son los que permitirán que disminuya el número de abortos, y en especial, el de complicaciones graves en la salud y muerte de miles de mujeres por haberse sometido a intervenciones realizadas en condiciones infrahumanas.

COMISIÓN IV

LA ABOGACIA Y SU MISIÓN

A) MISIÓN PÚBLICA DE LA ABOGACÍA. LA COLEGIACIÓN LEGAL. SUS FUNDAMENTOS

• **Formación. Educación legal. Acceso a la profesión e incumbencias de los abogados. Deontología. El valor de la conducta ética del abogado. Desarrollo económico y ejercicio profesional del abogado**

• **Gestión, administración y resolución de conflictos. Medios alternativos. Mediación, arbitraje y conciliación. Rol del abogado.**

• **Garantías y deberes en el ejercicio profesional. El valor de la solidaridad y de la equidad. La seguridad y la previsión social de los abogados.-**

B) LA ABOGACÍA Y LA INTEGRACIÓN REGIONAL Y LATINOAMERICANA

• **El ejercicio profesional a nivel nacional, internacional y en zona de frontera.**

• **La circulación de personas, bienes y servicios. Los tratados de integración MERCOSUR y UNASUR**

**MANUEL BERNARDO GONNET. FUNDADOR DE FACA.
PRESIDENTE DE LA PRIMERA CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS**

Dr. **ENRIQUE PEDRO BASLA**
COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PLATA

HOMENAJE AL DOCTOR MANUEL BERNARDO GONNET

En el marco de esta XVI Conferencia Nacional, cabe nuestro tributo a una personalidad tan rica como la del fundador de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, de la que fuera su primer presidente, que con su inspiración y esfuerzo diera inicio a convocatorias como las que hoy nos reúne.

Nuestra memoria institucional debe mantener vivo el culto de nuestros ilustres mayores que orientaron y nos precedieron en esta tarea milenaria de luchar permanentemente por la libertad y la justicia, por buscar la paz a través de la observancia del derecho.

El doctor Manuel B. Gonnet nació el 20 de agosto de 1855, graduándose de abogado en 1878. Desde el inicio de su ejercicio profesional se advierte que es un hombre convocado para la grandeza: nada menos que el doctor Aristóbulo del Valle lo inicia en la práctica forense haciendo de él su discípulo predilecto. La formación del doctor Gonnet y esa influencia juvenil, seguramente determinaron el derrotero de su vida que como su misma esposa María Quesada escribiera a poco de su fallecimiento, estuvo dedicada al progreso de las instituciones jurídicas del país, a la defensa continua de los altos principios de ética profesional, haciéndolo con austeridad y sentido ejemplar.

En 1882 es elegido Convencional para la reforma constitucional de la Provincia de Buenos Aires, integrando la Comisión que proyectó sus modificaciones.

En 1883 es designado Juez de Primera Instancia en el Departamento del Centro y en 1884, abogado del Banco de la Provincia de Buenos Aires.

Por dos períodos consecutivos fue Ministro de Obras Públicas de la Provincia acompañando a los Gobernadores Carlos D' Amico y Máximo Paz.

En 1889 el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires lo designa para proyectar las reformas al Código Rural, el que es discutido y aprobado al año siguiente.

El tema de la Legislación Rural fue una de las preocupaciones permanentes del doctor Gonnet: en 1902 presenta un memorable trabajo a la Suprema Corte de Justicia Federal en el que defiende la constitucionalidad del Impuesto de Guías de Campaña establecido en la Provincia de Buenos Aires, en el que detrás del abogado talentoso aparece el hombre de estado.

Precisamente fue Gonnet quien inspirara la "Ley de Centros Agrícolas" dictada por el Gobernador Máximo Paz en 1887, de la cual su mismo autor expresa que fue el primer ensayo importante para obtener la subdivisión de los latifundios y entregar al trabajador el derecho a la propiedad de la tierra que labraba, mejorando la condición de Estado productor, aumentando la población y la riqueza de la provincia. Concebía a la división y distribución de la tierra como un medio de terminar con las grandes áreas, poniendo al alcance de los proletarios industrioses, el pedazo de campo que ha de servirles para labrar su fortuna. Prefirió la venta de la tierra a los agricultores a la colonia de arrendatarios puesto que entendía que la precariedad de éstas constituía un peligro para nuestra tierra y un entorpecimiento más para nuestro desarrollo.

Quería que la familia se vinculara a la tierra, que el inmigrante fuera un colono propietario y no se

sintiera extranjero en esta tierra buscando su raigambre por su afección y por su interés. Concibió a la ganadería y la agricultura como actividades complementarias y promovió el desarrollo forestal.

El doctor Gonnet fue el primer Ministro de Obras Públicas de la Provincia de Buenos Aires en el año 1884, acompañando al Gobernador D' Amico, el sucesor de Dardo Rocha.

La línea de Nueve de Julio a Trenque Lauquen debe reconocer en la acción concreta de Gonnet su comienzo como emporios de producción y riqueza.

1.200.000 hectáreas agrícolas fueron subdivididas y pasaron al dominio de los trabajadores de la Provincia de Buenos Aires como efecto de la Ley de Centros Agrícolas, multiplicando la producción en progresión geométrica.

Esta concepción de la dignidad del trabajo humano presidió la vigorosa acción de Gonnet, produciendo un cambio social de tal profundidad y magnitud que aún hoy tiene contemporaneidad.

En su obra "Nuevo Régimen Jurídico para el dominio de la tierra agraria", expresó: "el fundamento del derecho de propiedad a la tierra agraria es el trabajo. La tierra agraria debe pertenecer -como dominio directo y útil- al agricultor que la trabaja".

Fue diputado por la Provincia de Buenos Aires en el Congreso Nacional en tres períodos (1890-94; 1906-10; 1910-14) y como orador oficial de la Cámara de Diputados de la Nación dio en 1910 y con motivo de la celebración del centenario, los saludos y bienvenida a los Presidentes extranjeros y a la Infanta Isabel, que nos visitaran.

La acción legislativa de Gonnet fue dilatada y proficua. Conjuntamente con los señores Diputados Vicente Gallo y Alfredo Palacios fue designado en 1913 por la Cámara de Diputados de la Nación para redactar las reformas al Código de Justicia Militar.

Fue uno de los precursores del desarrollo de la red vial argentina: en 1911 presentó un proyecto de ley de caminos pavimentados en toda la República que contemplaba la construcción de 3.000 km. de rutas en las provincias argentinas y creaba los recursos necesarios para la obra.

Lamentablemente, tales recursos fueron destinados a cubrir otras necesidades presupuestarias y pasaron desde entonces muchos años hasta la sanción de la Ley de Vialidad Nacional.

Su actividad en el ámbito académico no fue menos relevante y significativa. En 1914 integra el Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires en representación de la facultad de Ciencias Económicas, es elegido Vicerector, debiendo hacerse cargo de la conducción de esa casa de estudios durante dos años por ausencia de su titular el doctor Eufemio Uballes.

Nuevamente consejero superior en 1917 se lo reelige como Vicerector de la Universidad de Buenos Aires, siendo elegido Vicedecano de la Facultad de Ciencias Económicas en 1922.

Numerosas entidades científicas y de bien público tuvieron al doctor Gonnet como un protagonista dedicado a servir. Formó parte de la Comisión directiva del Instituto Argentino de Ciegos (1914); fue vocal de la Rama argentina de la International Law Association (1921-22).

Fue miembro de la Sociedad Oceanográfica Argentina (1920) y miembro de la Comisión Directiva del Patronato de Libertados (1925), presidiendo la Academia de la Facultad de Ciencias Económicas desde 1923 hasta su fallecimiento ocurrido el 16 de febrero de 1927.

Fue directivo de compañías de seguros, corporaciones mineras y de sociedades de mercados de hacienda.

Su respeto por la ciencia, nacido en una sólida formación filosófica, se pusieron en evidencia en dos obras fundamentales de la ciudad de La Plata: el Observatorio Astronómico y el Museo en cuya construcción el doctor Gonnet tuviera tanto que ver desde su función ministerial.

Como legislador promovió la Ley de Censo General, la Ley que declaraba propiedad del Estado de los yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico.

Como es dable apreciar Manuel Bernardo Gonnet era nuestro, de los abogados, pero no sólo nuestro. Tenía un claro sentido de la unidad nacional. En su discurso de homenaje a Urquiza sostuvo que éste "que había encarnado el sentimiento de la unidad nacional, fue el exponente, sin disputa, de las más legí-

timas aspiraciones de los hombres del interior y fue alrededor de esa política que se incubó la constitución del 53, a cuyo amparo la Confederación gobernó la República.

El general Urquiza no estuvo solo en el propósito. Los hombres de Buenos Aires también querían la unidad y la organización común, aún cuando con criterio distinto; la naturaleza impone dolorosos procesos al nacimiento de los organismos vigorosos, y el organismo nacional no debía librarse de tal tributo. '... Las barreras que, durante tantos años, obstruyeron el camino de la reconciliación y de la paz se levantaron, y la Nación organizada pudo avanzar en medio de las ovaciones de un gran pueblo que saludaba la unidad y la Constitución.'

GONNET Y LA ABOGACÍA

El doctor Manuel B. Gonnet dedicó los mayores esfuerzos de los últimos años de su vida a las organizaciones de los abogados. Electo presidente del Colegio de Abogados de Buenos Aires del que fuera uno de sus fundadores, se abocó rápidamente a organizar la Federación Argentina, y por su iniciativa el 12 de julio de 1921 se reúne en el Palacio de Tribunales de la ciudad de Buenos Aires la primera sesión de los delegados de seis Colegios de Abogados, los que convinieron la fundación del primer organismo nacional de los abogados.

Aprobado el estatuto por los seis Colegios fundadores (Capital Federal, Rosario, Mendoza, Dolores, San Juan y Mercedes), el 27 de octubre de 1921 se realiza la primera reunión de la Junta de Gobierno eligiéndose al doctor Manuel B. Gonnet como primer Presidente de la Federación.

El objeto de la organización profesional, trasuntaba en buena medida el pensamiento de nuestro homenajeado respecto de la abogacía. Y es así que la Federación se propuso las siguientes finalidades: 1) vincular entre sí los colegios de abogados de la República; 2) enaltecer el concepto público de la abogacía; 3) propender al mejoramiento de la profesión fijando normas de ética profesional; 4) propender al mejoramiento de la administración de justicia y a la uniformidad de la legislación; 5) propender a la formación "de colegios de abogados en el país; 6) propender a que los colegios puedan tener influencia y control en el ejercicio de la abogacía y en la composición y desempeño de la magistratura judicial; 7) coadyuvar a que los colegios obtengan los fines perseguidos en sus estatutos; 8) celebrar conferencias anuales y estimular debates sobre reformas sociales y jurídicas; 9) representar a los colegios de abogados en las cuestiones que fueren de interés común y 10) proporcionar a los abogados que pertenezcan a otros colegios las facilidades que requieran su permanencia en la ciudad que visitan.

Con posterioridad y sucesivamente reformas al estatuto hicieron extensivo el objeto a la organización legal de los colegios de abogados, a la cooperación para la constitución e integración de organismos internacionales y a la afirmación de los principios de régimen constitucional argentino.

En esa etapa fundacional el doctor Gonnet a más de primer presidente de la Federación, fue su mentor y alma, director y obrero, como expresara ante su tumba el doctor Mariano Molla Villanueva. En esa época el fundador delineó un programa que todavía hoy tiene vigencia constituyendo la piedra angular de la acción de nuestras entidades forenses: la organización legal de los colegios, la previsión para los abogados la ética profesional, la organización de conferencias nacionales y la creación de organismos internacionales.

GONNET Y LAS CONFERENCIAS NACIONALES DE ABOGADOS

En 1924 el doctor Gonnet preside la Primera Conferencia Nacional de Abogados a cuya inauguración asiste el Presidente Alvear y su gabinete, contando con delegados de todo el país a prominentes abogados.

De ella surgen una serie de declaraciones sobre "Asistencia de los letrados a las audiencias", "Funciones públicas de los abogados en la secuela del juicio", "Representación en los juicios por letrados", "Bibliotecas de especialización jurídica", "Poder judicial de las provincias ante las intervenciones nacionales", "Organización legal de los Colegios de Abogados", "Normas para la apreciación de honorarios", "Ética y cultura forense", analizándose en profundidad la cuestión de la unificación procesal.

Quebrantada su salud, Gonnet todavía tuvo la fortuna de ver realizado otro de los frutos de su inspiración y trabajo: la Segunda Conferencia Nacional de Abogados de Córdoba de 1926, de grandes realizaciones, y en la que encuentra su origen nuestro Instituto de Estudios Legislativos (IDEL)

En una página que el doctor Gonnet dejara escrita en el Colegio de Abogados de Buenos Aires se sintetiza en pocas líneas su idea de la abogacía:

"en mi larga vida pública y privada -dice- he antepuesto siempre, al título de la función pública que desempeñaba el de abogado argentino, cuya profesión me honro en ejercitar... nada puede dignificar tanto al hombre, en efecto, como prestar socorro y asistencia al que no tiene la dicha de conocer hasta donde alcanza su derecho, en la defensa de su honor y de sus intereses. Ese hombre, llámese abogado o no lo sea, tiene un título adquirido a la consideración y al respeto en el elevado ejercicio de sus funciones..."

Y termino con sus propias esperanzadas palabras que pretendían la mayor ventura de los hombres y de las familias, para que fuese mayor el espíritu de conciliación y de bonanza.

LA HABILITACIÓN PROFESIONAL. UN TEMA TRASCENDENTE, QUE LA ABOGACÍA ARGENTINA MANTIENE PENDIENTE.

Dr. **JORGE FRANCISCO CHIALVA**
COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS DE TRELEW

“No se puede mantener una discusión bizantina permanentemente abierta, sin definiciones, como una política tendiente a que nunca se resuelva nada, a sobrevivir en una indefinición que posibilite que todo continúe como esta, mientras la problemática se agrava día a día. Pues ello equivale sin hesitación alguna a la posición de ciertos políticos, que cuando no quieren resolver algo, convocan de inmediato a una comisión. En ambos supuestos lo que realmente interesa a los que así se comportan es, nada más y nada menos, mantener todo como está, evitar los cambios, las innovaciones conservar el statu quo...”

“Es que si hace una década el problema era que no pocos noveles abogados carecían del conocimiento mínimo del derecho para ejercer la profesión, hoy el problema es mucho mayor. Puesto que ahora la cuestión ya no pasa por el desconocimiento supino del derecho, sino por la ignorancia del idioma, del español, de nuestro castellano..”

“Hoy no es demasiado difícil encontrarse con abogados en ejercicio que no manejan ni dominan su propio idioma. No saben hablar; no atinan a expresarse adecuadamente en las audiencias y mucho menos saben escribir. Sus presentaciones, sus respuestas, reclamos y recursos pasan lisa y llanamente por lo ininteligible...”

“Debemos ser los artífices de la decisión a tomarse en la materia. Pues constituye una verdad de perogrullo que si se adopta sin nuestra intervención, como seguramente constituirá una suerte de cirugía de emergencia, es altamente probable que no ha de ser la mejor ni la más conveniente...”

Esos son algunos de los conceptos vertidos en este trabajo, con el que el autor pretende hacer su aporte en una materia que desde siempre ha despertado apasionadas polémicas. A su entender, es la hora de superar las antinomias. Puesto que la gravedad de la situación exige una pronta decisión de la abogacía organizada, para evitar que desde la burocracia y los repliegues del poder político se prosiga sin fijar una Política de Estado en una cuestión en la que no solo esta en juego la dignidad de la abogacía, sino la suerte de los justiciables y la de sus derechos. Y hasta la plena y efectiva vigencia del Estado de Derecho.

INTRODUCCIÓN.

EL PANORAMA ARGENTINO EN EL MARCO INTERNACIONAL. Mientras que en el derecho anglosajón y en Europa Continental hoy es una cuestión virtualmente superada -inclusive en España, que recientemente también ha establecido la plena diferenciación entre el título académico y la habilitación para el ejercicio profesional- y nuestro socio en el MERCOSUR, Brasil, la tiene resuelta desde hace ya varias décadas, en la abogacía argentina sigue debatiéndose la conveniencia, oportunidad y hasta la legitimidad de la instauración de la habilitación profesional. Es más, el tema ha entrado en una discusión no solo permanente, sino estéril e inconducente, a la que no pocos apuestan con el propósito de mantenerla sine die, para que nada cambie, para que todo siga igual. Debate en el que aparecen dos posiciones

básicas no solo opuestas, sino en franca beligerancia, teñidas ideológicamente y con las que se pretende medir el supuesto “progresismo”, calificando o descalificando políticamente a quienes están en una posición u otra.

Pero lo cierto e indiscutible es que la separación e independencia -o no- entre el título académico y la habilitación profesional, constituye el gran desafío de los albores de este nuevo siglo que hoy transitamos. Que ciertamente no puede seguir siendo soslayado. No resultando ya admisible que la abogacía organizada persista en una actitud no solo dubitativa, sino por momentos no comprometida con los intereses que representa.

No se puede mantener una discusión bizantina permanentemente abierta, sin definiciones, como una política tendiente a que nunca se resuelva nada, a sobrevivir en una indefinición que posibilite que todo continúe como esta, mientras la problemática se agrava día a día. Pues ello equivale sin hesitación alguna a la posición de ciertos políticos, que cuando no quieren resolver algo, convocan de inmediato a una comisión. En ambos supuestos lo que realmente interesa a los que así se comportan es, nada más y nada menos, mantener todo como está, evitar los cambios, las innovaciones conservar el statu quo.

Varios han sido los intentos fallidos en el seno de la F.A.C.A., en cuyo ámbito conviven las dos posiciones antagónicas y al menos en apariencia irreconciliables. La cuestión viene siendo debatida en las Comisiones respectivas desde hace muchos años y llegó inclusive a motivar una reunión especial de la Junta de Gobierno, sin perjuicio de diversas jornadas y seminarios en que se abordó extensamente la cuestión. Pero a pesar de los esfuerzos desplegados -que ciertamente no fueron pocos- nunca se ha llegado ni siquiera a estar cerca de superar el estado deliberativo. Limitándose todo a algunas declaraciones “lavadas”, en las que al cuidarse esmeradamente que no implicaran concesiones para ninguno de los bandos, se terminó en meras expresiones de buenos deseos, que no han significado ni siquiera avances hacia una decisión final.

Y así es como el tema sigue en debate, con final abierto, sin posibilidades ciertas de alcanzarse a la brevedad un consenso superador.

En ese marco circunstancial, la Comisión de Habilitación Profesional de la Federación inició en el año 2.004 una marcha que sabía difícil, pero que creyó insustituible e imprescindible. Su objetivo fue simplemente crear conciencia sobre la trascendencia de la cuestión y sobre la importancia de tomar una decisión a corto plazo. En la inteligencia que si no avanzamos y resolvemos prontamente el tema que nos ocupa, seguramente serán otros los que tomen la decisión, a espaldas de la abogacía organizada y en sentido contrario a nuestros intereses.

A tal fin desde el ámbito de dicha Comisión se trató de ir creando la motivación necesaria, abriendo el debate a lo largo y ancho de la Argentina. Comenzando desde la periferia, llevando la discusión a los Colegios cuantitativamente pequeños y medianos, que están lejos de la influencia de los grandes centros universitarios y por ende de la mercantilización de la educación. Llegando a los mismos con el esca-recimiento imprescindible para un análisis medurado y racional, despojado de preconcepciones y de posiciones “viscerales”.

A cuyo fin se unieron esfuerzos con la Comisión de Educación Legal de la Federación, en la inteligencia que en realidad ambos temas son inseparables y que por lo tanto si se los abordara aisladamente, se terminaría arribando con seguridad a una conclusión equivocada.

En mérito a lo antes expuesto y con el propósito de ir abriendo un camino que se presentaba difícil y arduo -mediante la organización de jornadas, seminarios y reuniones en los Colegios del interior- se trató de abordar las dos posiciones básicas que existen en la materia. Sin pretender agotar el tema ni mucho menos, sino intentando generar simplemente un debate enriquecedor en el ámbito de cada uno de ellos. Habiendo sido la idea de los que participamos, la de provocar y promover un intercambio de opiniones superador, que permitiese crear las condiciones del consenso necesario para arribar a una decisión final.

Pues tal como lo afirmáramos en oportunidad de celebrarse la Junta de Gobierno de San Martín de los Andes, en marzo del año 2.005, teníamos -y mantenemos en la actualidad- la convicción que es con-

veniente transitar la senda del diálogo enriquecedor, que posibilite un acuerdo superador de las antinomias en juego. Sin que escapara a nuestro criterio que, de no lograrse ello en un término razonable y prudente, antes o después insoslayablemente se ha de terminar recurriendo al único procedimiento que se conoce en la democracia para dirimir las diferencias que se han tornado irreconciliables: el voto.

Lamentablemente la labor desplegada no nos llevó a buen puerto. A pesar del interés manifiesto de muchos Colegios, al éxito obtenido en algunos encuentros y al decidido apoyo a la pronta instauración de la habilitación profesional -como etapa posterior e independiente de la obtención del título académico- por parte de no pocos Colegios del interior, la política seguida no alcanzó sus metas y nuestros propósitos quedaron frustrados. La fuerte y tenaz oposición de los sectores que desde el inicio se mostraron refractarios a cualquier avance que pudiese modificar la situación actual, tornaron inútiles los esfuerzos desplegados y poco menos que ilusas las intenciones que nos habían impulsado.

Habida cuenta de lo cual, deviene imposible disimular que hemos retrocedido virtualmente al punto de partida. El tema sigue siendo materia de debates, pero no se ha podido, sabido o querido superar la etapa espasmódica y voluntarista. Siendo innegable que, así las cosas, de alguna manera se impuso de hecho la voluntad de quienes vieron desde el principio la necesidad de mantener una discusión permanente en la materia, como una manera de frenar cualquier avance que pudiese tan solo rozar la situación actual. De esa forma, con esa metodología simplista, resulta inequívoco que el supuesto progresismo se aseguró mantener el statu quo, toda una ironía ciertamente.

Ahora bien, luego de destacarse la trascendencia de la cuestión en examen, habiéndose efectuado un ligero repaso de los intentos llevados a cabo desde la abogacía organizada, planteando descarnadamente la lamentable situación actual, nos permitiremos a continuación poner de relieve, sucintamente por cierto, los argumentos y fundamentos de las dos posiciones básicas: a) la de los que creen que nada debe cambiar, que los títulos académicos son habilitantes per se y que los Colegios, al otorgar la matrícula, se deben quedar en el análisis extrínseco, en el control de los requisitos formales; b) la de quienes sostienen la necesidad imperiosa de establecer la habilitación profesional, independiente del título académico y como requisito imprescindible para el ejercicio de la abogacía. Para finalizar luego haciendo nuestra propuesta final, no sin antes poner el acento en el agravamiento de la situación que se ha producido en estos últimos años.

EL RECHAZO DE LA HABILITACION PROFESIONAL.

Quienes se identifican con esta posición, defienden con fuerza su total y cerrada oposición a todo y cualquier proyecto que implique alterar la naturaleza del título universitario y su alcance, tal como hoy se lo reconoce.

Dicen pretender que sean las Universidades las que, con exclusividad, formen al abogado académicamente, preparándolo para litigar y representar a sus clientes o para ingresar a la Administración de Justicia. Sosteniendo que esa preparación esta indisolublemente unida a la habilitación, que va de suyo con el título.

Afirman que ningún examen o práctica, único o periódico, llevados a cabo por los Colegios, las Universidades o entidades especiales, puede suplir las deficiencias de las carreras de grado. Siendo solo las Universidades las que deben procurar la formación y la excelencia de los futuros profesionales. Correspondiendo al Estado efectuar los controles necesarios para el logro de ese objetivo, asegurando una formación universitaria suficiente, adecuada y de excelencia.

Rechazan enfáticamente cualquier proyecto innovador y defienden férreamente el sistema actual. Aún admitiendo la existencia de falencias en la formación universitaria, sostienen que el único camino posible pasa por exigir al Estado que tome las medidas necesarias para optimizar la enseñanza en la Universidad.

Inclusive aceptando el inocultable déficit que presenta la preparación universitaria, atacan la enseñanza desde la misma escuela primaria. Pero siempre haciendo hincapié en que se debe mejorar la educación, que levantan como única bandera.

Agregando que mal se puede delegar la habilitación en otras entidades, pues no existirían garantías de idoneidad por parte de las mismas para actuar como habilitantes. Para culminar su pensamiento interrogándose sobre quienes determinarían y ponderarían la capacidad de esas instituciones para actuar como tales y quienes controlarían a su vez la transparencia de su accionar.

Por lo demás, quienes abrazan esta posición sostienen que cualquier intento de introducir la habilitación profesional, quitando la misma al título universitario -al que entienden que pertenece naturalmente- conllevaría el propósito no confeso de sus impulsores, que en realidad pretenderían implementar barreras infranqueables y retrógradas, que trabarían el libre acceso a la abogacía. Y mientras sostienen que la suya es una posición progresista y la única que asegura la pluralidad y la democracia, afirman que el intento de instaurar la habilitación profesional luego de la obtención del título académico y como un acto independiente, encierra el objetivo oculto de “aristocratizar” la abogacía, impidiendo el libre e irrestricto acceso. Motivo por el cual descalifican a sus adversarios tildándolos de “elitistas”.

LA DEFENSA DE LA HABILITACIÓN PROFESIONAL COMO EXIGENCIA PARA EL EJERCICIO PROFESIONAL.

Frente a la posición antes referida aparece la de aquéllos para quienes la crisis, la profunda e inculcable crisis por la que atraviesa la abogacía argentina, amerita un cambio drástico en el sistema, que permita la dignificación de la profesión, la reivindicación del rol del abogado en la sociedad, como artífice del derecho y colaborador imprescindible en la Administración de Justicia. Entendiendo que ello pasa necesaria y forzosamente por la separación del título universitario, de naturaleza académica, de la habilitación profesional. De suerte tal que aquél no habilite -como lo hace ahora-, sino que ésta -la habilitación- constituya un tramo posterior, un peldaño distinto, que asegure la idoneidad necesaria.

A su entender la referida crisis de la educación legal, la mala calidad de los graduados, la alarmante proliferación de escuelas de derecho y sedes -que no obedecen a criterios racionales, sino a impulsos, presiones, intereses sectoriales y decisiones políticas con fines electorales-, la enseñanza a distancia y la mercantilización de la educación legal, tornan insoslayable la introducción de un cambio que enfrente satisfactoria e idóneamente una situación que en poco tiempo nos puede llevar a un caos virtualmente ingobernable e inmanejable.

Afirman que deben superarse y abandonarse los preconceptos con los que, interesadamente, algunos inundaron la materia. Sosteniendo que no solo no es cierto que la habilitación profesional traiga consigo un elitismo aristocratizante, sino que en realidad el elitismo está en la mercantilización de la educación legal, que aquéllos aceptan y consienten, cuando no son copartícipes.

Manifiestan que no puede trabarse y obstaculizarse la habilitación legal, so pretexto que nadie estaría en condiciones de habilitar, ni de controlar a los que habilitan. Sosteniendo que es a todas luces factible establecer un sistema racional, transparente y apto, tal como ha sucedido en el derecho anglosajón, en Europa Continental o en Brasil.

Agregando luego que la crítica de quienes defienden el statu quo no resiste el menor ni el más leve de los análisis. Pues siguiendo su propio criterio, bien puede ponerse en duda la idoneidad, la capacidad de la Universidad como habilitante en el sistema imperante. Sosteniendo que de hecho más de una de ellas ha demostrado cabalmente que no califican para expedir títulos, ni mucho menos. Para terminar sustentando que la mercantilización de la educación no solo atenta gravemente contra la educación legal, sino que ha generado una suerte de carrera boba en la que, compitiendo por atraer a los potenciales clientes -alumnos- exhiben las facilidades de sus planes, abandonando todo rigor académico y preocupación por la excelencia de la educación. Dándose inclusive el caso de escuelas de derecho que aparecen en el mercado ofreciendo títulos habilitantes como se si tratase de mera mercadería, en un inequívoco bastardeo de la abogacía (dando inclusive el ejemplo de una Universidad porteña que ha irrumpido en el mercado, ofreciendo simultáneamente los títulos de abogado y contador, en seis años; cursando tres horas diarias y ofreciendo, para facilitar aún más el acceso, tres turnos: matutino, vespertino y nocturno).

A mayor abundamiento, afirman que resulta inexplicable que quienes atacan la implementación de prácticas, cursos y/o exámenes habilitantes, nada hayan dicho frente a los exámenes que se toman para el ingreso de los abogados al Poder Judicial. Guardando también significativo silencio ante las pruebas que los abogados deben superar para ejercer la escribanía. Infiriendo de tales circunstancias que resulta inconcebible e inaceptable que, quienes aceptan como algo normal y razonable que se examine a los abogados para ser jueces, funcionarios judiciales o escribanos, levanten en cambio sus voces enardecidas, invocando la Constitución, la igualdad y el progresismo, cuando se habla de implementar la habilitación profesional para mejorar el nivel de la abogacía argentina, tendiente a asegurar un adecuado servicio profesional a los justiciables.

Y siguen diciendo que mientras en medicina la habilitación profesional, posterior a la obtención del título académico, tiene ya varias décadas, en el ámbito de la abogacía se la ataca como si se tratase de algo demoníaco, que atenta contra garantías constitucionales.

E insisten en que si el sistema de la habilitación profesional -como un paso posterior e independiente de la obtención del título académico- hoy impera en gran parte del mundo, no resulta atendible ni entendible que en la Argentina sigamos apegados a antiguas ideas y viejas creencias, que devienen a todas luces reñidas e incompatibles con la realidad circundante. Agregando que la asimetría que nuestra situación implica frente a Brasil, en el marco del MERCOSUR, atenta contra la integración de la abogacía entre los Estados componentes de aquél, con las consecuencias que son fáciles de imaginar.

Aclarando que no propician la instauración del “eficientismo”, ni una política eliminatoria. Sino que se trata de brindar a la sociedad abogados debida y suficientemente capacitados para los tiempos que vivimos, que sepan defender adecuadamente la vida, la libertad, la propiedad, los derechos y los intereses de los justiciables. Insistiendo en que si nos quedamos en la mera declamación, permaneciendo en el debate bizantino para no avanzar, para mantener el statu quo, corremos el grave riesgo que algún día no muy lejano, la decisión se tome sin la intervención ni la participación de la abogacía organizada, a espaldas de nuestros derechos e intereses.

LA EDUCACIÓN LEGAL EN ESTE PRIMER DECENIO DEL SIGLO XXI. SU INOCULTABLE RETROCESO. LA INCIDENCIA DEL DESCONOCIMIENTO Y EL MAL MANEJO DEL IDIOMA.

Cuando a fines de la década de los noventa me tocó en suerte presidir por primera vez el Colegio de Abogados de Trelew, luego de haber tomado contacto con la realidad de los graduados que se presentaban para la obtención de la matrícula, me pregunté en más de una ocasión sino no estábamos incurriendo en una grave irresponsabilidad al acordar la misma por igual, sin distingos, a quienes venían dotados de los conocimientos necesarios y a los que se presentaban mostrando manifiesta y evidentemente una ignorancia supina del Derecho, que hacía suponer razonablemente que no estaban en condiciones para abordar el ejercicio profesional.

Pero, contra nuestras propias convicciones, debimos aceptar la legislación vigente. No podíamos entrar en ponderaciones sobre la preparación y los conocimientos de los presentantes, debíamos limitar nuestro accionar al análisis extrínseco, velando por el cumplimiento de las formalidades. Y si éstas se cumplían, estábamos obligados a otorgar la matrícula, aún a sabiendas que así posibilitábamos el ingreso en el ejercicio de la abogacía a quienes no reunían las condiciones mínimas para el mismo. Lo que equivale a, indirectamente, trabajar en contra de la dignificación de nuestra profesión.

En otros términos, el sistema -al vedarnos toda y cualquier ponderación, como también la implementación de cursos preparatorios- nos llevaba inexorablemente a producir los efectos contrarios a los que nos habíamos comprometido: la búsqueda de la excelencia en el ejercicio profesional, para la prestación de un mejor servicio a la sociedad y la obtención de una mejor y mayor justicia para todos.

Así las cosas, la incongruencia quedaba en evidencia. Desde la propia colegiación estábamos coadyuvando a la inexorable destrucción de la abogacía.

Desde ese momento abrace con decisión la causa. Debíamos luchar sin vacilaciones para asegurar

que desde la abogacía se pudiese brindar un servicio adecuado a la comunidad, que pusiese a la Justicia al alcance de todos los argentinos.

Pero contrariamente a nuestros propósitos y a pesar de nuestros esfuerzos -que no fueron pocos- desde aquéllos días la situación se ha seguido deteriorando y agravando, hasta llegar a situaciones límites, inimaginables pocos tiempo atrás. Y hoy ya no cabe duda alguna del acierto de aquélla sentencia del ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en un reportaje periodístico tuvo el coraje de afirmar, hace ya diez años; “hoy en la Argentina cualquiera es abogado”.

Es que si hace una década el problema era que no pocos noveles abogados carecían del conocimiento mínimo del derecho para ejercer la profesión, hoy el problema es mucho mayor. Puesto que ahora la cuestión ya no pasa por el desconocimiento supino del derecho, sino por la ignorancia del idioma, del español, de nuestro castellano.

Hoy no es demasiado difícil encontrarse con abogados en ejercicio que no manejan ni dominan su propio idioma. No saben hablar, no atinan a expresarse adecuadamente en las audiencias y mucho menos saben escribir. Sus presentaciones, sus respondes, reclamos y recursos pasan lisa y llanamente por lo ininteligible.

Confeccionan escritos harto confusos, que carecen no solo de precisión, sino inclusive de la claridad mínima. Arremeten con párrafos extensos, sin signos de puntuación, en que mezclan todo y tornan sus preterensiones en un galimatías que los jueces se esmeran en desentrañar, muchas veces sin demasiada suerte.

Ejerciendo la Presidencia del Colegio Público de Abogados de Trelew me tocó en suerte -o mejor dicho, la poca suerte- que un Magistrado me citara para manifestarme su preocupación, ante el hecho que un par de abogados hacia presentaciones que no se podían entender, ni siquiera poniendo la mejor voluntad y el mayor de los esfuerzos. Y tuve que escuchar, con vergüenza ajena, que recriminara a la colegiación no hacer nada frente a semejante situación, dejando así que entrasen en zona de riesgo y peligro cierto los intereses y derechos de los justiciables.

Y no es ajeno a semejante situación que, merced a las modificaciones legislativas impulsadas por algunos supuestos “progresistas”, se ha posibilitado que se llegue a obtener el título de abogado sin tan siquiera haber cursado y aprobado el colegio secundario. Pues con cierta edad, aprobando una evaluación -que las más de las veces se lleva a cabo con benevolencia y generosidad extrema, digna de mejor y más adecuada causa- se accede lisa y llanamente a la Universidad, salteando toda la etapa de la educación secundaria. Donde a su vez, con una tolerancia incomprensible, se les posibilita llegar al título universitario a quienes no saben expresarse oralmente y mucho menos por escrito.

Frente a ese cuadro, ante semejante realidad, cabe preguntarse que diría Ángel Osorio -que nos legase para los tiempos y para las sucesivas generaciones de abogados, su invalorable obra “El alma de la toga”- si supiese que hoy pueden ejercer como abogados aún los que no conocen el idioma, los que no son capaces de hablar y expresarse adecuadamente, con la corrección apropiada, y mucho menos preparar los respondes, los memoriales y los alegatos propios de nuestra profesión.

En otros términos, hoy la situación es mucho más grave que lo que ya era al entrar en este nuevo siglo. Y sin embargo no se advierten signos de preocupación de parte de quienes tiene la responsabilidad de conducir la Argentina. Por el contrario, diariamente nos encontramos con conductas y actitudes de altos funcionarios públicos que ponen de manifiesto no solo su desidia e incompetencia, sino también sus dislates sin igual.

Sin pretender profundizar demasiado y sin ánimo de agotar el tema, permítaseme destacar que hace apenas algo más de un año, la Ministra de Educación de la Provincia de Mendoza dio públicamente instrucciones para que no se reprobese a los alumnos de las escuelas primarias y secundarias de su jurisdicción, por cuanto -a su singular entender- ello implicaría un trato discriminatorio y atentaría contra la autoestima de los educandos, creándoles problemas psicológicos insuperables. Por lo cual, en buen romance, dispuso una discriminación inversa, nivelando “para abajo”, para que la sociedad argentina reciba luego a profesionales y educadores -si también educadores- deficientes, pero eso sí, con una alta autoestima, aunque más no sea de su propia ignorancia.

Habida cuenta de lo cual, mal podemos dejar al Estado, a la educación pública dirigida y conducida por semejantes funcionarios, el destino de la abogacía argentina. Debemos hacernos cargo de nuestras obligaciones, asumiendo un deber ineludible, para que cuando nuestros hijos y nietos nos pregunten que hicimos para superar los que criticamos, podamos contarles que, al menos, trabajamos duro para producir un cambio. Explicándoles que el progreso no se puede nunca sustentar en la defensa del statu quo.

CONCLUSIONES.

Creo que esencialmente debemos tener en claro el valor de nuestras convicciones, asumiendo las obligaciones a nuestro cargo y enfrentando la dura realidad, que se nos presenta; que no debemos ser temerosos de resolver las cuestiones difíciles, que no podemos “huir hacia adelante”, no afrontando la realidad. Debemos vencer nuestra tendencia casi irrefrenable a pronunciarnos en el marco de grandes principios y aprobar en consecuencia declaraciones que constituyen expresiones de buenos deseos, dejando transcurrir el tiempo, sin adoptar decisiones concretas. Haciendo así gala de una característica que nos identifica y que bien destacara Ortega y Gasset, cuando tratando de despertarnos, nos dijo “argentinos a las cosas”.

Debemos ser los artífices de la decisión a tomarse en la materia. Pues constituye una verdad de perogrullo que si se adopta sin nuestra intervención, como seguramente constituirá una suerte de cirugía de emergencia, es altamente probable que no a de ser la mejor ni la más conveniente.

Como bien se lo afirmara unánimemente en el V ENCUENTRO DE ABOGADOS DEL MERCOSUR, en Foz Iguazú, en marzo del año 2.002, la abogacía organizada de América del Sur debe consolidar la colegiación donde la misma aún no ha sido lograda, marchando junta en pos de la habilitación profesional, para obtener como propósito último la dignificación del ejercicio de la abogacía. Y en esa lucha, la colegiación argentina debe tener un rol destacado.

Tal como lo insinuó, con sutileza pero con precisión, el Dr. Carlos Andreucci, Presidente de nuestra Federación, en la Junta de Gobierno de San Martín de los Andes, hace ya cinco años, debemos alcanzar un pronto acuerdo, que supere nuestras disidencias. Que bien puede encontrarse a través de la adopción de un sistema mixto, en el que la habilitación profesional quede en manos de la Colegiación, la Universidad y el Estado. Con un solo objetivo: la dignificación y la reivindicación de la abogacía, que le permita su revalorización en la sociedad y su reafirmación como colaboradora indispensable de la Justicia y el Derecho.

Lo que solo ha de lograrse con la participación activa de de la Colegiación, en búsqueda de la capacitación permanente del abogado, para asegurar a los justiciables una adecuada defensa de sus derechos y a la sociedad una Justicia más creíble y más eficaz.

REFLEXIÓN FINAL.

Debo confesar que después de leer este trabajo, me pregunté a mí mismo si era prudente y conveniente asumir -y llevar al seno de la Conferencia Nacional de Abogados- una posición tan cruda y realista, tan expuesta a las críticas y tan poco política.

Pero sin titubear decidí mantener lo escrito tal como estaba, sin quitarle ni agregarle nada. Pues si alguna duda cruzó por mi mente, quedó disipada cuando recordé aquél profundo pensamiento de Martin Luther King que reza así:

“La cobardía hace una pregunta: ¿es segura?

“La conveniencia hace una pregunta: ¿es política?

“La vanidad hace una pregunta: ¿es popular?

“Pero la conciencia hace una pregunta: ¿es correcta?

“Y llega un momento en que uno debe tener una posición que no es segura, ni política, ni popular. Pero uno debe tomarla porque es la correcta”.

Por ello es que, aún a sabiendas que esta ponencia ha de despertar críticas apasionadas y fuertes rechazos de algunos sectores, la presento como la he concebido, sin maquillaje ni anestesia.

Es este mi humilde aporte para despertar y alertar a la colegiación, sobre un asunto que debe abordar, tratando de encontrar la solución correcta y adecuada no solo para la abogacía, sino también para los argentinos, que están sedientos de justicia y que quieren vivir en un verdadero Estado de Derecho, con la plena vigencia de la Constitución y sus Instituciones.

ACCESO A LA PROFESIÓN: AYER, HOY, CÓMO SIGUE

Dra. MABEL BEATRIZ CAPORELLI

COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO

SUMARIO: Introducción. Hipótesis. Desarrollo. Capítulo I. Antecedentes históricos: Época Virreynal hasta el siglo XX. Capítulo II. La Habilitación Profesional en la actualidad. Tema pendiente en la Argentina. Conclusiones. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El tema de la habilitación profesional concentra la atención y genera ríspidas discusiones dentro del ámbito de la colegiación –de abogados-, causa mucha inquietud personal, y la sociedad toda se inquieta a la espera de una decisión que no se puede esperar más.

Se levantan voces en distintas líneas que pretenden justificar el mantenimiento del statu quo actual, o el de su eliminación, o su modificación, pero la abrumadora realidad que reclama excelencia en el servicio de administración de justicia nos invita a repensar el tema.

Para comenzar se hace necesario repasar el origen y describir el desarrollo histórico de la habilitación profesional para abogados a modo de tener un informe acabado de cómo llegamos a la situación actual.

Encontramos referencias al ejercicio profesional de abogados ya en *Las Siete Partidas, de Alfonso X “el sabio” (1257)*, las cuales fueron precedidas por el Fuero Real y fundamentadas en el derecho romano Justiniano. Para Alfonso X la profesión de abogado era un “oficio público”.

De ellas, la Tercera Partida titulada La justicia que hace que los hombres vivan unos con otros en paz y de las demás personas que son menester para ella. En el título 6 De los Abogados, encontramos una descripción de nuestra profesión en este sentido sic: “el oficio de los abogados es muy provechoso para ser mejor librados los pleitos, y más es cierto cuando ellos son buenos y andan lealmente, porque ellos aperciben a los jueces y les dan camino para librar más pronto los pleitos”.

Desde la colonización de América este antecedente ha influido en la actividad forense hasta comienzos del siglo XIX.

El relevamiento del tema en libros y documentos hasta la actualidad informarán el estado del conocimiento al respecto.

Así también se considerarán las distintas hipótesis esbozadas por colegas al respecto, las que van desde la necesidad de desprender el grado académico de la titulación con la consecuente habilitación profesional, a aquellas que auspician la adopción de sistemas de otros países, como por ejemplo Brasil o España.

HIPÓTESIS

La profesión de *abogado* tiene como característica fundamental “la función social que cumple” y en ello radica el “interés social” de ésta.

El abogado es parte esencial en el servicio de administración de justicia, y la excelencia de éste estará determinado por la capacitación permanente de éstos.

La habilitación profesional gradual y deslindada del título de grado calificará para el acceso a los

distintos fueros y a las distintas instancias, garantizando la excelencia en la defensa de los derechos de los justiciables.

DESARROLLO

CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: ÉPOCA VIRREYNAL HASTA SIGLO XX

Comenzaremos un sintético relato de los antecedentes históricos en materia de habilitación profesional de abogados, con esto se trata de elaborar un estado de situación que nos indique como se ha llegado a la situación actual en nuestro país.

Nuestro punto de partida serán las Ordenanzas para las audiencias de 1563, en las que el rey Felipe II dedicó normas para los abogados de América, que fueron luego incluidas en las Leyes de Indias (II-XXIV), con algunas otras disposiciones provenientes de Ordenanzas de 1596 y de otras reales provisiones.

Asimismo determinó que el presidente de las Audiencias y los oidores serían los “juzgadores” de los que hablaba Alfonso X para saber quién era “sabedor del Derecho” como para ser admitido abogado. El examen suponía que el peticionario era antes “graduado”.

Las regulaciones reales se referían a la conducta del abogado en su trato con el cliente, a su relación con la Audiencia en el proceso, y a su conducta en general.

La Audiencia asumía el control del trabajo del abogado, que no podía eludir ni evitar ese control.

Al crearse en distintas jurisdicciones audienciales los colegios de abogados, estas instituciones no sustituyeron en tales labores a las audiencias, sino que las complementaron.

Con la fundación de Buenos Aires por Juan de Garay el 11 de junio de 1580 se estableció el servicio de administración de justicia. Los alcaldes ordinarios eran jueces legos y al mismo tiempo ejercían funciones municipales y administrativas¹.

La jurisdicción judicial estaba sometida a la autoridad de la Audiencia de Charcas, siendo los abogados los encargados del asesoramiento a los jueces legos y de convalidar sus sentencias con su firma.

Hemos de tener presente que la Educación Superior se inició en el actual territorio argentino en 1613, cuando el obispo diocesano fray Hernando Trejo y Sanabria donó sus rentas para sustentar las cátedras de latín, artes y teología sobre la base del Noviciado de los padres jesuitas que funcionaba en Córdoba desde 1607. Es el Papa Gregorio XV el que autorizó a otorgar grados universitarios y el rey Felipe III en 1622 lo elevó a categoría de universidad.

La instalación de la segunda Audiencia en Buenos Aires en 1785, trajo la presencia de jueces letrados con jurisdicción sobre el Río de la Plata, Paraguay y Tucumán.

La Audiencia ejerció el contralor del adiestramiento profesional, gobernó la matrícula y fijó los requisitos para la inscripción habilitante.

Buenos Aires comenzó a profesionalizarse debido al ejercicio regular de las pasantías, y el padrinazgo profesional para con los aspirantes a colegas.

A fines del siglo XVIII funcionaban en el Virreinato las universidades de Chuquisaca y de Córdoba. Los estudios de derecho que finalizaban con la obtención de los grados de bachiller, licenciado o doctor, casi siempre in utroque iure.²

Una Real Cédula del 19 de octubre de 1768 disponía que para poder inscribirse como abogados en la matrícula habilitante, los graduados debían practicar cuatro años en el bufete de un letrado desde la obtención del diploma y aprobar después un examen ante la Real Audiencia de la jurisdicción.

El artículo 239 de las ordenanzas formadas para la Audiencia de Buenos Aires sancionaba con multa de 40 pesos al letrado que ocupase el estrado sin estar matriculado ante ella.

[1] LEIVA ALBERTO DAVID, Historia del Foro de Buenos Aires, págs.21 y ss.

[2] Real Academia Española, Loc. Lat. Literalmente “en uno u otro derecho”, loc.adv. Dicho de una persona titulada: que lo es en ambos derechos, el civil y el canónico.

La misma Real Cédula de 1768 disponía que los exámenes de habilitación de nuevos abogados debían tomarse por el presidente y oidores de la Audiencia, sin perjuicio de lo cual en Buenos Aires fue costumbre encomendar esta tarea a algunos abogados destacados como paso previo al examen por los oidores.

La Audiencia en el acuerdo del 1 de abril de 1805 dispuso la concurrencia diaria de los practicantes a los estrados del tribunal, conjugada con la práctica en estudio conocido durante cuatro años, y quienes se presentasen con títulos despachados por otras audiencias no podrán usar de ellos hasta completar el término de cuatro años, a excepción de los casos en que el tribunal les encomendase la defensa de algunas causas por especial nombramiento. En concordancia también con las disposiciones que limitaban el número de abogados.

Aquí destacamos el precedente de las Siete Partidas, que en el título VI de la partida III refiere a las personas escogidas para la defensa por ser concedoras del derecho serían anotadas en un libro especial, *la matrícula*.

Los abogados que se inscribieron en la matrícula desde 1802, fecha del informe de la Audiencia, hasta el año de la Independencia fueron 54. Antes, desde la instalación de la Audiencia hasta dicho año, se habían recibido 98. Había por lo tanto, 152 inscriptos. La población de la ciudad, incluyendo los suburbios, contaba entre 65.000 y 70.000 habitantes.

A partir de los días de mayo con la supresión de la Audiencia y su sustitución por un tribunal que indicaba el nacimiento del Poder Judicial, el cual heredó el control de la matrícula para abogar.

Durante lo que se denominó el período rivadaviano, los abogados combinaron su ejercicio profesional con actividades políticas.

La Universidad de Buenos Aires reconoce su origen en el decreto del 9 de agosto de 1821, trayendo aparejado el Departamento de Jurisprudencia.³

Los exámenes se rendían ante la Excelentísima Cámara de esta Provincia.

Con características muy locales se puede describir la época de Rosas, con su marcada impronta personal en los asuntos de Justicia.

En 1857 se dispuso renovar por completo la matrícula de abogados, y el 18 de agosto de 1858 en el salón del Superior Tribunal de Justicia se instaló el Colegio de Abogados con la presencia del ministro Valentín Alsina, llegamos así a la fundación del primer colegio de abogados cuya vida se extendería hasta 1871.

Entre la Batalla de Pavón y la capitalización de Buenos Aires el hecho más relevante para la vida forense fue la instalación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Luego de la sanción de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, se transformó el Departamento de Jurisprudencia en Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, que luego de la supresión de la Academia Teórico-Práctica de Jurisprudencia se constituyó en fuente generadora de abogados, coexistiendo el sistema de pasantías.

El aumento cuantitativo sostenido de la matrícula de distintos niveles sociales influyó a la hora de asociarse los nuevos letrados.

En 1873 la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dio a la Universidad el sistema de autonomía. Respecto del título habilitante, se indicaba que las universidades y facultades científicas erigidas legalmente expedirán los títulos y grados de su competencia sin más condición que la de exigir exámenes suficientes en el tiempo que el candidato lo solicite, de acuerdo con los reglamentos de las facultades respectivas, quedando a la Legislatura la facultad de determinar lo concerniente al ejercicio de las profesiones liberales.

Así el Estado determinaría mediante una ley especial las profesiones que pudieran ejercerse y la forma en que se acreditaría competencia para ello, situación conocida como “examen de Estado”⁴.

[3] LEIVA ALBERTO DAVID, Historia del Foro de Buenos Aires, pág.202.

[4] LEIVA ALBERTO DAVID, op.cit.pág.202.

Sancionada la Constitución de la Provincia, debía dictarse –o al menos era lo esperado- una ley que regulara el sistema de evaluación de competencia para autorizar el ejercicio profesional.⁵

Transcurría el tiempo y la ley no se dictaba, entonces el Poder Ejecutivo la sustituyó provisionalmente por un decreto de fecha 26 de marzo de 1874, manteniendo la dualidad del título científico y profesional.

El 7 de agosto de 1875 se sancionó la ley y la Universidad quedó obligada nuevamente a capacitar para las profesiones, tomar las pruebas de competencia y expedir las patentes.

En ese mismo año -1875- en la Facultad de Derecho comienza la aplicación de un nuevo plan de estudios que habilitaba, según la ley del 12 de agosto de 1875, para obtener el grado de licenciado en Derecho que permitía ejercer como abogado.

Los cambios generados en los años 1880 dejaron una impronta imborrable en la vida forense, volviendo a encarar la lucha por la colegiación profesional.

El decreto del 30 de noviembre de 1880, el presidente Julio A. Roca cerró las escuelas de Derecho en todo el país, juzgando “se provee suficientemente a la carrera profesional de la Abogacía en las universidades de la Nación y en las facultades de Derecho que han fundado y costean las provincias de Santa Fe y Tucumán, sin que sea necesario acordar facilidades mayores a esta profesión que pesa ya desigual y desastrosamente en la instrucción y en la vida pública”.⁶

Comenzaron a alzarse voces en contra de la habilitación automática consagrada en la Ley Avellaneda, entre los cuales se encontraban Aristóbulo Del Valle, Baldomero Llerena, Juan Agustín García, Rodríguez Larreta, Weigel Muñoz.

También se esbozaban argumentos en detrimento del gran número de abogados refiriendo que no puede haber pleitos para tanto abogado⁷.

En el período comprendido entre 1875 y 1881 la matrícula de abogados de la ciudad de Buenos Aires era llevada por la Suprema Corte de Justicia, y luego de la capitalización -1882- se hizo cargo la Cámara de Apelaciones en lo Civil, ejerciendo el control de la habilitación profesional.

En 1881, Nicolás Avellaneda se desempeñaba como rector de la Universidad de Buenos Aires y como Senador Nacional presentó un proyecto de ley universitario que luego de un intrincado trámite parlamentario se aprobó con el Nro.1597 el día 25 de junio de 1885, el cual en materia de habilitación profesional dicha atribución quedaba en manos de los establecimientos universitarios.⁸

Durante la vigencia de esta ley Avellaneda fueron creadas las universidades nacionales de La Plata (1905), del Litoral (1919), Tucumán (1921) y Cuyo (1938).

Hacia 1910 no sólo la matrícula había crecido notablemente, sino que además hubo “abogadas” la primera fue María Angélica Barreda.

Mientras continuaban unidos el grado académico y el título habilitante, muchos se volcaron al estudio de esta carrera en busca del prestigio que la misma generaba, generándose un incremento muy importante de la población estudiantil, con la consecuente preocupación por el entrenamiento profesional.

A mediados del siglo XX se produce una gran explosión de la matrícula, como también la aplicación de la Constitución de 1949 generaría importantes procesos sociales.

Se aplicaron sucesivamente distintos planes de estudios en los años 1906, 1908 y 1909, en todos se mantuvo unido el título y el grado académico, sin solucionar el problema.⁹

[5] LEIVA ALBERTO DAVID, op.cit. pág.202 y ss.

[6] LEIVA ALBERTO DAVID, op.cit. pág.226 y ss.

[7] CLAMANDREI PIERO, op.cit.págs.91 y 129.

[8] MIGNONE EMILIO F. op. Cit. Páginas 18 y ss.

[9]LEIVA ALBERTO DAVID, op.cit. pág.276.

La crisis comienza a emerger imparable como consecuencia de la mala calidad de la enseñanza¹⁰, circunstancia que se verá más profundizada con el transcurrir de los años, sin atender a semejanzas foráneas¹¹ con las respuestas que comenzaban a esbozarse al mismo, como ejemplo podemos citar las palabras de Piero Calamandrei “*son necesarios pocos abogados y bien escogidos; de otro modo la utilidad social de la abogacía es una mentira y una ironía*”, “*En Italia, de hoy día, los profesionales de la abogacía son en número enormemente superior a las necesidades sociales; esta elefantiasis patológica de los gremios forenses lleva consigo, como natural consecuencia, la desocupación y el malestar económico de la gran mayoría de los profesionales*”.¹²

El 09 de octubre de 1947 fue promulgada la ley 13031 innovando decididamente en materia de normatividad universitaria y fue consecuencia de un drástico cambio de contexto político y socioeconómico del país, cuyo proyecto fue originado por el Poder Ejecutivo Nacional en ejercicio del presidente constitucional Juan D. Perón, se la conoce como la Ley Guardo (Ricardo) quien fue su principal inspirador.¹³

Recién en el año 1993 se dictó una ley que abarcó la totalidad del sistema educativo, la Ley Federal de Educación Nro.24195 (14/04/1993), actualmente abrogada por la Ley 26206, Ley de Educación Nacional.

Llegamos así a la Ley de Educación Superior Nro.24521 del 20 de julio de 1995, por primera vez se incorpora en su texto un conjunto de normas sobre evaluación institucional y acreditación, asimismo se establece que la evaluación externa estará a cargo de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU).

Respecto a los títulos académicos y habilitación profesional su artículo 42 indica: “*Los títulos con reconocimiento oficial certificarán la formación académica recibida y habilitarán para el ejercicio profesional respectivo en todo el territorio nacional, sin perjuicio del poder de policía sobre las profesiones que corresponde a las provincias. Los conocimientos y capacidades que tales títulos certifican, así como las actividades para las que tienen competencia sus poseedores, serán fijados y dados a conocer por las instituciones universitarias, debiendo los respectivos planes de estudio respetar la carga horaria mínima que para ello fije el Ministerio de Cultura y Educación, en acuerdo con el Consejo de Universidades*”.

Esta ley y en específico los artículos 42 y 43 han sido motivadores de sendas ponencias presentadas en la Comisión 4 de la XV Conferencia Nacional de Abogados –organizada por la F.A.C.A.-, proponiendo su derogación y modificación del mismo ante la proliferación de universidades donde hay ausencia total de rigor académico con el consecuente perjuicio para la sociedad toda.¹⁴

CAPITULO II EL ACCESO A LA PROFESIÓN DE ABOGADO EN LA ACTUALIDAD. TEMA PENDIENTE EN ARGENTINA. CONSECUENCIAS.

El sintético racconto de hechos que determinaron el statu quo de la Habilitación Profesional, visto en la actualidad como el “acceso a la profesión” hasta nuestros días, no hace más que mostrarnos que este no es un tema menor, era de importancia social y hacía al buen servicio de justicia –ver referencias a las Siete Partidas de Alfonso X (1255)-, esta problemática que nos ocupa que pareciera ser de hoy, del aquí y ahora tiene algo así como más de cien años –desde 1880-.

Basta remitirse a las referencias de los hechos y manifestaciones acontecidos en 1880, la excesiva población de abogados, la falta de entrenamiento adecuado para el ejercicio profesional, la deficiencia en los planes de estudios universitarios que generaban una consecuencia inmediata lógica indeseable como

[10] CALAMANDREI PIERO, “Demasiados Abogados”, pág.80 “Los jóvenes, como mejor se dirá más adelante, salen de las Universidades casi siempre desprovistos hasta de una orgánica y sintética orientación institucional que les permita estudiar provechosamente por sí mismos sin la guía del maestro, nadie piensa luego en darles un poco de instrucción práctica”.

[11] CALAMANDREI PIERO, “Demasiados Abogados”, op.cit. capítulo II pág.129.

[12] CALAMANDREI PIERO, op. cit. pág.45.

[13] MIGNONE EMILIO F. op.cit. Páginas 24 y ss.

[14] XV CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS -FACA, COMISION 4, ver ponencias Dres. F. Varela y Gerardo Luengo.

era la deficiencia en la calidad del servicio de administración de justicia y el perjuicio que representaba para la sociedad.

La voces se comenzaban a levantar en detrimento de la habilitación profesional automática –hoy nos referimos al “acceso a la profesión”-, grandes personajes de nuestra historia hicieron saber su opinión respecto entre los cuales podemos mencionar a Aristóbulo Del Valle, Baldomero Llerena, Juan Agustín García, Rodríguez Larreta, Weigel Muñoz.

Se advertía que la relación asistencia jurídica-población no guardaba una adecuada proporcionalidad lógica para una eficaz relación entre el servicio que se presta y la necesidad que la sociedad requiere.

Pero éste no era un problema que sólo aquejaba y aqueja estas tierras, ya se advertía igual situación en Italia, Francia, Alemania –en menor medida-¹⁵

Este diagnóstico que ya tiene algo más de cien años se mantiene igual y sin el tratamiento adecuado, sin la toma de decisión responsable que toda la sociedad espera. Esa espera nos involucra responsablemente a todos los abogados, tenemos que tener una mirada de dónde venimos, donde estamos y como seguimos en esta crisis que es de público y notorio.¹⁶

La Abogacía argentina debate la conveniencia y oportunidad y hasta la legitimidad de la instauración de un sistema de acceso a la profesión, cuando en realidad el debate debería darse respecto a la forma de instalación de un sistema de acceso a la profesión, también podemos pensar haciendo retrospectiva en reinstalar –de forma acorde a la época actual- el sistema de acceso existente al momento de instalarse el servicio de administración de justicia en la época virreinal; refiero el término “reinstalación” con fundamento en la función social desempeñada por el “abogado” y el fin superior de la excelencia en la Administración de Justicia, obviamente con el ajuste necesario a la época actual en cuanto a quien/es deben ser las autoridades que den la acreditación de acceso a la profesión de abogado, en aquella época se denominaban “autoridades habilitantes”.

Tenemos ejemplos claros de habilitación profesional para abogados como es el caso de Brasil, país que comparte un mismo origen latino, si bien tiene raíz constitucional su sistema habilitante, en nuestro país nadie duda de la función social y la trascendencia de la profesión de abogado en el servicio de administración de justicia, en pro del respeto y vigencia de la Constitución Nacional como garantía del Estado de Derecho.

En el caso de Brasil, el artículo 5 de la Constitución Federativa (1988) garantiza el libre ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión atendiendo a las calificaciones profesionales que la ley establezca; asimismo el artículo 133 establece que el abogado es indispensable a la administración de justicia definiendo así su función pública.¹⁷

Con este articulado constitucional se sostiene que se jerarquiza la profesión, se le da credibilidad pública y se brinda a la sociedad un servicio idóneo.¹⁸

Esto implicaría que la abogacía organizada entendiera que se hace necesario un cambio de sistema, donde deslindemos el título universitario, grado académico, de la acreditación necesaria para el acceso a la profesión. Esto implicaría que el acceso a la profesión es una instancia posterior.

Debemos rescatar los antecedentes y fundamentos que imperan hoy en gran parte del mundo donde

[15] CALAMANDREI PEIRO, “Demasiados Abogados”, op.cit.págs.61.

[16] V Plenario sobre Incumbencias Profesionales – FACA, ver conclusiones:”Esa obligación y la adecuada defensa de los derechos e intereses de las personas, implican necesariamente el requisito de idoneidad en el ejercicio de la profesión, so pena de tornar en meramente formal esa garantía obligatoria e ilusorio el ejercicio adecuado de los derechos.”” La importancia del ejercicio de la abogacía antes descripta, exige idoneidad como requisito y debe ser testada en el inicio y en forma periódica”

[17] MORELLO A.M. y BERIZONCE R., “Abogacía y Colegiación”, pág.37 “La acentuación de la responsabilidad profesional constituye pilar esencial en la tarea de jerarquización de las profesiones jurídicas. El abogado desempeña cometidos cuasipúblicos que le comprometen cada día más ante la comunidad individualmente y sobremanera como integrante del gremio forense”.

[18] PALACIO SUSANA, op. cit. página 53.

existen sistemas de habilitación como paso posterior a la graduación académica.

Los fundamentos existentes en los distintos sistemas extranjeros, sean de origen latino como el español o el sistema americano de origen anglosajón, son similares pues todos tienen en vista el bien común de la sociedad.

En los Estados Unidos hasta el siglo XX los abogados se formaban en el trabajo y pocos concurrían a la universidad. El presidente Abraham Lincoln fue un eximio abogado surgido de la práctica.¹⁹ Actualmente un egresado de la universidad debe rendir examen en la American Bar Association²⁰ para obtener la licencia de abogado, igual extremo se repetirá en cada uno de los cincuenta y un estados que lo integran ²¹.

En España los Colegios Profesionales tienen reconocimiento constitucional a modo de reserva de ley, ya que la Constitución en el Art.36 establece que por ley se regulará el ejercicio de las profesiones tituladas, lo que supone de por sí una garantía de legalidad. El art.13 de la Ley de Colegios Profesionales establece como fin esencial de los mismos “la ordenación del ejercicio profesional” y conceder la “habilitación profesional” para aquellos titulados que quieran ejercer la profesión con independencia y responsabilidad.

El Colegio de Abogados de Madrid tiene establecido un sistema de designación de abogados para el turno de oficio en base a una relación de materias (4) y por niveles (2), para los cuales se valorara formación y los años de ejercicio profesional. La estructura que se refiere es la siguiente, a saber:

La inscripción en cada sección debe hacerse con base a unos criterios objetivos, teniendo en cuenta:

-La formación de grado.

-La formación de Master.

-La superación de un proyecto fin de carrera.

-El currículum del alumno.

-La Escuela donde ha cursado los estudios (no gusta a la universidad ya que supone un control de la calidad de la enseñanza).

-La formación de Máster y Doctorado.

-El ejercicio tutelado.

-La experiencia profesional.

-La formación continua.

En España se ha dictado en el año 2006 la Ley 34 de Acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, el título profesional es exigible para prestar asistencia jurídica utilizando la denominación de Abogado, – teniendo presente que la ley no entrará en vigor hasta pasados cinco años desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que se produjo el 31 de octubre de 2006-, impone a los licenciados en Derecho una etapa obligatoria de formación práctica para que no queden fuera de la Comunidad Europea.

En su exposición de motivos se indica que la actuación ante los tribunales de justicia y demás funciones de asistencia jurídica requieren que se acredite de forma previa una capacitación profesional que va más allá de la mera titulación universitaria. Se subraya la importancia de la formación práctica de los profesionales, de modo que quede garantizada de forma objetiva su capacidad para prestar la asistencia jurídica constitucionalmente prevista.²²

[19] LYNCH HORACIO M., “Abogados de medio pelo”, Buenos Aires, 10/07/2007, diario La Nación, pág.23.

[20] www.ali-aba.org

[21] www.abanet.org

[22] Ley 34/2006 Boletín Oficial de Estado de 31/10/2006.

Los aspirantes tendrán que cursar la formación necesaria para acceder a una evaluación, superada la cual se otorgará la habilitación.

La prueba de evaluación tendrá carácter estatal y será única para todo el territorio.

Como podemos observar, el mundo marcha en esa dirección, y es necesario que nuestros abogados no sean discriminados.²³

Con esta normativa se dispone, en síntesis, en el Estatuto General de la Abogacía Española que todo abogado incorporado a cualquier Colegio de Abogados de España podrá prestar sus servicios profesionales libremente en todo el territorio del Estado, en el resto de los Estados miembros de la Unión Europea y en los demás países, con arreglo a la normativa vigente al respecto. Los Abogados de otros países podrán hacerlo en España conforme a la normativa vigente al efecto.²⁴

Volviendo la mirada hacia nuestro país la mala calidad de los planes educativos universitarios que obtienen su autorización por la autoridad de contralor resulta de público y notorio; numerosos son los ejemplos de las numerosas ofertas universitarias tanto públicas como privadas –poniendo de manifiesto una política educacional al respecto-, que brindan sus clases a distancia, con sedes o subsedes, con clases tutoriales que se desarrollan en cualquier bar de la ciudad cabecera, alejadas de todo ámbito académico, y carentes de preocupación por la excelencia de la educación; siendo función inexcusable del Estado a través de su órgano de contralor, la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria, -creado por la ley 24521- ejercer su poder de policía al respecto.²⁵

Resulta apropiado mencionar como estado de situación el reportaje que se le efectuara al Dr. Guillermo Sagués para un diario de gran circulación nacional donde a la pregunta: *“en la Argentina un café y un título de abogado no se le niega a nadie”*: *qué reflexión le merece esta frase que se suele decir al respecto de la cantidad de abogados que todos los años egresan de las distintas facultades?* la respuesta fue la siguiente: *“La frase contiene la constatación cruda de la realidad que he comentado antes. Los responsables de la cultura del facilismo, los demagogos y los empresarios disfrazados de educadores deberían hacerse cargo del tremendo daño que le causan a la profesión de abogado, a la ciencia del Derecho y a la Justicia de nuestro país. Los miles de profesionales frustrados, los remunerados indignamente, la competencia feroz en la que “todo vale”, el decaimiento del comportamiento ético, y la degradación de la Administración de Justicia, forman parte de la contracara sin gracia pero igualmente real de la frase”*²⁶.

También es claro ejemplo de lo antes expuesto la circunstancia que a partir de la década del 90, en el Consejo de la Magistratura se ha verificado que la formación de los profesionales es mala a través de los fracasos reiterados en las evaluaciones.

Los egresados de las facultades de derecho con el título de abogado, egresan y no están entrenados para el inmediato ejercicio profesional, con el consecuente perjuicio potencial para cualquier habitante que decida contratar sus servicios, al Estado le interesa la excelencia en la Administración de Justicia. El abogado no puede olvidar jamás que es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración²⁷.

Más ejemplo de lo antes expuesto lo constituye el hecho que los Tribunales de Disciplina de los Colegios de Abogados registran un incremento sustancial de causas disciplinarias, los reproches deontológicos surgen en muchos casos por infracciones cometidas por ignorancia de las leyes que regulan el propio ejercicio profesional y las normas de ética.

[23] LYNCH HORACIO M., “Abogados de medio pelo”, Buenos Aires, 10/07/2007, diario La Nación, pág.23..

[24] COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID, consulta de su página web.

[25] COLPROBA ver resolución 328/97 texto declaración “La enseñanza universitaria”, La Plata, diciembre de 1997.

[26] SAGUES GUILLERMO E. “Formación Profesional del Abogado” reportaje

[27] MORELLO AUGUSTO M. y BRIZONCE ROBERTO, op.cit. página 30.

Al respecto se ha manifestado el COADEM que ha reafirmado **el carácter público del Ejercicio Profesional de la Abogacía**, derivado de su función necesaria para el Estado de Derecho, a fin de cumplir con la prestación de un adecuado servicio de Justicia. En ese carácter se explica la potestad estatal de exigir el patrocinio letrado en toda controversia judicial, el consecuente control de la matrícula, de los requisitos éticos inherentes a su ejercicio, y de la formación y competencia profesional de los abogados. Y por ello COADEM ha reiterado tanto en varias de sus declaraciones, como con su presencia en foros internacionales, **que la Colegiación legal de los Abogados en los países miembros del MERCOSUR, no solo es la mejor garantía de la independencia y dignidad de los Abogados, que se traduce en un mejor servicio de justicia, ya que *no hay justicia sin abogados, sino fundamentalmente también de la defensa del Estado de Derecho en cada uno de nuestros países***²⁸.

La situación de crisis no la podemos disimular, está presente, sic “Nuestras facultades están formando medios abogados: la teoría se enseña, pero omiten e ignoran la praxis. Deben formar abogados integrales y complementarse con medidas como deslindar el título académico de la habilitación profesional y establecer exámenes para el acceso a la profesión, agregar reválidas periódicas y controlar la actuación profesional. Lanzar a la calle abogados sin experiencia no es tan letal como a médicos, pero se le parece, al decir del Dr. Horacio M Lynch.

Nos desconocemos la necesidad y la responsabilidad que nos compete al respecto, “*En circunstancias históricas difíciles, acaso de las más agudas de una civilización y una cultura que muestran evidentes signos de agotamiento el reto es frontal y la actitud no puede ser sino profunda, sensata, realista...la abogacía debe volver a resonar como la palabra de verdad confiable, luminosa*”²⁹.

La formación académica actual que se obtiene con el título de grado no cumple con las expectativas frente a los requerimientos actuales de la sociedad, del mundo, esto ya no se puede disimular, ni tampoco minimizar.³⁰

La propuesta que se efectúa sería implementar un sistema de evaluación, que también podemos denominar al decir del Dr. Augusto M. Morello, “el juicio de verificación de la competencia profesional”, previendo distintos tramos-niveles-sectores y por materia para su categorización profesional de acuerdo a los conocimientos y experticia –antigüedad de ejercicio profesional-, habilitándose para actuar profesionalmente en primera instancia, cámaras, cortes, actuando dicho sistema directamente a favor de la excelencia en la Administración de Justicia, y a modo de garantizar de forma objetiva su capacidad para prestar la asistencia jurídica y el respecto de los derechos amparados constitucionalmente, y como efecto secundario podemos referir también operando a favor de la reducción de litigiosidad.

Siendo la universidad quien verifica y otorga el título académico, los Colegios de Abogados ejercen el control del ejercicio profesional –en el caso de la Provincia de Buenos Aires por atribución de la ley 5177-, entendemos que también deben asumir la función de verificadores de la competencia profesional desarrollando un sistema que asegure transparencia, seguridad, objetividad, garantía, severidad, control y excelencia.³¹

Frente a los argumentos que van en detrimento de la implementación de un sistema de acceso a la profesión posterior al título de grado argumentando referencias a derechos y garantías constitucionales podemos responderles que, “No es posible pensar que estando el abogado encargado de la defensa de los

[28] COADEM, (Consejo de Colegios y Ordenes de Abogados del MERCOSUR), Declaración, República Oriental del Uruguay, 17 y 18 de agosto de 2001.

NOTA: “LA DECLARACIÓN de MONTEVIDEO ” (17/18 agosto 2001) fue Aprobada por unanimidad en la Reunión del Consejo Superior del COADEM , publicitada por sus entidades miembros y publicada en la Revista SÍNTESIS FORENSE del Colegio de Abogados de San Isidro No.100 (Abril/ Mayo 2002, página 20) con nota del Dr. José Carlos Gustavo De Paula , donde se destaca el carácter de función pública y social del abogado en el ejercicio de su profesión.-

[29] MORELLO AUGUSTO M. y BERIZONCE ROBERTO, op.cit.pág.5

[30] LORENZETTI RICARDO, “Los Abogados”, diario Perfil 12/08/2007, pág.20.

[31] MORELLO AUGUSTO M. op.cit. Doctrina, página 78.

derechos más sagrados del individuo no le sea exigible capacidades y conocimientos que garanticen al ciudadano que aquellos estarán debidamente custodiados”.³²

Hay quienes proponen un sistema mixto, donde el acceso a la profesión quede en manos de la Colegiación, la Universidad y el Estado³³; otros entendemos que el sistema de verificación de la competencia profesional para el acceso a la profesión debe estar en cabeza de los Colegios de Abogados, encontrando como fundamento para este postulado la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y las previsiones de la ley 5177.

Encuentro como punto de inflexión al respecto que los abogados efectuamos nuestro juramento profesional ante otros colegas, a partir del cual nuestra actividad profesional tiene una carga social indelegable.

CONCLUSIONES

La habilitación profesional en el ejercicio de la abogacía en sus comienzos en el Virreynato del Río de la Plata devenía luego de la obtención del título académico, la práctica certificada en estudios jurídicos y la evaluación que realizaba la Audiencia, primero la de Charcas, luego la de Córdoba y finalmente la de Buenos Aires.

Entendemos que si asumimos responsablemente el ejercicio profesional con las connotaciones sociales tan trascendentes que lleva ínsito no podemos dejar de auspiciar la necesidad de implementación de un sistema de verificación de la competencia profesional para el acceso a la profesión de abogados.

La propuesta sería implementar un sistema de evaluación –perfectible- de la formación de los egresados académicos para el ejercicio profesional antes de su habilitación, previendo distintos tramos-niveles-sectores para su categorización profesional de acuerdo a los conocimientos y experticia –antigüedad de ejercicio profesional-, habilitándose para actuar profesionalmente en primera instancia, cámaras, cortes, actuando dicho sistema directamente a favor de la excelencia en la Administración de Justicia, de esta forma aseguraremos la defensa del Estado de Derecho y la Constitución Nacional tornando real y palpable el juramento efectuado.

Siendo la universidad quien verifica y otorga el título académico, los Colegios de Abogados ejercen el control del ejercicio profesional –en el caso de la Provincia de Buenos Aires por atribución de la ley 5177-, entendemos que también deben asumir la función de verificadores de la competencia profesional, desarrollando un sistema que asegure transparencia, seguridad, objetividad, garantía, severidad, control y excelencia.³⁴

Entendemos que el sistema para la verificación de la competencia profesional para el acceso al ejercicio profesional de abogado debe estar en cabeza de los Colegios de Abogados, encontrando como fundamento para este postulado la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y las previsiones de la ley 5177.

Encuentro como punto de inflexión al respecto que los abogados efectuamos nuestro juramento profesional ante otros colegas, a partir del cual nuestra actividad profesional adquiere un sentido personal trascendente y una carga social indelegable.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

LEIVA ALBERTO DAVID, “Historia del Foro de Buenos Aires”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.

BERNAL JOSE MANUEL MARTIN, “Abogados y Jueces ante la Comunidad Europea”, Madrid, Editorial Colex, 1990.

[32] SAGUES, GUILLERMO E. op.cit. pág.33

[33] CHIALVA JORGE FRANCISCO, “La Habilitación Profesional”, op.cit.

[34] MORELLO AUGUSTO M. op.cit. Doctrina, página 78.

MORELLO AUGUSTO M. y BERIZONCE ROBERTO, "ABOGACIA Y COLEGIACIÓN", Buenos Aires, Editorial Hamurabi, 1981.
 MIGNONE EMILIO F., "Política y Universidad, El Estado Legislador", Buenos Aires, Editorial Ideas, 2005.
 CALAMANDREI PIERO, "Demasiados Abogados", Editorial Reus S.A., Madrid, 2006.
 BARSKY OSVALDO, SIGAL VICTOR, DAVILA MABEL (Coords.), "Los Desafíos de la Universidad Argentina", Editorial Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 2005.

ARTÍCULOS

ESPEL Alberto Luis, "Las Incumbencias Profesionales de la Abogacía", F.A.C.A., Segunda Época Nro.1, noviembre de 1994.
 MORELLO AUGUSTO MARIO, "La Habilitación de la Matrícula Profesional para Ejercer la Abogacía", Buenos Aires, Doctrina, Revista La Ley Nro.6051, 20/08/1997.
 COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, "La Enseñanza Universitaria", Resolución Nro.328/97.
 COADEM, DECLARACIÓN SAN ISIDRO, 06 de noviembre de 1998 NOTA: "LA DECLARACIÓN DE SAN ISIDRO" fue aprobada por unanimidad en la Reunión de COADEM, celebrada en el Colegio de Abogados de San Isidro, y publicada en la Revista SÍNTESIS FORENSE No.85 (Abril 1999, página 22.).-
 PASQUET MARIA ALEJANDRA, "Formación y Enseñanza Universitaria del Derecho de la Integración", ponencia realizada para la XXXV Interamerican Bas Association Conference" Federación Interamericana de Abogados, México, 06 al 11 de junio de 1999.
 SAGUES, GUILLERMO ERNESTO Y OTROS, "Congreso Internacional, Jueces, Abogados, Medios de Comunicación, Nuevos Desafíos", Facultad de Derecho-U.B.A., Buenos Aires, 19 al 21 de abril de 2001, páginas 23 a 82.
 Plenario Nacional de Colegios de Abogados, Paraná, Entre Ríos, 2 y 3 de noviembre de 2001, F.A.C.A. Ponencia Dr. José Pablo Descalzi "Habilitación Profesional: control de calidad."
 Vº Plenario sobre Incumbencias Profesionales, "Habilitación Profesional y Reválida de Títulos", COLPROBA, La Plata, 04 de octubre de 2001, expositores invitados: Dres. Augusto Mallo Rivas, Enrique P. Basla y Ambrosio Botarini.
 COADEM (Consejo de Colegios y Ordenes de Abogados del MERCOSUR), DECLARACIÓN DE MONTEVIDEO, Montevideo, República Oriental del Uruguay, 17 y 18 de agosto de 2001
 COADEM, Directivas Reunión Presidentes miembros de Coadem, Bs As, 2001, ratificadas en Reunión Presidentes de Coadem Santiago de Chile, 2003.
 Comisión de Incumbencias Profesionales y Actividad Profesional, F.A.C.A., Memoria Anual (1 de mayo de 2002 al 11 de abril de 2003).
 VARELA PABLO GABRIEL, "La Educación Superior Argentina y los Procesos de Evaluación y Acreditación", Conferencia pronunciada el día 24 de octubre de 2003, en el Campus "Nuestra Señora del Pilar" de la Universidad del Salvador, ante pasantes del Curso IGLU.
 CHIALLVA Jorge Francisco, "La Habilitación Profesional, un tema trascendente, que la abogacía organizada mantiene pendiente", Comisión Habilitación Profesional, F.A.C.A., Bs.As. abril de 2005.
 Colegio de abogados de la Provincia de Buenos Aires, Circular Nro.5111 (24 de mayo de 2006),Habilitación Profesional y Educación Legal.
 XV Conferencia Nacional de Abogados, F.A.C.A., La Abogacía rumbo al 2010: Balance al Siglo XX- Perspectivas del XXI, Salta del Valle de Lerma, 20 y 21 de septiembre de 2008, F.A.C.A.

WEB

"Las siete partidas", de Alfonso X "el sabio".- Google.com -
 ¡Abogados UBA, abstenerse! Por Horacio M. Lynch, 3 de mayo de 2006, |Noticias de Política, edición impresa, diario La Nación.
 LYNCH HORACIO M., "Abogados de medio pelo", Buenos Aires, 10/07/2007, diario La Nación, página 23.
 LORENZETTI RICARDO, "Los abogados", Buenos Aires, 12/08/2007, diario Perfil, sección Política, página 20.
 COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID
 FACA (clipping del 15/07/2009), "Evaluación de Abogados", diario La Nación.
 AMERICAN BAR ASSOCIATION, www.ali-aba.org y www.abanet.org

DEFENSA DE NUESTRAS INCUMBENCIAS

AUTORES: COMISIÓN DE SITUACION OCUPACIONAL E INCUMBENCIAS
PROFESIONALES DE LA FAC. DIRECTORA: DRA. ALICIA SUSANA MUTILVA

1.- Por qué

La defensa de determinadas incumbencias de la profesión por parte de los abogados, frente a otros profesionales que pretenden asumirlas como propias, es interpretada por muchos como meramente corporativa. No coincidimos con tal pensamiento. Mereceríamos tal imputación si pretendiéramos adjudicarnos actividades que no nos resultan propias con el único fin de ampliar nuestro campo de acción. Por el contrario, no puede merecer censura la defensa de aquellas materias en las que podemos y *debemos* intervenir en forma exclusiva, ya que, haciéndolo, no sólo defendemos nuestra profesión sino que protegemos a la sociedad que contará con el asesoramiento de quien se formó especialmente para ello.

2.- Contra quién y por qué.

Quienes sí incurren en una actitud reprochable son aquellos que intentan ampliar sus incumbencias profesionales pretendiendo incursionar en materias que no le son propias -sino que lo son de los abogados-, argumentando falsamente presuntos beneficios para la comunidad. En algunos casos tal pretensión la fundamentan en el conocimiento adquirido como consecuencia de haber cursado alguna materia jurídica. Lo que éstos sostienen no tienen en cuenta que para encarar la solución de un problema jurídico resulta necesario poseer una formación jurídica integral que permita comprender e interpretar, con una visión totalizadora, las normas y los instrumentos jurídicos.

Pretender que ciertas materias que a través del tiempo han permanecido dentro del ámbito de acción de los abogados continúen en el mismo, resulta saludable para la sociedad que de esa forma se asegura que sus problemas jurídicos sean analizados por quienes tienen un conocimiento cabal del Derecho y no por quienes pretenden incursionar en los mismos sin poseer formación suficiente.

Pero nuestra lucha debe estar dirigida no sólo a defender las incumbencias profesionales obtenidas legítimamente a través del tiempo sino a que se nos reconozcan otras que han sido objeto de expoliación por otros profesionales que no han tenido en cuenta cómo se determinan las incumbencias de cada profesión.

3.- Cómo se determinan las incumbencias. ¿Se respeta dicha determinación? ¿Quiénes son los responsables?

Tal como surge del art. 42 de la Ley 24.521 de Educación Superior, y en tanto nuestra profesión no sea declarada de interés público (art.43 LES), son las autoridades universitarias quienes determinan cuáles son las actividades para las que se encuentran habilitados a actuar los poseedores de los diversos títulos universitarios y, es razonable entender que para tal determinación dichas autoridades tienen en cuenta la curricula de cada una de las carreras. Con tal definición pareciera que no tendría que existir duda alguna respecto a cuál es el radio de acción propio y excluyente de nuestra profesión. Sin embargo ello no ha ocurrido así, y la abogacía, una de las profesiones más antiguas, ha sido y es objeto de un severo intrusismo por parte de otras profesiones. Debemos reconocer que ello ha podido suceder porque la abogacía no ha defendido con firmeza sus incumbencias.

Sorprende sobremanera que se sancionen leyes claramente violatorias de la normativa vigente que

prevé la forma de determinación de nuestras incumbencias, siendo que son abogados quienes ocupan el mayor número de bancas tanto en el Congreso Nacional como en los provinciales, y que, además, buen número de los asesores de los congresales son también abogados. Esta actitud indiferente por parte de algunos colegas en la defensa de la abogacía se observa también cuando reparamos que en muchos casos son abogados quienes defienden férreamente el otorgamiento de viejas incumbencias de la abogacía a otros profesionales. Nos preguntamos ¿indiferencia o algún interés oculto?

Tememos que el interés en la materia se limite a un grupo reducido de colegas que no logramos difundir el problema entre el mayor número de abogados y que observamos alarmados el desconocimiento del tema "incumbencias profesionales" en ámbitos donde su defensa debiera ser una prioridad.

4.- ¿Perderemos más incumbencias profesionales?

Ejemplos claros de los denodados intentos de privar a la abogacía de alguna de sus incumbencias son los numeros anteproyectos de ley, tanto en el ámbito nacional como en el provincial, de sucesiones extrajudiciales por vía notarial, más allá de los intentos de algunos escribanos de iniciar trámites sucesorios en sus escribanías, sin modificar la legislación vigente (1). Otro ejemplo son los proyectos de ley (2) tendientes a extraer ciertos divorcios del ámbito judicial y, en consecuencia de la intervención de los abogados.

* **Sucesiones extrajudiciales en sede notarial** En los diversos anteproyectos de ley sobre sucesiones extrajudiciales en sede notarial se utilizan varios falaces argumentos para justificar la intervención de los notarios en algunas sucesiones:

a) **necesidad de descongestionar la sobrecarga de tareas del Poder Judicial.**

Tal argumento no resiste el menor análisis. En efecto, en los diversos anteproyectos de sucesiones notariales, los escribanos limitan su actuación a las sucesiones ab-intestato con herederos forzosos, capaces y presentes. Se trata, sin lugar a dudas, de sucesiones sencillas que no son las que originan una sobrecarga en las tareas judiciales. Por el contrario, si la intervención de los notarios fracasa durante el trámite por el rechazo del procedimiento notarial por parte de algún heredero, o se produce un conflicto entre los herederos que necesariamente debe resolverse en la justicia, la obligatoria actuación de los jueces en expedientes en los que no han intervenido desde su inicio complica su tarea y ésto sí provoca una sobrecarga al trabajo habitual.

b) **mayor celeridad del trámite**

En primer lugar debemos señalar que si la celeridad se contrapone a la seguridad jurídica no es un valor en sí misma. Si tal celeridad se logra como consecuencia de la rapidez con la que un heredero recurre a un escribano de su amistad o confianza en desmedro de sus coherederos, podría atentarse severamente contra la seguridad jurídica, la que, por el contrario, estaría garantizada con la intervención de los magistrados.

La seguridad jurídica correría más riesgo de verse afectada si la sucesión tramitara en una Escribanía que si el trámite fuera judicial. En efecto, la organización de uno de los poderes del Estado, a pesar de todas las carencias que actualmente se le achacan, asegura, en mayor grado, la ecuanimidad de las resoluciones de los magistrados, mientras que los notarios sólo ejercen una función fedataria que no posee el mismo control por parte del Estado.

Pero, más allá de lo expuesto, el trámite del tipo de sucesión que pretenden realizar los escribanos,

(1) Nos referimos a la actuación de los Escribanos Pinto (Mar del Plata), Picaso y Zabala (Río Negro) y, entre otros al anteproyecto de ley de determinación notarial de la calidad de ascendiente, descendiente o cónyuge del causante (modif. del art. 3410CC) y al anteproyecto de Procesos voluntarios en sede notarial (agrega un capítulo al Cod. Proc. Civil y Comercial de la Nación).

(2) Proyecto de ley de la Dip. Marta Velarde (Exp. 277-D-2008); Proyecto de los Dip. Nacionales Adela R. Segarra, Luis A. Ilarregui, Gloria M. Bidegain y Juliana Di Tullio (Exp.4132-D-2009).

no es especialmente moroso en la justicia. Lo que demora la tramitación de las sucesiones son los conflictos entre los herederos, y éstos, necesariamente, los deben resolver los jueces, por ello el argumento no tiene andamiaje alguno.

c) mayor economía del trámite notarial

Este argumento es más débil aún. En efecto, por experiencia propia y por la de nuestros clientes, no dudamos en afirmar que cualquier intervención de los escribanos dista de ser económica. Pero además, resulta hartamente probable que si se optara por la vía notarial para tramitar una sucesión y se abonaran los aranceles notariales por la misma, se sumaría a ello la tasa de justicia que habría que abonar por las actuaciones judiciales, además de los honorarios de los abogados intervinientes. No dudamos en afirmar que por el contrario de lo que afirman los notarios los costos se incrementarían con la actuación de los mismos.

d) son los profesionales más preparados para suplir a los jueces

Entendemos que ello no es así, los notarios sólo están facultados para "dar fe" de dichos o hechos, pero no para "declarar" derechos y, en la declaratoria de herederos, precisamente, se debe "declarar" quiénes son los herederos de un causante. Esa "declaración" no se produce por una simple constatación de partidas de defunción, matrimonio y nacimientos, sino que está sujeta a otras condiciones, entre ellas la intervención del Agente Fiscal, porque lo que está en juego son cuestiones de orden público. Por ello solamente un Juez puede "declarar", es decir, tomar con imperio la decisión de establecer quiénes son los herederos de un causante.

*** Divorcios en el Registro Civil** Como ya lo mencionamos, otro intento de apartar a los abogados de una de sus incumbencias tradicionales son los anteproyectos de ley de divorcios administrativos. Los argumentos que expresan en sostén de tal reforma son: obtener una mayor simplificación del trámite (celeridad) y evitar la sobrecarga de la justicia. Argumentos conocidos y falaces.

En realidad dichos proyectos deben ser rechazados porque, cuando se encuentra comprometido el orden público -en el caso de los divorcios, la normativa que los rige tiene ese carácter-, es la figura del juez la idónea para garantizar la legalidad (3)

Pero también garantiza la legalidad del trámite el patrocinio letrado de los litigantes para que, aún en forma previa a la presentación del juicio de divorcio, los mismos sean debidamente asesorados en cuanto a los derechos y obligaciones que subsistirán con posterioridad al decreto de divorcio vincular o de separación personal. La asistencia letrada no es un "gasto" que es conveniente evitar, sino que por el contrario su ausencia redundaría en perjuicio para los justiciables.

Sin dudas que los autores de tales proyectos han tratado un tema de gran trascendencia con liviandad. Pareciera que no observan que la celeridad en muchas ocasiones atenta contra la juridicidad y que la solución para la sobrecarga de la tarea judicial no es eludir el proceso sino dotar a la Justicia de los elementos necesarios para que sea posible que actúe plenamente.-

5.- ¿Lograremos que se nos reconozca una incumbencia?

Debemos defender aquellas incumbencias que pretenden quitarnos otros profesionales, pero también debemos trabajar, intensamente, para que se nos reconozca legislativamente una incumbencia propia de la abogacía, que como consecuencia de un intenso lobby, fue asignada a otros profesionales. Nos referimos al otorgamiento a los abogados de la posibilidad de ejercer como síndicos en los concursos y quiebras, ello ya que para su desempeño la ley 24.522 exige una sólida formación jurídica.

(3) "...Nuestro legislador en todos los tiempos creyó conveniente reservar el control de legalidad y mérito al juez, pues sólo él puede garantizarlo en los casos en los que como en éste, el orden público está comprometido...En tanto que la separación personal y el divorcio vincular traen aparejado un desplazamiento del estado de familia se hace insoslayable la intervención judicial que asegura la debida protección de los intereses de las partes y así como también del interés general aún cuando no mediare controversia." Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Bueres. Highton. Comentario art.299, TºI, pag.1036/1037.

Cabe recordar la importante declaración que sobre el tema realizó el Plenario de Presidentes de Colegios, Asociaciones, Consejos, Foros y Cajas de Previsión de Abogados celebrado en la Ciudad de Mendoza el 23 de abril de 2009 (4), en la que sugirió la modificación del art.253 de la ley 24.522 permitiéndose la designación de los abogados como síndicos por ser los profesionales idóneos para su desempeño.

Por todo lo expuesto **proponemos** que la XVI Conferencia Nacional de Abogados :

1) DECLARE: que por razones de interés público y seguridad jurídica corresponde en forma exclusiva la intervención profesional de los abogados en todo tipo de trámite Sucesorio y de Divorcio, sin que pueda admitirse otra actuación que la judicial para la realización de los mismos.

2) DECLARE la necesidad de modificar el art. 253 de Ley de Concursos a fin de posibilitar la designación de los abogados como síndicos en los concursos y quiebras.

3) RECOMIENDE a la Federación Argentina de Colegios de Abogados la promoción:

a)...de acciones tendientes a promover la difusión y defensa de la legalidad de lo dispuesto en el punto 1) y 2) del presente.

b)...de las pertinentes denuncias y/o acciones ante los Tribunales deontológicos de los Colegios Profesionales que correspondan y/o demás organismos administrativos y/o judiciales competentes, tendientes a que investiguen, hagan cesar y eventualmente sancionen las conductas de quienes promocionen, publiciten, realicen, aconsejen y/o de cualquier modo induzcan la utilización de medios alternativos que contravengan lo dispuesto en el punto 1) del presente.-

(4) *“El concurso preventivo y la quiebra son procesos judiciales con fuertes connotaciones y consecuencias en las relaciones jurídicas de los involucrados en el referido proceso, con efectos directos sobre sus derechos y obligaciones, y por ello la actividad que desarrolla el síndico como funcionario del concurso es de neto corte jurídico, requiriendo además el despliegue de una intensa actividad de corte procesal, propia de los profesionales del derecho...”* (Declaración de Mendoza sobre sindicatura concursal).

LAS INCUMBENCIAS PROFESIONALES DE LOS ABOGADOS

DR. GUILLERMO SEBASTIÁN AUIL

COLEGIO DE ABOGADOS DE MENDOZA 1º Circ.Jud.

Estimado auditorio: ha sido grato para mi poder ser partícipe de este Congreso en representación del Colegio de Abogados de Mendoza, compartiendo con ustedes un tema que quizás es bien conocido para muchos y no tanto para otros.

No resulta sencillo ensayar una definición de Incumbencia Profesional a partir de lo que el propio término es o significa desde un punto de análisis estrictamente semántico. Si recurrimos al diccionario de nuestra lengua castellana, encontraremos que incumbencia es la “obligación y cargo de hacer una cosa” -Diccionario Enciclopédico ESPASA 1, 1.993- y no se señalan otras acepciones del vocablo.

Lo escueto de la definición transcrita, tan sólo nos resulta útil para introducirnos en el tema y nos obliga a realizar un esfuerzo intelectual para determinar qué es y cuáles son los alcances que desde el ejercicio de las distintas profesiones se le atribuye al término incumbencias.

Cada profesión tiene un marco delimitado - un “territorio” - que le es propio y excluyente y que constituye su radio de acción. Ese territorio lo conforman todas las materias en las que el profesional podrá y hasta deberá intervenir excluyendo el accionar de otros profesionales oriundos de otras ciencias.

Entonces, podemos inferir de lo antedicho que la incumbencia profesional la conforman las distintas materias en las cuales las personas con título habilitante -y habilitadas por ley- pueden o deben conocer o intervenir, excluyendo, en esas mismas materias, la actuación de otras que no ostentan tales cualidades.

El sistema legal de incumbencias profesionales está orientado a la protección de ciertos bienes sociales en la convicción que determinados campos de actuación deben quedar reservados para aquellos graduados formados en carreras universitarias cuyo diseño curricular asegura una formación científica y técnica apropiada.

De tal manera, así como se encuentra penado por ley el “ejercicio ilegal de la medicina” devenido - como la amplia mayoría de las normas penales- del repudio colectivo a tal actividad y hecho norma de prohibición por los legisladores-representantes de la mayoría de esa ciudadanía-, no dudamos en manifestar que no sucede lo propio con lo que llamamos un instalado y difundido “*ejercicio ilegal de la abogacía*”, bien catalogado por el Dr. Fernando Carlos LAMBARDI -Ex Secretario de la Comisión de Incumbencias y Situación Ocupacional de la F.A.C.A.- como un verdadero “curanderismo jurídico”.

Lo que se pretende desde esta modesta ponencia, es llamar la atención de los abogados, sobre la actividad que desarrollan -muchas veces en forma notoria y pública- representantes de otras profesiones dentro de nuestro propio marco o “territorio” que nos es exclusivo y excluyente.

Fue en Roma donde se desarrolló plenamente por primera vez y de manera sistemática y socialmente organizada, la profesión de abogado, que viene del vocablo latino “advocatus” (llamado) porque entre los romanos se llamaba así a quienes conocían las leyes para socorro y ayuda.

Es en “Las siete partidas de Alfonso el Sabio”, donde aparece por primera vez en un texto legal la definición de abogado, en lengua Española. Los abogados eran ciudadanos útiles, porque “ellos aperci-ben a los juzgadores y les dan luces para el acierto y sostienen a los litigantes, y porque la ciencia de las leyes, es la ciencia y la fuente de justicia, y aprovechándose de ella el mundo más que de otras ciencias”.

Siendo la abogacía una profesión tan antigua, las nuevas carreras universitarias creadas con poste-

rioridad y que tuvieran aún alguna lejana vecindad con aquélla, fueron necesitando –a los fines de su justificación- ampliar sus incumbencias a costa de disminuir la de los abogados. Esa misión se encuentra en pleno desarrollo, pero sin la correspondiente capacitación y marco legal indispensables.

Sólo los abogados tenemos formado (por especial formación universitaria) un criterio jurídico que permite analizar la simple redacción de un telegrama desde una gran cantidad de ángulos para dar cobertura global (y no solo coyuntural) a quien necesita proteger, defender o ejercer un derecho sin menoscabar el derecho del otro.

La invasión de nuestras incumbencias no siempre es advertida desde su comienzo, en razón de que obedece - salvo casos aislados - a estrategias elaboradas por otras profesiones y oficios y se llevan a cabo mediante “lobbies” profesionales para que esas invasiones a nuestras incumbencias sean bendecidas formalmente a través de leyes, reglamentaciones, etc., que se proyectan y sancionan aprovechando la pasividad de los abogados y de los colegios que los nuclean. Es necesario señalar que la causa fuente que moviliza esta reflexión, se funda en la defensa del “justiciable” que se halla seriamente expuesto a caer en estado de indefensión y en manos del mejor o peor criterio que pueda tener el iletrado.

Tal como se expresó en el Pronunciamento de la Federación de Colegios de Abogados y Procuradores de Mza. del 28 de mayo de 2004, no se trata de una cuestión ritual sino de una exigencia legal que surge del art. 147 de la Constitución de la Provincia de Mendoza y en el art. 33 del Código Procesal Civil que impone la obligatoriedad del patrocinio letrado en etapas esenciales del proceso, entre otras en la formulación de demanda, y esto lo prevé la ley porque el proceso debe desarrollarse y la defensa de los derechos debe efectuarse por quienes cursaron estudios universitarios que lo habilitan para ello, a más de la garantía que importa el contralor ético y de eficiencia técnica a que están sujetos los abogados por su intervención en el proceso, contralor expresamente previsto en los arts. 34, 46 y 47 del C.P.C., en los arts. 25 a 30 y 40 a 61 de la Ley 4.976 de Colegiación de Abogados y Procuradores, y en las normas contenidas en el Código de Ética Profesional de Abogados. Y la ratificación en cuanto a la separación de roles e incumbencias de los escribanos con las que corresponden a abogados y procuradores, ha sido objeto de consideración por la Excma. Suprema Corte de Justicia de la Provincia cuando expresa: “Conforme la ley procesal local, la regla es que sólo pueden representar en juicio los abogados y procuradores. En la representación voluntaria, la única excepción prevista al requisito de estar matriculado como abogado o procurador, es el caso del administrador de bienes ajenos en asuntos vinculados con la administración”. (Libro S284, Fojas: 001)

1) Sucesiones fuera de sede judicial

Uno de los problemas que subyace en materia de incumbencias consiste en los distintos proyectos y lobbies existentes dentro del seno notarial conforme a la facultad de llevar a cabo sucesiones y más específicamente comprobación notarial de la calidad de heredero. Esto no es nuevo y tiene su fuente en la historia y en la actualidad de los sistemas notariales los cuales se sintetizan a continuación:

Existen muchas clasificaciones con respecto a sistemas notariales, las dos más importantes son:

1. Sistema Latino: recibe otros nombres como Público, Francés y es donde pertenecen la mayoría de notarios. Características: Pertenecen a un Colegio Profesional; La responsabilidad en el ejercicio profesional es personal; Es incompatible con el ejercicio de cargos públicos que lleven anexa jurisdicción. El que lo ejerce debe ser un profesional universitario. Desempeña una función pública, pero no depende directamente de autoridad administrativa. Aunque algunas de sus actuaciones son de carácter público, lo ejerce un profesional del derecho. Existe un protocolo notarial en el que asienta todas las escrituras que autoriza.

Funciones del Notario dentro del Sistema Latino:

Desempeña una función Pública; Le da autenticidad a los hechos y actos ocurridos en su presencia. Recibe e interpreta la voluntad de las partes dándoles forma legal, al faccionar el instrumento público.

Países que utilizan este Sistema Latino:

70 países, entre ellos Alemania, **Argentina**, Brasil, Chile, Colombia, Costa de Marfil, España,

Estado de la Ciudad del Vaticano, Francia, Haití, Italia, Japón, Louisiana (USA), México, Países Bajos, Turquía, Uruguay

2. El Sistema Notarial Sajón: Se le conoce también como Anglo – Sajón, Sub- desarrollado, de evolución frustrada y privado.

Características: *El notario es un fedante o fedatario, porque sólo da fe de la firma o firmas de los documentos; No orienta ni asesora a las partes sobre la redacción del documento; Sólo se necesita una cultura general, no es necesario un título universitario; La autorización para su ejercicio es temporal (renovable); Existe la obligación de prestar una fianza para garantizar le responsabilidad en el ejercicio; y:

No existe colegio profesional ni llevan protocolo.

Países que utilizan este Sistema Sajón: Entre ellos tenemos: Estados Unidos (Excepto Louisiana), Canadá (excepto Quebec), Suecia, Dinamarca, e Inglaterra.

3. Otros Sistemas:

Funcionarios Judiciales: los Notarios son Magistrados y están subordinados a los tribunales. Dependen del Poder Judicial, siendo la administración quien nombra a los empleados del notario. Los instrumentos originales pertenecen al estado y las conserva como actuaciones judiciales.

Países que utilizan este sistema: Los Estados Alemanes de Buttemberg y Baden, también Rumania, Parte de Noruega y el Cantón Suizo de Zurich.

Funcionarios Administrativos: La función notarial es directa relación entre el particular y el Estado, las facultades están reglamentadas por las leyes, los notarios son empleados públicos, servidores de las oficinas del Estado.

Países que utilizan este sistema: Cuba.

Si bien este tema da lugar a un amplio debate, de manera sintética plantearemos las posturas y sus principales fundamentos para luego dar nuestra opinión:

En Las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Comisión 6 se pronunció con holgada mayoría a favor del criterio contrario a la admisión de la sucesión extrajudicial notarial. Las conclusiones fueron las siguientes:

Ante el planteo sobre si ¿Es admisible o inadmisibles la sucesión extra-judicial no contenciosa, sin reforma a las leyes sustanciales?

La Posición I declaro admisible y expresó estos argumentos:

a) La comprobación de la calidad de herederos en sede notarial constituye una opción, eficaz y constitucionalmente válida, para lograr la determinación de los sucesores, incluidos en el art. 3410 CCiv., en las sucesiones ab intestato sin menoscabar la seguridad jurídica.

b) En el marco legal vigente y por medio de leyes provinciales que así lo reglamenten, es jurídicamente viable realizar en sede notarial la comprobación de la calidad de dichos herederos.

c) La tramitación de la sucesión extrajudicial debe contar con patrocinio letrado.

La Posición II declaro inadmisibles y expresó estos argumentos:

a) La jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces (art. 3284 CCiv.).

b) El proceso sucesorio extrajudicial está vedado por normas de la Constitución Nacional (arts. 1, 18, 75 inc. 12 y concs. CN.).

c) Resulta inconstitucional el sistema de la sucesión extrajudicial por violar claramente las disposiciones del Código Civil (arts. 3410, 3412, 3413, 3414, 3284, 3691, 3694, 3695, 984, 3321, 3430, 3324, 3390, 3389, 3692, 3693 y concs. CCiv.).

d) La jurisdicción voluntaria es una actividad ineludible de los jueces.

Ante el planteo sobre si ¿Es conveniente o inconveniente modificarlas leyes de fondo y forma para admitir el proceso sucesorio extrajudicial?

La Posición I declaro que era conveniente y expresó estos argumentos:

a) Se recomienda que los abogados y los escribanos a través de los respectivos colegios profesionales analicen en forma conjunta la redacción de un proyecto de ley que consagre las reformas necesarias para adoptar el régimen del proceso sucesorio voluntario extrajudicial.

La Posición prevaleciente declaró:

a) No debe modificarse el Código Civil a los fines de admitir un proceso sucesorio extrajudicial ya que el proceso sucesorio actual no presenta problemas que justifiquen su reforma creando alternativas extrajudiciales que incrementan la inseguridad jurídica, no responden a problemas de economía procesal, no disminuyen los costos y no agilizan el proceso, lo que provocaría cuestiones incluso accesorias y nuevas que lo encarecerán.

b) El actual procedimiento sucesorio responde a los principios de orden público y debido control de legalidad y garantiza adecuadamente los derechos de terceros, acreedores o no, antes de la división de la herencia, protegiéndose sus derechos.

Otros argumentos por los que se descartó la opción de la sucesión notarial fueron:

a) se extralimitarían las funciones del escribano convirtiéndolos en jueces administrativos a los que se le asignaría la función de dictar actos jurisdiccionales, violando el principio constitucional de división de poderes, del juez natural y del debido proceso;

b) se violaría todo el régimen sucesorio judicial del Código Civil y sus leyes complementarias, incrementando la inseguridad jurídica;

c) si se opta por una ley local, se estaría incursionando directamente en materia civil propia de la competencia exclusiva del Congreso de la Nación, sumando otra causa más de inconstitucionalidad;

d) Se lesionaría el bien común, pues se pretende modificar un sistema sucesorio sin justificación, como no sea un interés sectorial, y sin provecho para la sociedad, pues se la privaría de un régimen que hasta ahora ha funcionado perfectamente bien, respondiendo a los principios de orden público y de control de legalidad, garantizando adecuadamente la seguridad del tráfico jurídico y los derechos de los terceros frente a los fenómenos sucesorios”.

Las Comisiones proponen elevar al Plenario de Presidentes la siguiente declaración sobre este tema:

“Es inconstitucional la propuesta para que personas distintas a los jueces determinen o declaren los herederos de un fallecido. De esa forma, y so pretexto de modernización y economía, se atropellan las garantías constitucionales y se ponen en grave riesgo los derechos de las personas (arts. 75, inc. 12º de la Constitución Nacional, y arts. 3284, 3410 y 3430 del Código Civil).

Todo intento de sustraer a la autoridad de los jueces y al contralor de los Fiscales la tramitación de las sucesiones, es una privatización de la Justicia, una demostración del abandono por el Estado de una de sus funciones esenciales y, en la práctica, permitir la justicia por mano propio.

Se observa con grave preocupación el asesoramiento que en función del ejercicio profesional algunos abogados contratados al efecto, hacen en favor de algunas corporaciones, insinuando y tratando de justificar acciones violatorias del orden público y de la Constitución Nacional, en perjuicio de la seguridad jurídica de la gente.”

Con todo, creemos que la sucesión extrajudicial no podría darse en nuestro país, y como bien lo decían Las Conclusiones de las XX JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL no es justificado reformar el sistema judicial vigente por no existir una disminución -que se haga patente- en los tiempos que conllevarían uno u otro sistema y que por otro lado, que el escribano asuma el rol de Juez fomenta impugnaciones a nivel procesal, por existir en la mentalidad de nuestros colegas un respeto mayor por el fallo de un Juez que por la simple constatación de un escribano.

Asimismo, este cambio drástico que suscitaría la sucesión notarial en la legislación de fondo y de forma de nuestro país como así también en la mentalidad de la ciudadanía no es imposible. Ejemplo de este cambio no los da Colombia que en 1985 introdujo el proceso sucesorio notarial fruto de la necesidad de agilizar los procedimientos sucesorios de las víctimas del desastre provocado por la erupción del

volcán Nevado del Ruiz el 13 de noviembre de 1985 en Tolima y que produjo el deceso de 20.000 personas. “Con este procedimiento se ha querido otorgar a los interesados –siempre que obrasen de común acuerdo y fueren capaces- un instrumento ágil y acelerado que facilite la solución rápida de sus intereses sucesorales. Con ello se pretende, entonces, la pronta y económica (en lo patrimonial y procesal, en vista de la exclusión del proceso de sucesión) satisfacción de los intereses individual y colectivamente considerados” –LAFONT PIANETTA, Pedro, Proceso de sucesión, Ediciones L. del Profesional, Bogotá, Colombia 1988, t.II, p. 431.

Cambios como el sucedido en Colombia no son imposibles, pero reiteramos, no existe una razón emergente como la de dicho país para modificar nuestro sistema de orden público para trasuntar el cúmulo de derechos subjetivos que representa una sucesión por el tamiz de un escribano.

2) Divorcios extrajudiciales

Se considera el proyecto de modificación art. 216 bis C.C. que autorizaría la tramitación en sede administrativa del divorcio vincular, pudiendo el acuerdo incluir alimentos de hijos menores, atribución del hogar conyugal, alimentos de los cónyuges e hijos incapaces, distribución de la sociedad conyugal. En caso de existir desacuerdo en estas cuestiones no se podrá realizar la registración administrativa.

El proyecto ingresó en el Congreso Nacional por la diputada Marta Velarde y sobre el mismo hay dictámenes de los Colegios de Abogados de San Martín y de San Isidro.

El Proyecto pretende modificar la institución del divorcio vincular introduciendo el trámite administrativo para algunos supuestos de divorcio por presentación conjunta, con fundamento en el acuerdo de voluntades de los cónyuges.

Desde ya rechazamos la posibilidad de introducción del divorcio vía administrativa por los siguientes fundamentos:

El derecho de familia encuentra su raigambre constitucional en el art. 14 bis de la C.N. El Estado Argentino ha otorgado rango constitucional a los derechos y garantías referidos a la familia y a las relaciones nacidas de la misma, por tratarse de derechos humanos expresamente reconocidos en el art. 17 del Pacto de San José de Costa Rica.

La norma convencional prevé: “...1) la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado... 4) Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán las disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base del único interés y conveniencia de ellos”.

En las relaciones de familia se encuentra comprometido el orden público, y no se trata de una cuestión ritual por lo que no se rige la autonomía de la voluntad ni la libre decisión de las partes.

No se encuentra contemplado dicho proyecto el cumplimiento de la representación promiscua de menores e incapaces prevista en el art. 59 del Código Civil.

También se vulnera lo normado en el art. 9 de la Convención de los derechos del niño, ya que una de las garantías y protección fundamental que el Estado debe brindar a los actores involucrados en un conflicto del derecho de familia y en particular a los menores afectados, es su intervención en el conflicto, a través del Ministerio Público, quien velará por el cumplimiento de los derechos-garantías de las partes.

Que la asistencia letrada en la problemática de divorcio, no sólo es necesaria sino también imprescindible, para un adecuado conocimiento de derechos y obligaciones recíprocas.

Conforme la legislación citada (Art. 14 bis de la CN; Art. 17 de la Convención Americana de derechos humanos; Art. 9 de la Convención sobre los derechos del niño; art. 59 del C. Civil) no se concibe la ausencia de patrocinio y asesoramiento legal.

Desde otro punto de vista, para la ley argentina no existe divorcio por “mutuo consentimiento” por-

que el matrimonio no es un contrato. El divorcio reconocido en nuestro ordenamiento jurídico es por presentación conjunta (en el caso de no ser contradictorio).

El matrimonio civil es una institución, por ello se trata el matrimonio y el divorcio de una cuestión de interés de la sociedad toda y, por lo tanto, es de orden público.

La posibilidad de que el divorcio se produzca por una mera declaración ante un empleado administrativo (en la Argentina el Jefe de Registro Civil no es un juez), priva a las partes del debido asesoramiento jurídico frente a las consecuencias de toda clase que trae aparejadas el divorcio (al igual que el matrimonio).”

3) Sindicatura Concursal

La doctrina es conteste en señalar que la sindicatura es un órgano del concurso (Etcheverry Raúl A. - Oyuela Francisco A; “La Sindicatura en la ley de concursos”; Abeledo Perrot, 1974; pag. 12.-) y como tal su proceder tiene que ser ajustado a dicha naturaleza velando para que se respete la normativa legal en general y la concursal en particular.

La ley 24.432, dictada dentro de un marco legal autodefinido como de morigeración de los costos judiciales, habilitó para la Sindicatura Concursal indistintamente tanto a contadores como a abogados.

Este antecedente, que duró hasta la ley 24.522 que quitó la incumbencia del abogado para el ejercicio de esta función.

Asimismo, distintos proyectos que han perdido estado parlamentario preveían también que la sindicatura podría ser ejercida tanto por abogados cuanto por contadores, previo sorteo.

En principio hay que hacer una autocrítica con referencia a esta incumbencia.

Si bien es cierto que en nuestras facultades, la materia Derecho Concursal es enseñada a los futuros abogados, existen facultades en las que solo es optativa en la currícula.

De esta manera no podemos pretender esta incumbencia hasta no ser incorporada como obligatoria y uniformemente en cada Universidad del Derecho del País, esto porque en la materia Concursal confluyen conocimientos de todo el Derecho Privado (Civil y Comercial) estudiado a lo largo de la carrera por lo que además de ser obligatoria debería enseñarse como el último de los Derecho Privado, tal como sucede en nuestra U.N.Cuyo donde es impartida como Derecho Privado VIII.

Es imperioso dejar en claro que si bien la mayor parte del trabajo lo hace el abogado, no es una tarea que pueda hacerla solo. Por eso se debe proponer una solución al problema que no sea parcial, toda vez que caso contrario no se va a lograr una solución perdurable.

Debemos también preguntarnos que conocemos sobre auditoría de gestión, evaluación patrimonial, -aspecto íntimamente vinculado al de comprobación de la legitimidad de la causa de los créditos que convergen al proceso universal-, como respecto al proceso de crisis de la empresa, para brindar el adecuado diagnóstico de las causas de su gestación y profundización; todos aspectos que finalmente se relacionan con la viabilidad empresarial, afectada por los quebrantos y la cesación de pagos.

Estas tareas profesionales exigen, formación académica y conocimientos específicos en el área económico-contable

Es un hecho incontrovertible de la naturaleza compleja de los procedimientos concursales. Los mismos se inscriben en el cambio de la economía, las finanzas y la administración a partir del fenómeno de la crisis empresarial y requieren de un proceso judicial que a más de sus exigencias de derecho formal centraliza y regla la totalidad de los aspectos jurídicos sustanciales.”

En la *Reunión de los miembros de las comisiones de incumbencias profesionales, educación legal, habilitación profesional y administración de justicia de la federación argentina de Colegios de Abogados* llevada a cabo el día 23 de abril de 2009 en el Colegio de Abogados de Mendoza, al momento de tratar este tema, en la comisión se pusieron de manifiesto dos posiciones: una que reclamaba la defensa de que los abogados debían ejercer la sindicatura concursal, con asesoramiento de un contador contra otra posición que sostenía que se podía aceptar que la sindicatura podría ser ejercida tanto por abogados cuanto

por contadores, previo sorteo. Al momento de redactar la recomendación a la Mesa de FACA, se sostuvo la primera.

Las Comisiones proponen elevar al Plenario de Presidentes la siguiente declaración sobre este tema:

“El concurso preventivo y la quiebra, son procesos judiciales con fuertes connotaciones y consecuencias en las relaciones jurídicas de los involucrados en el referido proceso con efectos directos sobre sus derechos y obligaciones y por ello la actividad que desarrolla el síndico como funcionario del concurso es de neto corte jurídico, requiriendo además el despliegue de una intensa actividad de orden procesal, propia de los profesionales del derecho”.

Tal como surge de la ley 24.522 es innegable que el desempeño de la sindicatura concursal exige sólidos conocimientos jurídicos. A modo de ejemplo corresponde señalar algunas de las actividades que debe ejercer la sindicatura que son propias y privativas de los abogados: Intervenir en los incidentes de revisión; procurar el cobro de los créditos del fallido (art. 182 LCQ); otorgar contratos que resulten necesarios para la conservación y administración de los bienes (Art. 185 LCQ) convenir locaciones (Art. 186 LCQ); decidir qué dependientes de la empresa continúen y cuales cesen; sustituir al fallido en la legitimación procesal (art. 110 LCQ) ; promover acciones de ineficacia concursal art. (119 LCQ) y de responsabilidad de representantes o terceros (Art. 173); opinar sobre la conveniencia de resolver contratos con prestaciones recíprocas pendientes a la fecha de la quiebra; realizar las peticiones necesarias para la rápida tramitación de la causa (art. 275 LCQ); ejercer la representación procesal en los juicios de carácter patrimonial en los que sea parte el concursado (art. 275 LCQ).

Actuación en juicios: El síndico debe intervenir en una amplia gama de juicios. A continuación se menciona el principio general en este tema y casos específicos de dicha intervención de la sindicatura.

Principio general: Intervenir en los juicios relativos a los bienes desapoderados: Como consecuencia del desapoderamiento el fallido pierde la legitimación procesal en todo litigio relativo a los bienes desapoderados, debiendo actuar en ellos el síndico (art. 110 L.C.). Esta sustitución del fallido por el síndico no significa que pierda la legitimación procesal y que sea sustituido por el síndico en todo asunto litigioso, ya que dicha sustitución se efectúa solamente en relación a la denominada “masa activa”, no así respecto a la “masa pasiva” esto es: Incidentes de verificación tardía como en los de revisión y en general, en acciones penales o acciones civiles relativas a bienes no sujetos a desapoderamiento mencionados en el art. 108 L.C., como los referidos a derechos no patrimoniales (injurias y calumnias, divorcios, adopciones, etc.) o a derechos patrimoniales de los cuales no es desapoderado (indemnizaciones por daños materiales o moral a su persona. Etc.)

Casos específicos de actuación en juicios: Además del principio general establecido en el art. 110 L.C. el síndico tiene, específicamente, los siguientes deberes respecto a los juicios en que esté comprometido el interés del concurso:

a) Iniciar los juicios necesarios para el cobro de los créditos del fallido y la defensa de los intereses del concurso, pudiendo requerir todas las medidas conservatorias judiciales y practicar las extrajudiciales. (art. 182 L.C.).

b) Actuar en los trámites de los juicios sucesorios donde esté comprometido el interés del concurso (art. 111 L.C.). En caso de que el fallido guardare silencio ante la intimación por parte de los terceros interesados para que acepte o repudie la herencia, el síndico podrá ejercer la acción subrogatoria prevista por el art. 1160 del C. Civil.

c) Iniciar la acción revocatoria concursal previa autorización de la mayoría simple del capital quirografario (art. 119 L.C.) y la acción revocatoria ordinaria (art. 120 L.C.) a fin de lograr la declaración de ineficacia de actos realizados por el fallido durante el periodo de sospecha. Asimismo el síndico podrá ejercer la acción de simulación no obstante que la ley concursal nada dispone al respecto en forma expresa.

d) Intervenir en los juicios para el ejercicio de los derechos emergentes de las relaciones jurídicas patrimoniales establecidas por el deudor antes de su quiebra (art.142 L.C.).-

Frente a esta realidad resulta imperiosa la inmediata modificación del art. 253 de la LCQ, a fin de

que el abogado ejerza la Sindicatura Concursal, reconociendo su legítimo derecho a ser designado con tal carácter en los concursos y quiebras; por ser el profesional idóneo para tal desempeño. Todo ello redundara en una mayor seguridad jurídica garantizando una eficaz prestación del servicio de justicia.”

4) Mediación

Con respecto a los medios alternativos para resolución de conflictos (mediación, arbitraje, derechos del consumidor) campo en donde no hay, prácticamente, profesión que no se irrogue derecho a intervenir, debemos decir que en el fondo lo que está en juego son derechos subjetivos de las partes, respecto de los cuales sólo los abogados se encuentran capacitados para intervenir.

En Mendoza existen 2 leyes y un proyecto sobre mediación:

L-6354 MEDIACION FAMILIAR artículos 61-72 que tratan sobre cuestiones de: tenencia, cuota alimentaria, régimen, división de bienes en uniones de hecho de comunicación y visitas,

L-7065 MEDIACION EJECUCIONES HIPOTECARIAS Art. 255 del Código Procesal Civil de Mendoza. Previo a la subasta de un inmueble de llamarse a esta instancia y solo se tratarán los siguientes temas: valor actual del inmueble, determinación de la existencia de caducidad de plazos, aplicación de intereses, acordar suma realmente adeudada, establecer quitas, esperas o diferentes formas de terminación del juicio, honorarios.

En cuanto al Proyecto de Ley del 2004 se destacan los siguientes aspectos:

Art. 2 - Institúyese en el ámbito de la Provincia de Mendoza la instancia de mediación, con carácter obligatorio, previo a todo juicio, en cualquier oportunidad procesal y en todas las instancias, con excepción de las causas previstas en el Artículo 5° de la presente ley. Este artículo habla en general, de todas aquellas cuestiones en que esté afectado el orden público, salvo cuando el convenio sea controlado y tenga dictamen del Ministerio Público a los fines de resguardar ese orden público.

Art. 11 - Para actuar como mediador letrado en Sede Judicial se requerirá:

a) Poseer título universitario de abogado, matriculado, habilitado para ejercer en la Provincia de Mendoza, con una antigüedad en el ejercicio profesional de cinco (5) años. b) Haber aprobado el curso introductorio, entrenamiento y pasantía que implica la conclusión del nivel básico del plan de estudios del Ministerio de Justicia de la Nación o su equivalente de jurisdicción provincial. c) Haber aprobado un examen teórico práctico de idoneidad ante la autoridad de aplicación, salvo acreditación de por lo menos veinte (20) mediaciones cumplidas, con acuerdo. d) Estar inscripto en la Dirección de Mediación del Poder Judicial. e) Disponer de oficinas adecuadas para un correcto desarrollo del proceso de mediación. f) Estar radicado en la Provincia de Mendoza con una antigüedad de dos (2) años. g) Mantener una capacitación continua anual de treinta (30) horas sobre temas de resolución alternativa de conflictos.

“Recientemente se ha sancionado en la Provincia de Buenos Aires la Ley 13951, que establece el régimen de Mediación en el ámbito de esa provincia. Dicha ley impone la obligatoriedad *de la mediación previa en determinados procesos, estableciendo como requisitos para ser mediador judicial: poseer título de abogado, con tres años de ejercicio en la profesión y encontrarse matriculado. La ley impone asimismo la asistencia letrada obligatoria para los litigantes.*

En definitiva los problemas que llegan a la mediación judicial son conflictos de orden jurídico que solo pueden ser enmarcados en el derecho, toda vez que los acuerdos a los que pudieran arribar las partes no deben afectar el orden público y deben brindarles absoluta seguridad jurídica.

Por tales razones, proponemos instar a los Colegios de Abogados de todas las Provincias a propender que sea el abogado el único profesional habilitado para realizar mediaciones judiciales y que las mismas se realicen con patrocinio letrado obligatorio para las partes en conflicto. Asimismo deben ser los Colegios de Abogados los que deben llevar la matrícula de mediadores.

5) “Régimen Patrimonial del Matrimonio” en el Proyecto de Código Civil Unificado:

En el proyecto de Código Civil unificado, se introduce una innovación sustancial al llamado

“Régimen patrimonial del matrimonio” Libro III, Título II del Proyecto, admitiéndose tanto la opción -a favor de los contrayentes- de elegir entre los dos regímenes de bienes que se les ofrecen (el de realizar convenciones matrimoniales o el de comunidad, siendo supletorio este último). Correlativamente, se faculta a cambiar de régimen durante el transcurso de su matrimonio.

Ahora bien, analicemos el texto del art. 440 propuesto por los autores del proyecto: “Forma. *Las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio, y sólo producen efectos a partir de esa celebración y en tanto no sea invalidado. Pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto también otorgado también por escritura pública. Para que la opción del artículo 438 inciso d), produzca efectos respecto de terceros, su otorgamiento debe haber sido mencionado en el acta de matrimonio*”.

No constituye objeto del presente la crítica doctrinaria o académica del nuevo régimen patrimonial del matrimonio que se propone. Sí advertimos que las incumbencias de los abogados y la debida intervención de éstos en una materia netamente patrimonial contractual, al introducir como requisito esencial de validez, la solemnidad de su redacción en escritura pública, traslada el manejo del clausulado del contrato al ámbito de una escribanía.

Una vez que se exige que algún instrumento sea redactado en escritura pública, las partes dejan de concurrir a la consulta del abogado para asesorarse por un notario. Si en el mejor de los casos el escribano consulta con un abogado de “su” exclusiva confianza (no de la confianza de los interesados), obtendrá de éste un “modelo” al que se recurrirá en los demás casos.

Un convenio redactado por quien corresponde por preparación y habilitación (un abogado), que con el objeto de darle fecha cierta se somete a la certificación notarial de las firmas de las partes, (acto fedatario éste que sí es de incumbencia de los notarios) que queda asentada en el libro de Requerimientos del Escribano, que se lleva cronológica y correlativamente ¿no es acaso un instrumento suficientemente seguro desde un punto de vista jurídico? ¿Acaso no es la forma habitual en que se transmiten bienes y derechos de gran importancia patrimonial? (p. ej. venta de acciones de sociedades anónimas)

Si además ese instrumento con las firmas de las partes certificadas o autenticadas por notario se inscribe en un registro de instrumentos privados llevado por el Colegio de Abogados Departamental del domicilio de las partes, ¿no es más sencillo para cualquier interesado consultar ese registro, que indagar en el Registro Civil –que no se sabrá a ciencia cierta cuál intervino- para consultar si se asentó en el acta de matrimonio el convenio?

¿Puede desconocérsele seguridad jurídica a un convenio homologado judicialmente (alternativa tampoco prevista en el Proyecto)? ¿Existe algo más seguro –jurídicamente- que una resolución judicial?

Es decir, no existen razones jurídicas ni sociales que justifiquen, en el caso de las convenciones matrimoniales, el requisito solemne de la escritura pública proyectado.

En este caso, pareciera que los abogados y los jueces son ignorados.

CONCLUSION:

Las Incumbencias del abogado deben ser defendidas por los Colegios de Abogados Locales. En cada Colegio debe conformarse una Comisión de Incumbencias y deben realizarse plenarios de manera de conformar criterios uniformes los cuales por su fuerza lograrían tener injerencia en la órbita parlamentaria Provincial y hasta Nacional. A su vez, deben reglarse normativamente los casos en que surjan disputas, pero no desde un criterio egoísta y acaparador, sino la esencia de lo que se debe promover como propuesta debe estar centrada en el interés público, de no ser así nunca podríamos llegar a buen puerto con nuestras peticiones. ¿Qué es lo que siempre debe estar presente a la hora de debatir un proyecto? Lo siguiente: el auxiliar de la justicia fue instruido para comprender e interpretar aspectos sociales desde la órbita de las reglas del deber-ser que no podrían ser interpretadas de manera integral o no podrían serlo de manera eficiente por una persona que es un eventual turista en el mundo del derecho.

Necesitamos tomar conciencia de que si no defendemos nosotros nuestras incumbencias nadie lo hará. Pero que en lucha, las armas que se deben emplear son principalmente: la acción conjunta, la cola-

boración entre Colegios, la cohesión, la mentalidad proactiva y adaptada a los cambios, sobre todo en nuestro entorno profesional, la necesidad de renovación de programas en las facultades de derecho de nuestro país, la capacitación y especialización, entre otros. Todo lo cual nos llevará a un mejor ejercicio profesional y a la postre a una mayor protección jurídica de la comunidad toda. Muchas gracias.

**EL COLAPSO JUDICIAL.
ALTERNATIVAS NO JUDICIALES PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS
CONFLICTOS Y LA AGILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.**

Dra. **BERTA P. FURRER**
COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO

SÍNTESIS:

La idea de este trabajo es poner de manifiesto que la sobrecarga de los Juzgados y Tribunales que integran nuestro Poder Judicial, nos obligan a plantear los cuestionamientos que se formulan:

¿Es necesaria una reforma legislativa que prevea una etapa prejudicial que ofrezca mayores ventajas, sobre la fijación de los hechos en los que se sustenta y en cuanto a la resolución del conflicto?

¿Pueden los jueces, con la normativa vigente, convertirse en verdaderos directores del proceso, disponiendo las medidas ordenatorias e instructorias tendientes a su más rápida solución?

¿Debe tomar conciencia el abogado que su rol debe variar, a fin de convertirse en un factor de conciliación y acuerdo, evitar llegar al juicio contradictorio, o, si no hay más remedio, simplificar el mismo?

La respuesta es que, aún siendo deseable una reforma legislativa que ofrezca mayores ventajas - en cuanto a la resolución del conflicto- el actual ordenamiento jurídico otorga a los jueces facultades suficientes como para tomar medidas tendientes a la agilización de los trámites.

También postulamos que es indispensable que el abogado asuma un rol protagónico en la solución armoniosa y consensuada de los conflictos, y, cuando la actuación de la justicia es inevitable, agilice los procedimientos.

1. La confrontación de ideas nos enriquece a todos como queda demostrado en cada Congreso o Jornada que se realiza. Esta confrontación de ideas es la que nos permite, en definitiva, superarnos como entes pensantes, racionales y proclives al diálogo.

La confrontación como conducta regular en el ejercicio profesional, ha preponderado hasta el presente y ha llevado, por la cantidad de causas que se tramitan a un verdadero colapso judicial.

Todo se judicializa.

Demandas de montos insignificantes pasan por primera y segunda instancia. Apelaciones, tanto ordinarias como extraordinarias, son moneda corriente.

Esta confrontación nos ha llevado donde nos encontramos hoy:.

2. En el año 2009 el Colegio de Magistrados y Funcionarios de este Departamento Judicial, junto a la Federación Argentina de la Magistratura, han manifestado su intención de reducir a la mitad los 4.000.000 –el número habla por sí y no merece mayores comentarios- de nuevos asuntos que ingresan, por año, al poder judicial.

Así se sostuvo

“ Hay que construir un nuevo pacto para el sostenimiento de la ley , que no puede quedar librada a la sola acción del control estatal con sistemas judiciales y policías desbordadas. La prevención debe integrarse con educación, organización y esfuerzo compartido para hacer culto permanente a la observancia de la ley. Debemos llevar a la mediación a un punto de actuación que la convierta en el primer

nivel de respuesta al conflicto. Para ello las leyes de mediación son necesarias pero insuficientes hacen falta consecuentes mediadas de desaliento al pleito tradicional”

3. Debemos los abogados ser conscientes de ello, y ser los primeros auxiliares de la justicia, de manera que muchas contiendas no lleguen a los Tribunales, y que, si llegan, tengan una rápida solución.

4. En tal sentido propongo que se implementen mecanismos que permitan la celebración de audiencias preliminares en los estudios de los letrados, al modo del denominado “Pre Trial” de los Estados Unidos de América, o de la denominada “Pre-action” en Inglaterra.

No es sólo en nuestro país que se piensa en la forma de evitar el cúmulo de tareas de los Tribunales.

El crecimiento de los litigios, en los Estados Unidos de América, ha impuesto un creciente manejo prejudicial previo a los procesos, y a tendiente a buscar la resolución alternativa de las disputas (*Alternative Dispute Resolution*).

5. Existe una nítida distinción entre los procedimientos anteriores al proceso, de los procedimientos a desarrollarse durante el mismo.

En la etapa preliminar (*pre-trial*) deben ser definidas las cuestiones relativas a los hechos y las partes deben ser adecuadamente notificadas para evitar sorpresas durante las audiencias. Todo el sistema está perfectamente definido y tiene sanciones en casos de incumplimiento, tanto para los abogados intervinientes, como para las partes.

En Inglaterra el sistema de la *Pre-action Protocols*, instituye un mecanismo no obligatorio previo al proceso, pero el cual es tenido en cuenta por el Juzgador en una etapa posterior, ya judicial, y el mismo, al resolver sobre el fondo de la cuestión, podrá en su caso imponer costas teniendo en cuenta la conducta desarrollada en etapa pre- judicial, a modo de sanción.

6. Para incorporar estos procedimientos a nuestra legislación debería llevarse a cabo una reforma legislativa.

En ese sentido se deberá reformar el art. 328 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, incorporando al mismo reglas a modo del *pre-trial*.

En tal sentido, una vez trabada la litis, las partes de común acuerdo, podrían producir las declaraciones de los testigos en sus estudios o en el estudio del mediador o de un tercero designado a tal efecto, tomando los recaudos del juramento de decir verdad y quedando el testimonio, debidamente suscripto por todos los interesados, en poder del tercero o mediador designado, para ser entregado al juez en oportunidad de tomarse la audiencia preliminar.

El acuerdo de partes es de carácter primordial y la ausencia de conformidad de las mismas invalida el acto.

Con respecto a los informes de peritos, cada parte podría presentar el dictamen de un perito técnico en la materia de que se trate, debidamente suscripto por el mismo, el que deberá comparecer a dar sus explicaciones en la audiencia privada.

En cuanto al pedido de informes, debería producirse sin orden judicial expresa (Art 398 del CPCC. *Atribuciones de los letrados patrocinantes*) debiendo acompañar las contestaciones antes de la audiencia.

El juez designaría una audiencia de carácter preliminar, a los treinta días de haber quedado trabada la litis, haciendo saber a las partes que deberían producir las pruebas que hacen a su derecho. De haber consultor técnico, deberá comparecer a la misma a efectos de rendir explicaciones sobre su dictamen. Si el perito así no lo hiciere sería pasible de sanciones de multa y comunicación al órgano de contralor..

La incomparecencia de alguna de las partes, que no fuera debidamente justificada, haría perder su derecho a producir esas pruebas en el futuro.

Si no hubiera habido acuerdo de partes anterior a la misma, en esta audiencia el Juez, amén de intentar una solución al litigio, determinaría las pruebas a producirse y fijaría el período de producción de las mismas.

La idea de esta audiencia preliminar con las pruebas efectuadas, con la conformidad de las partes, intenta acelerar la tramitación del proceso. Entiendo que la mayoría llegaría a un acuerdo y el resto llegaría a una sentencia judicial de manera más ágil y rápida.

7. Sin perjuicio de lo expuesto, entiendo que con la legislación actual, también podríamos avanzar en el sentido postulado en este trabajo.

Los jueces, a mi entender, muchas veces no hacen uso de todas las medidas ordenatorias e instructorias a su alcance, como verdaderos directores del proceso.

Nuestro código procesal prevé la prueba anticipada sólo en limitadas oportunidades y sólo en las condiciones de que su cumplimiento posterior las haga resultar imposibles : *declaración de un testigo, reconocimiento judicial o dictamen pericial de reconocimiento., o pedido de informes* (Art. 326 CPCC) o cuando así lo disponga el juez como medida de mejor proveer (art.36 inc.2). En este sentido los jueces podrían, como directores del proceso, indicar lo que estimen conducente y pertinente, para agilizar el mismo.

8. El factor más importante de un proceso no lo constituyen las normas jurídicas, sino los hechos del caso. La cuestión esencial es cómo probarlos. La circunstancia decisiva en consecuencia, reside en la prueba.

9. Toda predicción de conducta judicial viene a descansar en un estudio pormenorizado de los factores internos y externos que configuran la decisión judicial. Estos factores fueron analizados por Lasswell y Mac Dougal (Legal Education and Public Policy, Yale law journal t.52 pág. 239.

- 1) Las demandas contradictorias efectuadas por las partes, con especificación de quien demanda, qué y quién;
- 2) Los hechos objetivos.
- 3) Las normas jurídicas. y las de acción política, estas últimas proponen como han de ser los valores.
- 4) Otras normas y afirmaciones tales como las relativas a Autoridad, razón o Lógica, Prueba, Naturaleza y Ciencia, fe, Tradición o Conveniencia administrativa .
- 5) Personalidad. Lo que los jueces hacen es “humano”, en el sentido de que es afectado hasta cierto punto, por el impacto recíproco de las personalidades.
- 6) Posición axiológica .La constelación de los factores que vinculan a los participantes, con la estructura axiológica de la sociedad.
- 7) Estructura y Procedimiento Judicial y Administrativo Los litigios son afectados en su resultado, en diferente grado, por el sistema de los tribunales, y por su procedimiento efectivo de actuación.
- 8) Habilidad, es decir la capacidad personal del abogado para aprovechar cuanta ocasión se le presente para obtener un resultado favorable de la manera más sencilla y económica posible.

10. De la prudencia y capacidad de los jueces, en última instancia, depende la suerte de cualquier ordenamiento jurídico, sea de tipo continental romanista, sea de tipo anglosajón.

Más allá de las reformas que se puedan efectuar o no a nuestro sistema procesal actual, entiendo que

es la forma de aplicación de esas normas y no las normas en sí lo que marcan la diferencia. y cuando en un Juzgado de Primera Instancia el Juez asume realmente la función de “director del proceso” y actúa en consecuencia,

Al decir de Julio Cueto Rúa (Nota de página el common law , pág. 223) *Es realmente digno de asombro que en nuestro país hayamos prestado tan escasa atención al significado que tiene la actividad de los jueces en la aplicación del sistema jurídico. Buenos Jueces pueden neutralizar los efectos de una mala ley, o mejor aún, administrarle cierto sentido positivo. En Argentina ha prevalecido el concepto, de que el progreso de nuestras instituciones jurídicas sólo requiere de modificaciones de las leyes vigentes*

11. Analizando todo lo expuesto en su conjunto, es que propongo, que más allá de una reforma legislativa que podría implementarse, la utilización de los medios de los cuales disponemos en la actualidad. convicción y sentimiento de trabajo conjunto. Sin el convencimiento interno y el esfuerzo necesario para un cambio, el mismo no es sustentable.

Es así que propongo: Acordar. Este es uno de los temas de esta ponencia: Instalar la idea del acuerdo.

Y como los señalara, hace ya unos cuantos años, el Dr. Berizonce “*el abogado está llamado a asumir un nuevo rol, diverso y hasta contradictorio con sus tradicionales misiones: el abogado conciliador, componedor. Ello supone la superación del tradicional estereotipo del abogado “pleitista” a través del tránsito hacia renovadas modalidades del quehacer profesional, en consonancia con los acuciantes requerimientos de este tiempo*” (Berizonce Roberto O. El Abogado negociador. J.A. 1993-III-891

12. Entiendo que usando métodos lógicos y éticos somos capaces de llegar a verdaderos acuerdos entre partes, que favorezcan intereses comunes.

Creo que no es utópico el pensar que muchas de las demandas que hoy llegan a nuestros tribunales se podrían evitar por acuerdo de partes. Con esta idea se han instalado la Mediación y los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos.

Los mecanismos de resolución de conflictos previos al juicio nos dan la posibilidad de examinar los hechos materia de conflicto y arribar a una solución de forma alternativa.

Ello siempre y cuando los abogados de las partes vean esta etapa no sólo como un paso previo necesario para llegar a lo verdaderamente pretendido: el proceso contradictorio.

Parecería ser que los abogados están formados para vencer a sus contrincantes en los pleitos, como si una inteligente conciliación fuera un modo deslucido de ejercer la profesión

Estos tiempos que corren nos imponen una nueva visión ante el conflicto y deben llevarnos a asumir un nuevo rol: el de abogado negociador, capaz de acordar para componer las diferencias.

Citando las palabras del maestro Augusto M. Morello (“Avances procesales” Rubinzal Culzoni Santa Fe 2003, pág. 102) , “ *la sobrecarga de conflictos obliga a la disuasión y a los métodos alternativos de composición de la litis. Generar desde las Casas de Estudios una cultura encaminada no sólo a hacer justicia sino, además y en grado preferente a asegurar la paz social, una convivencia normal que no sea dominada por las tensiones y conflictos, sino por el diálogo y la composición directa que no deje sabor amargo al vencido*”

En definitiva, estas propuestas no son alternativas una de otra, sino complementarias y tienen un último objetivo: Justicia y Paz. Y entiendo debemos llegar a ellas a través del camino de la ética y de la buena fe.

LA SUCESIÓN NOTARIAL

Dr. RUBÉN FERNANDO FARFÁN

COLEGIO DE ABOGADOS Y PROCURADORES DE JUJUY

SOBRE LA PRETENSIÓN DE IMPLEMENTAR LA SUCESIÓN NOTARIAL

Es notorio en estos últimos tiempos, el avance que el Notariado viene efectuando para ampliar el campo de sus incumbencias, en desmedro de aquellas que son propias de los Abogados.

Asistimos así a una verdadera campaña pública, a través de Internet, notas periodísticas escritas y radiales en distintas Provincias, promoviendo la denominada “Sucesión Notarial”.

Es decir, la posibilidad de que los escribanos, como opción, puedan, no solamente realizar las operaciones de partición e inscripción registral de la misma, en su caso, sino directamente sustituir al magistrado judicial en el trámite Sucesorio desde su inicio, debiendo los pretendientes a la herencia acreditar su vínculo, publicar edictos y realizar los demás trámites ante el mismo escribano, quien asimismo, producirá el acto de declaratoria de herederos o de aprobación del testamento.

Pero esta pretensión viene de larga data, ya en 1972 hubo un anteproyecto del Colegio de Escribanos de la Capital Federal proponiendo la sucesión notarial, que fue presentado al Ministerio de Justicia de la Nación, y éste lo giró a las entidades representativas del foro y la Academia Nacional de Derecho, generándose una encendida polémica con el Colegio promotor del proyecto debido al categórico rechazo de la iniciativa por parte de aquéllas. En la década de los noventa hubo dos iniciativas más: un anteproyecto de reformas al CPCC. de los Dres. Roland Arazi, Isidoro Eisner, Mario E. Kamlnker y Augusto M. Morello y el proyecto de Código Procesal Civil y Comercial elaborado por la comisión creada por el Ministerio de Justicia integrada por los Dres. Carlos J. Colombo, Julio Cueto Rúa, Raúl A. Etcheverry y Héctor G. Umaschi.

Entre el 22 y 23/9/2005 se llevaron a cabo en la Facultad de Derecho de la UBA las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. En ese ámbito se defendieron argumentos por parte de quienes sostenían la viabilidad y ventajas de la sucesión extrajudicial notarial, que tuvieron la refutación expuesta por aquellos que se opusieron a tal alternativa y la conclusión final de la Comisión pertinente, que fue presidida por los profesores Nora Lloverás, Pedro Di Lella y Jorge Azpiri, siendo coordinadores los profesores Graciela Medina y Marcos Córdoba, fue contraria a la iniciativa notarial.

El notariado ha presentado el 8/2/08 al Ministerio de Justicia de la Nación un proyecto de ley para que los escribanos intervengan en procesos "no contenciosos", y la XVIII Jornada Notarial Argentina celebrada ese mismo mes en Rosario se pronunció ratificando una vez más el viejo anhelo del notariado expresado por sus participantes: intervenir en el proceso sucesorio, reemplazando al juez, para declarar los herederos de una persona fallecida, en asuntos no contenciosos, considerando que es una opción constitucionalmente válida que no menoscaba la seguridad jurídica. El instrumento público que consideran idóneo sería la llamada "acta de notoriedad", autosuficiente, que no requiere homologación judicial ni está sujeta a ningún control, ni patrocinio letrado. Y luego proseguirán el trámite con la partición extrajudicial de la masa hereditaria (art. 1184 inc. 2º y 3462, C.Civil).

Inconstitucionalidad de la intervención notarial.

Los escribanos, no tienen jurisdicción, no son jueces, carecen de facultades jurisdiccionales, la jurisdicción es una atribución esencial de la soberanía del Estado, de la cual emana; la Constitución Nacional, se la asignó al Poder Judicial, entonces cabe concluir que la solución pretendida por los notarios, en el

afán de ampliar sus incumbencias, resulta manifiestamente **inconstitucional**, porque directamente estaría violando el principio de la división de poderes.

ARGUMENTOS A FAVOR DE LA SUCESIÓN NOTARIAL. -

Los fundamentos que se arguyen en sustento de la conveniencia de la sucesión notarial pueden resumirse en los siguientes:

a) La necesidad de descongestionar en buena medida la labor de los tribunales, eliminando de su esfera trabajos de simple orden administrativo, permitiendo así el mejor cumplimiento de su función específica, es decir, los asuntos contenciosos, lo cual redundará en beneficio de los justiciables.

b) En caso de acuerdo de los herederos el juez sólo realiza una mera verificación del vínculo parental o conyugal de los pretendientes a la herencia con el causante, por lo cual la declaratoria de herederos que dicta no es un acto jurisdiccional, sino simplemente administrativo.

c) Que con la sucesión notarial se gana celeridad, agilidad y economía procesal, con la ventaja de que a la vez el interesado no debe soportar un incremento de costos.

d) Los que conciben la sucesión notarial sólo en los supuestos en que la transmisión hereditaria se produzca a favor de herederos forzosos argumentan que el art. 3410 les confiere a éstos la posesión hereditaria de pleno derecho, por lo cual no necesitan la intervención de los jueces para acreditar su condición de herederos.

e) Se sostiene que el art. 3284, que establece la jurisdicción del juez del último domicilio del causante sobre la sucesión, no es obstáculo para admitir la sucesión notarial, pues la citada norma se refiere a las acciones judiciales, de coherederos o de terceros acreedores, que se deben promover ante dicho juez, en cuyo caso, de plantearse algunas de esas acciones, todos coinciden en que debe cesar la intervención del notario.

f) Finalmente, se hizo mérito de la experiencia de otros países (Cuba y España).

ÚLTIMAMENTE SE HA CONCENTRADO LA ESTRATEGIA DEL NOTARIADO EN EL ATAQUE A LA DECLARATORIA DE HEREDEROS POR CONSIDERARLA INNECESARIA.

a) Sostienen los notarios que ni el Código Civil ni la ley registral 17.801 la exigen, y por otra parte el Código dispone que la herencia se transmite directamente a los herederos por disposición de la ley en el mismo momento del fallecimiento del causante, aún cuando el heredero ignore la apertura de la sucesión (arts. 3282 y su nota y 3420), y que los herederos forzosos tienen la posesión de la herencia (investidura de la calidad de heredero), también de pleno derecho desde la apertura de la sucesión, y por ello desde ese momento son propietarios de los bienes de la herencia, pudiendo disponer de los mismos sin necesidad de intervención judicial (3410 y 3417). De ahí concluyen que para transferir bienes sucesorios, los escribanos pueden determinar la calidad de heredero por medio del acta de notariadad. El art. 16 de la ley 17.801 sólo alude a los "herederos declarados", y esa declaración la puede hacer un profesional del derecho a cargo de la función pública como es el escribano. Por ello concluyen que el decreto reglamentario de la citada ley n° 2080/81, que exige la declaratoria judicial de herederos y su inscripción registral, es inconstitucional porque viola las citadas normas del Código Civil y de la ley 17.801. Y por ende también las normas de las demás leyes nacionales y provinciales que exigen la declaratoria de herederos (art. 14, ley 22.977 modif. dec. 6582/58 del RN del Automotor, arts. 4 inc. 7 y 31, incs. 1, 2 y 3, ley santafesina 6435, orgánica del Registro de la Propiedad; etc).

b) La declaratoria de herederos sólo se sustenta en las normas procesales.

c) Simplificación de los trámites, mayor rapidez, descongestionamiento de la labor tribunalicia y reducción de costos.

La refutación de tales argumentos a cargo de los Dres. Franciso A. N. Ferrer y Roberto M. Natale es realmente incontrastable y da por tierra con los argumentos vertidos a favor de la pretensión notarial.

“LA DECLARATORIA DE HEREDEROS O EL AUTO APROBATORIO DEL TESTAMENTO ES UN ACTO JURISDICCIONAL, Y POR ELLO NO PUEDE SER PRIVATIZADO DELEGADO A UN ESCRIBANO”.

Jurisdictio es una locución latina que etimológicamente significa decir o mostrar el derecho. La Jurisdicción, es una de las funciones soberanas del Estado a través de la cual se realiza oficialmente el derecho que el propio Estado dicta; y desde el punto de vista procesal es la actividad legalmente regulada de los tribunales judiciales tendiente a actuar el derecho positivo vigente en los casos concretos que se les presenten.

Por función se entiende el cometido, o sea asegurar la justicia, la paz social y demás valores jurídicos, mediante la aplicación, eventualmente coercible, del derecho. La verdadera función de la jurisdicción, consiste en la actividad de dirimir conflictos y decidir controversias o evitarlas. Privados los ciudadanos de la facultad de hacerse justicia por su mano, el orden jurídico les ha investido del derecho de acción y al Estado, del deber de la jurisdicción.

Desde el derecho romano tuvo la función jurisdiccional una extensión que superó lo meramente contencioso para alcanzar otras esferas, en las que había que dar certeza a situaciones generadoras de numerosas relaciones jurídicas. El reconocimiento de la calidad de heredero es una de ellas. Es cierto que la doctrina entiende que el proceso sucesorio es de jurisdicción voluntaria, pero también lo es que aquí la jurisdicción actúa legalizando situaciones jurídicas. Tanto la declaratoria de herederos como el auto aprobatorio de testamento son actos jurídicos cumplidos por los órganos judiciales en ejercicio de su función jurisdiccional. Es decir, son sentencias mediante las cuales se produce la investidura de la calidad de herederos a los pretendientes de la herencia, cuyo título (la sentencia) los habilita a ejercer los derechos inherentes a su condición de tales y les acuerda la presunción erga omnes de que son herederos mientras no se decida lo contrario.

Los arts. 3282 y su nota, 3417, 3410 y 3420 del Código Civil, parten del presupuesto de la transmisión hereditaria universal, o sea, la que tiene por objeto la herencia como universalidad jurídica. La herencia es "un todo ideal, sin consideración a su contenido especial, ni al objeto de esos derechos", según la define el art. 3281. O sea, es una "*universitas iuris*", universalidad jurídica o de derecho, porque comprende la universalidad de los derechos y obligaciones patrimoniales que pertenecían a la persona fallecida, y por ello se concibe como un todo ideal, unitario y orgánico, independiente de los elementos singulares que lo componen. Ese objeto ideal, único, de contenido indeterminado (nota de Vélez al art. 3283), o una parte alícuota del mismo, es lo que adquiere el heredero en el mismo instante del fallecimiento del causante. De ninguna manera derechos singularmente determinados.

Que el heredero quede investido de tal carácter desde la muerte del causante, no significa de ninguna manera que desde aquel momento, sea propietario de cada uno de los bienes de la herencia singularmente considerados. Los mencionados artículos hay que entenderlos e interpretarlos en el contexto del sistema sucesorio del Código.

NECESIDAD DEL PROCESO SUCESORIO.

Para determinar la titularidad de cada uno de los bienes que integran la universalidad jurídica; es menester desarticularla, desarmarla, determinar los bienes y las deudas que la componen, depurarla del pasivo. Este tránsito de lo universal y abstracto a lo particular y concreto se realiza a través del proceso sucesorio y sus distintas etapas: primero se determinan los destinatarios de la transmisión hereditaria (auto de declaratoria o de aprobación del testamento), luego se individualizan los bienes y las deudas (inventario y avalúo), se liquida el pasivo, y finalmente el remanente líquido se divide y adjudica a los herederos (partición), según las reglas pertinentes del Código Civil.

La regulación instrumental del proceso sucesorio es materia de los códigos procesales.

El art. 3284 del Código Civil establece que la jurisdicción sobre la sucesión la tiene el juez del último domicilio del causante.

No hace ninguna distinción este precepto, por lo cual abarca el proceso sucesorio integralmente y en todas sus etapas. Establece la unidad de jurisdicción y concentración ante el mismo juez de todas las múltiples y variadas cuestiones que se pueden suscitar en una sucesión, sean o no contenciosas (autorización para vender bienes de la sucesión -arts. 3321, 3393 y 3406-, para transar juicios -arts. 3324 y 3390-, intimación a inventariar -art. 3366-, todos los asuntos sobre administración de la herencia -art. 3451-, declaración de legítimo abono, etc). La finalidad de esta centralización es facilitar la liquidación de la herencia, evitar complicaciones y simplificar los trámites.

Tiene por fin asegurar que la transmisión del patrimonio heredado se efectúe de acuerdo con el orden sucesorio, siendo su régimen de orden público, puesto que tiende a evitar el escándalo jurídico que se produciría en el supuesto que, frente a un mismo causante, se tenga por herederas a personas distintas.

Pretender modificar el sistema del Código sólo produciría trastornos, proliferación de trámites entre el escribano y el tribunal competente, dilaciones y mayores costos. No tiene justificación tal propuesta, salvo motivaciones corporativas, sin perjuicio de que resulta inconstitucional porque la Constitución atribuye la potestad jurisdiccional al poder judicial (arts. 108 y 116).

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL.

Los escribanos, no tienen jurisdicción, no son jueces, carecen de facultades jurisdiccionales, la jurisdicción es una atribución esencial de la soberanía del Estado, de la cual emana; que ha sido creada por la Constitución Nacional, y cuya función esta Carta Magna se la asignó al Poder Judicial (arts. 16, 18, 108 116 y ss), y si el Código Civil, sancionado por el Congreso de la Nación en virtud de lo dispuesto por la Constitución (art. 75 inc. 12), establece que la jurisdicción sobre la sucesión corresponde al juez del último domicilio del causante (art. 3284), entonces lógicamente cuadra concluir que la solución pretendida por los notarios, en el afán de ampliar sus incumbencias, resulta manifiestamente **inconstitucional**, porque directamente estaría violando el principio de la división de poderes.

Cabe hacer hincapié en el carácter de orden público que se ha otorgado al Orden Sucesorio, ello en virtud del altísimo interés que tiene el Estado en asegurar un permanente y adecuado contralor respecto a la transmisión de bienes mortis causae, ya que dice relación con el tráfico de bienes y derechos que integran la economía de un país. No en vano se ha rodeado a tal transmisión hereditaria de recaudos tales como la competencia del Juez que ha de intervenir, aspecto éste que motiva la reiterada intervención de nuestro más alto Tribunal Nacional en conflictos de competencia positivos o negativos entre diversos jueces abogados o no a los procesos sucesorios.

Mal podría entonces, el Estado efectuar una renuncia consciente o inconsciente a un tópico tan importante, privatizando nada menos que el control de uno de los pilares de su economía.

LA PROTECCIÓN DEL TERCERO DE BUENA FE QUE CONTRATA CON EL HEREDERO APARENTE, EXIGE LA DECLARATORIA DE HEREDERO O EL AUTO APROBATORIO DE TESTAMENTO: ART. 3430 DEL CÓDIGO CIVIL.

Este precepto requiere clara y categóricamente el pronunciamiento previo de dichos actos jurisdiccionales para garantizar la validez del acto de disposición por el cual el tercero adquiere del heredero bienes inmuebles a título oneroso. Y esta es una regla que rige no sólo con respecto a los actos de disposición de bienes inmuebles, sino también comprende a los bienes muebles registrables, por su evidente analogía, según lo entiende pacíficamente la doctrina. Los escribanos niegan el vasto alcance de esta regla de seguridad del tráfico jurídico sin fundamento alguno, pues sólo persiguen minimizar la trascendencia de la declaratoria judicial de herederos o del auto aprobatorio de testamento para apuntalar su pretensión de suprimirlos.

SE DEJARÍA SIN EFECTO INSTITUTOS TALES COMO EL RECONOCIMIENTO DE CO- HEREDEROS.

En efecto, algunos Códigos de Procedimiento, tales como el de Jujuy prevén este Instituto, así el Art. 438 del C.P.C. de Jujuy segunda parte, establece: *“Las personas que hubieren justificado debidamente el*

carácter de herederos del causante, siendo mayores de edad, podrán reconocer como tales a los que no lo hubiesen conseguido y se hubieran presentado oportunamente". No existe posibilidad jurídica válida constitucionalmente de otorgar tal reconocimiento sin una previa declaratoria de herederos.

INEXISTENTES VENTAJAS:

En primer lugar, mencionan el **descongestionamiento de la labor tribunalicia**. El problema de la sobrecarga de trabajo en los tribunales se debe fundamentalmente al aumento de litigiosidad y este complejo fenómeno reconoce diversas causas, entre las cuales la incidencia de la litigiosidad sucesoria es intrascendente, pues los porcentajes de litigiosidad sucesoria se mantienen inalterables.

En segundo término, **el argumento de que se abrevian y agilizan los trámites**. En varios proyectos que instrumentan la sucesión notarial quedaron de manifiesto los inconvenientes de tal propuesta, por las múltiples idas y vueltas del expediente entre la escribanía y el juzgado competente, lo que aumentaría, sin duda, el trabajo para la justicia con mayores e injustificadas demoras en el trámite. Desvincular absolutamente el trámite notarial del control e intervención del Poder Judicial y del Patrocinio Letrado, en determinados supuestos (herederos forzosos, presentes y capaces, y de común acuerdo), como pretenden los notarios para ampliar de cualquier modo su espacio de trabajo, tampoco es solución, pues seguimos siempre en el campo de la inconstitucionalidad y se incrementaría además la inseguridad jurídica, por las múltiples alternativas que se pueden suscitar durante el trámite sucesorio y que el notario no está en condiciones de resolver.

Finalmente, la mentada **reducción de costos** también es ilusoria. Al costo normal del proceso sucesorio, habrá que sumar el de las notificaciones por acta notarial, la protocolización del expediente, los honorarios del escribano, a quien le pagará el justiciable, y no el Estado, como en el caso del juez. Se está, entonces, **privatizando el servicio de justicia**. Y si para garantizar el debido asesoramiento jurídico al justiciable, se dispone el Patrocinio Letrado, entonces a los honorarios del escribano se sumarán los del Abogado, encareciendo los costos.

En cuanto a las experiencias internacionales que se citan, la experiencia en países como Cuba o España indica que son numerosas las idas y vueltas del Expte. entre la Escribanía y el Juzgado o Tribunal interviniente, con lo que lejos de simplificarse el trámite, se ha sumado una etapa más y además, onerosa.

OPINIÓN DE LA DOCTRINA CIVILISTA.

No en vano las **XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil** celebradas en septiembre de 2005 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, se pronunciaron en contra de la admisión de la sucesión notarial, en razón de que la jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces (art. 3284 C.Civil), que el proceso sucesorio extrajudicial está vedado por normas de la Constitución Nacional (arts. 1, 18, 75 inc. 12 y conccs), que el sistema de sucesión notarial viola claramente las disposiciones del Código Civil, que la jurisdicción voluntaria corresponde ineludiblemente a los jueces, y que no debe modificarse dicho Código, ya que el proceso sucesorio actual no presenta problemas que justifiquen su reforma creando alternativas extrajudiciales que incrementan la seguridad jurídica, no responden a problemas de economía procesal, no disminuyen los costos y no agilizan el proceso, lo que provocaría cuestiones incluso accesorias y nuevas que lo encarecerán.

CONCLUSIONES

Entendemos que es inconstitucional la opción de que los escribanos determinen o declaren los herederos de una persona fallecida mediante la llamada acta de notoriedad, o cualesquier otro instrumento, cualquiera sea la vía legal, nacional o local, que se utilice para admitirla, porque:

-se extralimitarían las funciones del escribano convirtiéndolos en jueces administrativos a los que se

les asignaría la función de dictar actos jurisdiccionales, violando el principio constitucional de la división de poderes, del juez natural y del debido proceso;

-se violaría todo el régimen sucesorio judicial del Código Civil y sus leyes complementarias, incrementando la inseguridad jurídica,

-si se opta por una ley local, se estaría incursionando directamente en materia civil propia de la competencia exclusiva del Congreso de la Nación, sumando otra causa más de inconstitucionalidad;

-se lesionaría el bien común, pues se pretende modificar un sistema sucesorio sin justificación, como no sea un interés sectorial, y sin provecho para la sociedad, pues se la privaría de un régimen que hasta ahora ha funcionado perfectamente bien, respondiendo a los principios de orden público y de control de la legalidad, garantizando adecuadamente la seguridad del tráfico jurídico y los derechos de los terceros frente al fenómeno sucesorio.

Pongo así de manifiesto que este tema no es novedoso y que la pretensión del Notariado no cesa, antes bien, va in crescendo.

La Abogacía organizada del país no puede permanecer descuidada o ajena a este objetivo de los Notarios, tanto por la defensa que debemos ejercer de las incumbencias de nuestra Profesión, como por el imperio de los principios constitucionales que rigen nuestra vida en sociedad, por la seguridad jurídica, por el esencial respeto a la división de poderes, en fin por el bien común. A su vez, nuestros representantes en el Congreso de la Nación, deben tomar conciencia de que esta pretensión del Notariado, implica mucho más que una mera interpretación de algunos artículos del Código Civil, sino y concretamente un cambio total de nuestro sistema sucesorio, alterando absolutamente uno de los intereses esenciales del Estado, cual es la transmisión gratuita de bienes y derechos mortis causae, que dice relación inmediata con el sistema económico.

PROPUESTA

Propongo en consecuencia, y en consonancia con lo decidido por la Comisión de Incumbencias de F.A.C.A. al respecto, lo siguiente:

1. Que la F.A.C.A. emita una Resolución manifestando su preocupación ante los proyectos y pretensiones tendientes a consagrar la denominada "Sucesión Notarial".

2. Realizar una amplia campaña de puesta en conocimiento y esclarecimiento del tema abordado entre los Matriculados de cada Colegio.

3. Realizar una amplia campaña de difusión a la opinión pública, acerca de los peligros, desventajas e inconstitucionalidad del planteo Notarial.

4. Realización de Seminarios, cursos, charlas, debates etc. en cada Colegio con participación y disertación de especialistas.

5. Elaboración de trabajos y conclusiones al respecto, con la participación de los respectivos Institutos de Derecho Civil de cada Colegio.

6. Remitir por intermedio de Cada Colegio, los antecedentes que sobre el tema existen, a cada uno de los Diputados Nacionales de sus respectivas Provincias.

NECESIDAD DE LOGRAR LA REFORMA DE LA SECCIÓN 2 DEL CAPÍTULO 3 DE LA LEY DE EDUCACIÓN SUPERIOR (24.521), COMO UNA DE LAS REFORMAS NECESARIAS PARA COMENZAR A SUPERAR LA CRISIS EN FORMACIÓN DE GRADO Y LA DETERMINACIÓN DE LAS INCUMBENCIAS.

Dr. GERARDO O. R. LUENGO,
COLEGIO DE ABOGADO DE SANTA FE

En la XV Conferencia Nacional de Abogados, presenté un trabajo que denominé “PROPUESTA PARA REFLEXIONAR SOBRE FORMACIÓN DE GRADO, HABILITACIÓN PROFESIONAL E INCUMBENCIA. SECCIÓN 2 DEL CAPÍTULO 3 DE LA LEY DE EDUCACIÓN SUPERIOR (24.521), el tiempo transcurrió y a mi entender no se avanzó sobre el particular, no reflexionamos lo suficiente, en la vorágine de aquella conferencia no pudimos tratar el tema con detenimiento por la cantidad de trabajos presentados, pero existieron varias propuestas que expresaban la misma inquietud. Hoy la situación está igual o peor, con el agravante que si no se declaró de interés público la carrera de Abogacía, está al salir su declaración, lo cual coloca al ejercicio de nuestra profesión en importantes riesgo. Es por ello que hoy la propuesta que realizo no es para reflexionar y debatir como lo realicé en aquella ocasión, es necesario que tomemos decisiones rápidas y contundentes, para no arrepentirnos en un futuro no muy lejano.-

Les vuelvo a proponer el debate, pero hoy sin demora y el trabajo, sin intenciones mezquinas, circunstanciales o sectoriales, con honestidad intelectual, buscando el bien común, pero urgente.-

En mi anterior trabajo sostuve que desde hace un largo tiempo la Colegiación Organizada, viene notando graves problemas en la formación de grado de los profesionales del derecho y a partir de ello se comenzó a analizar y estudiar el origen del problema, intercambiar ideas, proponiendo soluciones, en definitiva, provocó un intenso debate en ámbito de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, en sus propias comisiones y en los Colegios miembros. Considero que no existen dudas sobre donde radica el problema y en esto coincide la mayoría, que es, que en un gran número de facultades tienen: baja formación recibida en la carrera de grado como consecuencia de la pobre integración curricular; la falta de formación académica del claustro docente; la proliferación de facultades de derechos, muchas de las cuales con habilitación precaria o provisoria; falta de auto evaluación responsable y sin que se le pueda realizar la evaluación externa periódica, de las cuales egresan profesionales universitarios “como producto”, con defectuosa formación profesional, lo cual no solo perjudica al egresado, sino que pone en riesgo a la sociedad en su conjunto. Pero no solo este es el problema, existe otro de igual importancia que es la permanente actualización del egresado. Un profesional mal formado o no actualizado, no puede ser considerado idóneo para ejercer la profesión. No podemos olvidar que en el ejercicio profesional se le confía nada mas y nada menos lo que tiene una íntima relación con la libertad, la seguridad, los bienes y demás derechos de la persona humana.

También sostuve que sería muy irresponsable afirmar que el problema de la formación universitaria la podemos resumir a lo expresado, tiene una connotación mucha mas profunda y compleja y que está íntimamente relacionado con las políticas educativas que se llevaron adelante en nuestro país.-

Estoy convencido que para comenzar a revertir el problema planteado se debería: restringir la auto-

rización para crear nuevas universidades y carreras de grado, que solo sea para aquellas que cumplan estrictamente con los principios consagrados en el art. 32 de la Ley de Educación Superior (deben promover la excelencia); profundizar y generalizar las evaluaciones y auto evaluaciones de las universidades, de los planes de estudio de grado y dar participación a las instituciones profesionales; que si bien son decisiones políticas desde lo normativo deberíamos inducirlo y es por ello que propongo nuevamente que analicemos la Sección 2 del Capítulo 3 de la Ley 24.521, pero en esta oportunidad reitero la urgencia, ante la declaración de interés público de la carrera de abogacía.-

Con respecto a los Arts. 40 y 41 creo que deben quedar redactados en la forma actual.-

Desde el M. De C. y E., se instó hacer efectivo lo dispuesto por el art. 43, determinando cuales son las carreras de “*interés público*” y “*determinará con criterio restrictivo*” “*las actividades profesionales reservadas exclusivamente para ello*”, que “*creo*”, se impulsa para disminuir las consecuencias nefastas de la creación de facultades y sucursales que otorgan títulos que: “*certificarán la formación académica recibida y habilitarán para el ejercicio profesional respectivo en todo el territorio nacional*”, declaración que también es impulsada firmemente por las Universidades Estatales. Estoy convencido que no es la solución mas adecuada, ni para los profesionales, ni para la sociedad, se trata de poner un pequeño freno a la educación encarada como negocio y no como formación de recursos profesionales para una sociedad, sin atacar el origen del problema. Creo que la solución pasa por elevar el nivel de exigencia para autorizar el funcionamiento de una carrera de grado o de un pos-grado y que todas las universidades deban ser evaluadas, sin necesidad de ser declarada de “*interés público*”, lo que permitirá comenzar a enmendar las falencias apuntadas.-

Con el sistema actual de la Ley, al declararse de interés público la carrera de Abogacía, la voluntad del Ministerio de Educación determinará con criterio restrictivo las actividades profesionales que cada título otorga, lo cual nos coloca en la situación de tener que soportar la regulación de nuestras incumbencias en forma taxativa y sin poder intervenir los Colegios y/o Asociaciones profesionales en su determinación, ya que estas no forman parte de los que lo harán y por supuesto, menos, en la determinación de las incumbencias de los títulos habilitantes que tienen algunas lejanas similitudes y que siempre están a la “*espera*”.-

Sigo sosteniendo que un principio de solución estaría en que la Ley de educación superior limite las facultades que otorga en su artículo 42, de que: “*Los conocimientos y capacidades que tales títulos certifican, así como las actividades para las que tienen competencia sus poseedores...*” “*...serán fijados y dados a conocer por las instituciones universitarias...*” con la sola obligación de que: “*. . . debiendo los respectivos planes de estudio respetar la carga horaria mínima que para ello fije el Ministerio de Cultura y Educación, en acuerdo con el Consejo de Universidades*”; eliminado la clasificación de títulos correspondientes a profesiones reguladas por el Estado y las que no lo son y exigir el cumplimiento del art. 33 en cuanto se debe “*promover la excelencia*”.-

CON RELACIÓN A ESTE ARTÍCULO 42 PROPONGO:

a) En primer lugar corregir un error en la redacción de la Ley, cuando habla de que el título habilita para el ejercicio profesional, cuando no lo es, el título universitario con reconocimiento oficial certificada la formación académica recibida y tiene validez en todo el territorio nacional pero por sí no habilita el ejercicio profesional lisa y llanamente, es necesario su matriculación en los organismos que cada Provincia o la ciudad autónoma de Buenos Aires, en ejercicio del poder de policía, creó o creen en el futuro para realizar el control del ejercicio profesional, (no es poca responsabilidad el control de legitimidad del título y el control del ejercicio ético).-

b) Este mismo artículo además de ratificar la validez nacional de los títulos que otorgan las universidades toca un tema muy sensible al ejercicio de la profesional de Abogado, que es la incumbencia que surge de la formación académica que esta incita en el título que otorga y que tiene que contemplar dos aspectos que la redacción actual no la tiene y que seguidamente pasaré a plantear. Antes me tengo que referir muy brevemente al término “*competencia*” que utiliza equivocadamente la Ley, con anterioridad

utilizaba el de “incumbencia” que es el adecuado y correcto y por ello proponga su incorporación nuevamente, este es el término que se ajusta correctamente para la determinación de las habilidades que obtuvo con la formación académica recibida, lo que le incumbe a su formación, el término competencia es lo que otro, con jerarquía superior, le puede otorgar independientemente de la formación académica percibida.-

Uno de los aspectos está dado por quienes, si bien recibieron una formación académica determinada, el ejercicio propio de la profesión les impide desarrollar las habilidades adquiridas, es por ello que propongo que se incorpore “*salvo las restricciones que surjan de las normas y reglamentaciones que regulan el ejercicio profesional*” ejemplo de esta situación es el ejercicio de la profesión de Escribano.

Debe quedar claro que las incumbencias solo nacen de las habilidades obtenidas a través del título correspondiente y que no pueden surgir de disposiciones y/o decretos y/o leyes ya sean nacionales o locales y que el ejercicio profesional de determinadas profesiones está sometida a reglamentación en razón de su propia actividad. Ejemplo claro de violación por parte de una ley local es “La Ley Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, N° 404/00, que al reservar determinadas actividades a favor de los escribanos, ha incurrido, en una clara violación a lo dispuesto por los arts. 42 y 43 de la Ley de Educación Superior -24.521-, ya que no es a través de una ley local, que es posible fijar incumbencias para una profesión; y, más grave aún, cuando al hacerlo se violan incumbencias propias de otra profesión.-

Respecto al otro aspecto que considero debe quedar aclarado es que aun cuando los contenidos de algunas materias del programa de estudio respectivo, brinden conocimiento e información sobre aquellas que son principal componente de los planes de estudio de otras carreras, en el campo en que se verifica el ejercicio profesional en función de los derechos que la matrícula otorga la asignación de las incumbencias, debe ser exclusiva y excluyente para cada sector perfectamente particularizado y diferenciado respecto de los demás, y que tal circunstancia no le habilita para desarrollar su actividad en esas materias que recibió como formación general o meramente complementaria, protegiendo la situación ocupacional del profesional y para ello es importante asignarle participación en el control de tales aspectos a los colegios o asociaciones profesionales. Por ello propongo que las incumbencias sean determinadas conjuntamente por el Ministerio de Cultura y Educación, el Consejo de Universidades y Las Federaciones Nacionales de Colegios Profesionales o la entidad que en el ámbito nacional nuclea mayoritariamente a los profesionales de la respectiva profesión. De esta forma el Estado, en representación de la población, las universidades como formadores de científicos y las entidades Profesionales como controladores del ejercicio profesional, determinarán las capacidades y conocimientos integrales que aporta el título, (Con la palabra integral se trata de decir, que la circunstancia de dar una materia con contenido de otras carreras, no habilita para ejercer la otra profesión o, peor, ambas).-

c) Corresponde adicionar la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al texto de la Ley.-

Por lo antes expresado propongo la redacción del Art. 42 de la siguiente forma:

Los títulos con reconocimiento oficial certificarán la formación académica recibida y tendrán validez en todo el territorio nacional, *salvo las restricciones que surjan de las normas y reglamentaciones que regulan el ejercicio profesional*, sin perjuicio del poder de policía de las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires respecto del ejercicio profesional. Los conocimientos y capacidades integrales que tales títulos certifican, así como las actividades para las que tienen *incumbencia* sus poseedores, serán fijada conjuntamente por el Ministerio de Cultura y Educación, el Consejo de Universidades y Las Federaciones Nacionales de Colegios Profesionales o la entidad que en el ámbito nacional nuclea mayoritariamente a los profesionales de la respectiva profesión exclusivamente.-

CON RELACIÓN AL ART. 43 PROpongo:

A mi entender, todo título emanado de una universidad que se encuentra bajo el régimen de esta ley está necesariamente “regulado por el estado”, por ello la distinción que realiza al expresar “*Cuando se trate de título correspondientes a profesiones reguladas por el Estado . . .*”, determina que existen títu-

los que no se encuentra regulados por el Estado que serían los que cumplen con la exigencia del art. 42 de respetar la carga horaria mínima y con ello “*certificarán la formación académica recibida y habilitarán para el ejercicio profesional respectivo en todo el territorio nacional*”, pero este mismo artículo dice: “*Los títulos con reconocimiento oficial certificarán . . .*”, quiere decir que el título que esta certificando la formación académica y que tiene validez nacional, necesariamente, debió obtener reconocimiento OFICIAL, por consiguiente ESTÁ REGULADO POR EL ESTADO.-

También estoy convencido de que no existen títulos superiores en los que no esté en juego el denominado “interés público”, que no pongan en “... *riesgo de modo directo la salud, la seguridad, los derechos, los bienes a la formación de los habitantes*”, es por ello que considero que todos los títulos emanados de las universidades que tenga autorización para funcionar por medio de esta Ley deben cumplir con la carga horario mínima; planes de estudio que tengan en cuenta los contenidos curriculares básicos y los criterios sobre intensidad de la formación práctica que establezca el Ministerio de Cultura y Educación, en acuerdo con el Consejo de Universidades y que las carreras respectivas deberán ser acreditadas periódicamente por la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria y la Federación de Colegios Profesionales del título involucrado o la entidad que en el ámbito nacional que nuclée mayoritariamente a los profesionales de la respectiva profesión.-

Creo que es indispensable eliminar del texto de la ley la posibilidad de que la acreditación de las carreras puedan quedar en manos de entidades privadas, considero correcto que todas las carreras que otorguen los títulos reconocidos oficialmente (que son regulados por el Estado y de interés público), deberán ser acreditadas por la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria e incorporar a la Federación de Colegios Profesionales del título involucrado, de esta forma se elimina la alternativa de “entidades privadas”, que uno nunca saben a que intereses determinados responden y colocamos a las Entidades Profesionales, que sí sabemos a quien representan y son organizaciones democráticas y representativas.-

De esta forma deviene totalmente innecesario el último párrafo del artículo el cual se eliminaría. Estas modificaciones permitirían el Estado (M. De C. y E.) en forma directa, determinar las exigencias que deben tener las universidades para poder extender un título con reconocimiento oficial que certificarán la formación académica recibida y tendrán validez en todo el territorio nacional; que las incumbencias estén controladas por las Entidades Profesionales y que las acreditaciones de las universidades tengan la intervención de estas entidades que darán la visión practica del ejercicio profesional y por otra son las que tienen el control del ejercicio profesional de los egresados.-

Por ello propongo que el art. 43 quede redactado de la siguiente forma:

Los planes de estudio que otorguen los títulos a los que se refiere el art. 42 deberán respetar los siguientes requisitos:

A-Cumplir con la carga horaria mínima que para ello fije el Ministerio de Cultura y Educación, en acuerdo con el Consejo de Universidades;

B-Deberán tener en cuenta los contenidos curriculares básicos y los criterios sobre intensidad de la formación práctica que establezca el Ministerio de Cultura y Educación, en acuerdo con el Consejo de Universidades;

C-Las carreras respectivas deberán ser acreditadas periódicamente por la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria y la Federación de Colegios Profesionales del título involucrado o la entidad que en el ámbito nacional que nuclée mayoritariamente a los profesionales de la respectiva profesión.-

Esta es la propuesta que pongo en debate, para que con el aporte y reflexiones de todos, la mejoramos o la desechemos, pero los invito a debatir una problemática que viene preocupando a la Colegiación.-

EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO.

Dra. **ÁNGELA C. M. PINACCHIO**

Colegio Público de Abogados de Capital Federal

RESUMEN: la ponencia consiste en dejar al descubierto una interpretación que aceptaría la posibilidad de una excepción legal en el art. 444 inc 2 del CPCCN –art 442 CPBA-. La conclusión a la que se arriba es todo lo puesto a esta posición doctrinaria fundamentando ello en la naturaleza jurídica del instituto y en los bienes jurídicos que potencialmente se pueden hallar afectados ante la violación del secreto profesional.

SUMARIO. I. Introducción. II. Reserva profesional. III. Conclusión. IV. Bibliografía.

I-INTRODUCCIÓN.

Según una interpretación doctrinal, el secreto profesional del abogado puede tener una excepción en el art. 444 del CPCCN (art. 442 CPBA) que dispone que el testigo podrá rehusarse a contestar las preguntas: 1) si la respuesta lo expusiera a enjuiciamiento penal o comprometiera su honor 2) si no pudiera responder sin revelar el secreto profesional. En función a esto último, se abrieron dos interpretaciones doctrinales. Una de ellas refiere que la excepción legal opera a juicio del testigo y otra que todo depende del arbitrio o autorización del juez. También se llega a considerar, por momentos que, sólo cuando del contexto de la pregunta no se desprendiera claramente esa situación, el testigo deberá dar al juez las explicaciones necesarias en forma reservada –fuera de acta y sin la presencia de las partes-.

Aparentemente el origen de estas interpretaciones a favor de el levantamiento del secreto profesional, tiene su antecedente en el caso “Conway vs. Rimmer” fallado en 1968 por la máxima Corte Británica, donde se estableció que la prohibición de exhibir documentos oficiales en juicio dispuesta por la Corona, puede ser revisada por los jueces, ya que es función de los mismos valorar y determinar reservadamente cuándo la revelación del secreto de Estado puede ocasionar un daño que obligue a prescindir del interés de los particulares. Esta posición fue seguida por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos - 1.971-. “Así se reivindicó para los miembros del Poder Judicial el poder determinar si la reservada revelación de la información podía ser dañosa para el interés general y en qué medida éste podía justificar el daño que se podría generar para las partes por el mantenimiento del secreto¹”.

El objetivo del presente es determinar posteriormente si podemos inclinarnos a favor de una excepción legal al secreto profesional del abogado.

II.- RESERVA PROFESIONAL.

“El inc. 2 del artículo 444 CPCCN tutela, ... el secreto profesional lato sensu -el que comprendería el secreto militar, científico, técnico, artístico, industrial, religioso y profesional stricto sensu, así el de los abogados, médicos, etc., que es el que conocen ciertas personas en virtud de su profesión, oficio o actividad... El testigo tendrá que explicar su fundada negativa a contestar la concreta pregunta en orden a establecer la relación que existiría entre el hecho preguntado y el hecho amparado por el secreto profesional, siempre que ella no resulte o se desprenda del propio contenido de la pregunta, sin extender, empero, tal facultad al punto de autorizar al juez a disponer el levantamiento del mismo, ello en razón de los

¹ Cit. por J. L. Kielmanovich. *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1996, p.241

claros y terminantes términos de los arts. 444 del ordenamiento procesal y 244, CPPN, sin perder de vista que, en algunos casos, la guarda del secreto profesional no constituye sencillamente una facultad del testigo, sino un deber al cual se encuentra civil, penal y disciplinariamente atado”².

El secreto profesional es el que se “confía” a una persona en virtud de su actividad y como consecuencia de ese ejercicio. Específicamente el abogado debe custodiar ese derecho: por la confianza que su cliente le ha depositado significando en ese acto, el eficaz camino en la defensa de sus derechos, representando en ello el deber no sólo jurídico sino ético. En la confianza, reposa el principio general de la buena fe, que captado en distintas disposiciones del Código Civil Argentino a través de la reforma 17.711 debe ser óbice para la interpretación de normas jurídicas y considerado fuente positiva del derecho. El origen del término “buena fe” deviene de bona fides. Se torna oportuno apuntar que fides (...) lo que da origen a la confianza; mientras que bona, se relaciona a que sea buena o conforme.³

La reserva, que debe mantener celosamente el abogado, es mucho más que un deber ético, cómo bien reza el Preámbulo de la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “todo deber de orden jurídico presupone otro de orden moral que lo sustenta...”; así el secreto profesional del abogado es un instrumento legal que torna operativas las siguientes garantías constitucionales: la debida defensa en juicio, la presunción de inocencia, el debido proceso legal. Al mismo tiempo el profesional se torna en un custodio de informaciones y de datos que conforman la intimidad y la privacidad que como tales son atributos de la persona humana –reconocidos como tales, por Tratados Internacionales, que cuentan hoy con jerarquía constitucional-. Informaciones que reveladas pueden dañar la imagen y el buen nombre del cliente.

Palacios⁴, refiere al interés social de que la lealtad profesional quede a descubierto de toda desconfianza.

El secreto profesional ha sido primero, según cuentan los antecedentes históricos, una excusa legal. El juramento hipocrático señala que: “las cosas que en el ejercicio o aun fuera del ejercicio de mi arte podría ver o entender sobre la existencia de los hombres y que no deben ser divulgadas afuera las callaré, estimando que esas cosas tiene derecho al secreto y considerando vergonzosas su divulgación.” Luego, esto mismo fue rescatado durante la Revolución Francesa otorgándole carácter de deber jurídico cuya trasgresión se sancionaba penalmente.

La reserva profesional hace a la intervención independiente del abogado ante el órgano judicial, en función de la naturaleza de su actuación, sirviendo de engranaje al sistema, desde lo institucional. Así es visto, como auxiliar de la justicia y como el vehículo idóneo para la tutela judicial efectiva.

Si bien coincidimos en lo que es o representa, no vertimos iguales consensos, en si per se, dicho instituto tiene límites a efectos procesales. Como lo demuestra, distintas interpretaciones doctrinales entorno al art. 444 del CPCCN (art. 442 CPBA).

Cierta jurisprudencia tiene dicho que “no toda comunicación entre el cliente y su abogado está amparada por el secreto profesional, pues si así fuere el letrado no podría verter en los escritos judiciales los datos e informaciones que le suministra su patrocinado en los coloquios previos a la asunción de su defensa o en el curso de ella ... El secreto profesional debe comenzar con la precisa discriminación de las comunicaciones del cliente señalando cuáles son secretas y cuáles no, cuáles pueden trascender y cuáles deben reservarse celosamente en protección del derecho de privacidad de la persona que se confía en el profesional”⁵. “La solicitud de los defensores para que se lo llame a declarar implica que se ha releva-

² Jorge L Kielmanovich. CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - Comentado y Anotado - Tomo I - Art. 1 a 605. Buenos Aires, editorial Abeledo Perrot, 2006

³ A. Parise. “Imprescindible vínculo entre el secreto profesional del abogado y el principio fundamental de la buena fe”. Buenos Aires, Editorial Derecho, 2.004

⁴ Cit. por J. L. Kielmanovich. *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1996, p.241

⁵ Cám. Apelaciones. Civ Com de Bahía Blanca, Sala I, Noviembre 10 1981, Editorial Derecho, pp. 98-667.

do a ese abogado del deber de guardar secreto por parte de sus clientes, que son los únicos a quienes incumbe reserva. La situación se encuentra precisamente prevista en el art. 244 del Cód. Procesal Penal. Que tampoco existe impedimento para escuchar al profesional señalado por el derecho de abstenerse de declarar que asiste a quien es imputado en causa penal. Ya fuera que se lo convoque en esa condición con la consiguiente advertencia de su derecho a guardar silencio (conf. art. 296, cód. procesal penal), o bien si fuera citado como testigo obligado a declarar (conf. art. 240, cód. procesal penal) tiene que comparecer ante el juez. En el primer caso, la decisión de declarar o no le incumbe a él y no al juez. De esa manera se respeta el derecho de los coimputados de procurar elementos que favorezcan su descargo aunque el aporte de esos elementos, de todos modos, depende en última instancia de quien preste declaración”⁶.

El Cód de Ética que rige el ejercicio de la profesión en el ámbito de la Capital Federal, Tribunales Federales, como así también en el supuesto contemplado por el art 4 segundo párrafo de la ley 23.187; bajo el título “Deberes fundamentales inherentes al ejercicio de la abogacía” dispone bajo el art. 10 inc h) que el abogado debe oponerse ante los jueces u otra autoridad al relevamiento del secreto profesional, negándose a responder las preguntas que lo expongan a violarlo. El Cód de Ética que rige el ejercicio de la profesión en el ámbito de la Prov. De Bs. As sigue esta posición.

IV. CONCLUSIONES.

No se comparte, en este sentido, la interpretación que se hiciera del art. 444 CPCCN de que en audiencia privada y sin dejar constancia en acta pueda el juez interrogar al profesional para determinar per se si lo que resguarda encuadra en lo que entiende por “secreto profesional”. Quien escribe entiende que el secreto profesional del abogado es un instituto legal cuya naturaleza jurídica se encuentra en el principio general de la buena fe.

Es como tal una institución de origen moral pero de consecuencias legales puntuales. Previstas por el derecho positivo, por cuya violación, atenta a bienes jurídicos como: la imagen, la intimidad, el honor, el buen nombre, la libertad. Protegidos por normativas internas e internacionales y hace a los atributos de la persona física y jurídica. La afectación de estos produce un daño cierto, material, relevante y subsistente.

No podemos inclinarnos a favor de una excepción legal si el mismo secreto profesional es el instrumento que permite la defensa de derechos contenidos en la Constitución Nacional sobre la que juramos, desempeñarnos, profesionalmente.

V. BIBLIOGRAFÍA.

- A. Parise. “Imprescindible vínculo entre el secreto profesional del abogado y el principio fundamental de la buena fe”. Buenos Aires, Editorial Derecho, 2004
- J. L. Kielmanovich. Teoría de la Prueba y Medios Probatorios. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1996.
- Jorge L Kielmanovich. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación - Comentado y Anotado - Tomo I - Art. 1 a 605. Buenos Aires, editorial Abeledo Perrot, 2006.

⁶ “M., J. J. y otro s/ s/inf. art. 302 del cód. penal (causa nº 51.180)”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A, 2 de marzo 2.004, ED, pp. 208-447.

FORMACIÓN PROFESIONAL: CONOCIMIENTOS, COMPETENCIAS Y HABILIDADES NECESARIAS PARA EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LOS JÓVENES ABOGADOS

Dra. **MÓNICA GRACIELA TORRES**

COLEGIO DE ABOGADOS Y PROC. DE MENDOZA. 1ra. Circ. Jud.

SÍNTESIS DE LA PONENCIA:

En el presente trabajo abordaré la cuestión de la formación profesional de los jóvenes abogados, poniendo el foco de atención en el abogado como un ser integral. Destaco también la brecha existente entre la educación recibida en las aulas de la Facultad de Derecho y las nuevas competencias indispensables para poder ejercer la profesión en forma satisfactoria y efectiva dentro de un estricto marco ético. Estos desafíos, en el ámbito de la formación profesional, requieren que todas las dimensiones de las prácticas formativas, se revisen y se piensen desde su aporte y responsabilidad, en el logro de una completa formación en conocimientos, competencias y habilidades, para el ejercicio efectivo de la Abogacía, con calidad, pertinencia y equidad. Los abogados, las Facultades de Derecho, los Colegios de Abogados y demás instituciones formadoras, tenemos la responsabilidad de preparar a nuestros Jóvenes Abogados, para que tengan un futuro exitoso y que a su vez contribuyan a construir un mundo mejor para todos.

INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo abordare la cuestión de la formación profesional de los jóvenes abogados, poniendo el foco de atención en el abogado como un ser integral. Destaco también la brecha existente entre la educación recibida en las aulas de la Facultad de Derecho y las nuevas competencias indispensables para poder ejercer la profesión en forma satisfactoria y efectiva dentro de un estricto marco ético. Para ello es necesario tener en cuenta la superación del enfoque simple de las competencias profesionales, en virtud del cual, las mismas se entienden como cualidades aisladas, fundamentalmente cognitivas, hacia un enfoque personal y dinámico, cuya atención está centrada en el abogado, que pretende familiarizarse con aquellos conocimientos, habilidades y conductas, que le permitan alcanzar una actuación profesional valiosa y a su vez eficiente. Igualmente, se busca facilitarle las herramientas prácticas, que le permitan analizar y definir sus objetivos y dirigir su propia trayectoria profesional. La simple idea de que un profesional eficaz es aquel que posee conocimientos, que le posibilitan desempeñarse con éxito en la profesión específicamente, ha quedado atrás, sustituida por la comprensión de las competencias profesionales, como fenómenos complejos, que expresan las potencialidades, de la persona para orientar su actuación en el ejercicio de la Abogacía con iniciativa, flexibilidad y creatividad en diversos escenarios, a partir de la adquisición de conocimientos, habilidades y competencias que se expresan en un eficiente desempeño profesional. La UNESCO (Delors, 1996), ha expresado muy acertadamente :...” no basta saber y saber hacer, es necesario saber ser profesional”

CAMBIOS CULTURALES Y SU INCIDENCIA EN EL PROCESO DE ENSEÑANZA-APRENDIZAJE.

Para dar comienzo considero indispensable, analizar brevemente cuál es la relación entre cultura y educación. Entendemos por cultura el conjunto de reglas de conducta, ideas, valores, formas de comunicación y pautas de comportamiento, que fueron aprendidas, no innatas, que caracterizan a un grupo

social. Es decir todo lo que los seres humanos hemos sido capaces de crear, que no está en la naturaleza y que nos aporta el entorno de comportamiento, bajo cuya influencia nos desarrollamos como sujetos, y a cuya evolución contribuimos diariamente. Por su parte, la educación, suministrada primero por nuestra familia y luego, por las instituciones educativas, nos transmite las particularidades de nuestra cultura y debería darnos a todos la oportunidad de desarrollar nuestras competencias y habilidades.

El entorno cultural, en el que hoy estamos inmersos, es el del apogeo tecnológico, con su difusión masiva de la informática y los medios audiovisuales de comunicación, que habilitan nuevos canales de comunicacionales e inmensas fuentes de información, potentes instrumentos para el procesamiento de la información, nuevos valores y pautas de comportamiento social, nuevos símbolos, dinero electrónico, etc. Es en esa nueva cultura que se va configurando nuestra visión del mundo, nuestro comportamiento, que es muy diferente al de nuestros antecesores. Es esta nueva cultura la que modifica, el “qué aprender”, fundamentalmente el “cómo aprender” y, por ende, también produce cambios relevantes en la formación profesional de nuestros jóvenes abogados.

LAS FACULTADES DE DERECHO Y EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACIA

Si retrocedemos algunas décadas, veremos que un abogado sobresaliente era un profesional, con un gran conocimiento técnico especializado en un área específica del derecho. Podía ser un abogado independiente, un miembro del Poder Judicial o un abogado que se desempeñaba en relación de dependencia, pero su prestigio radicaba, casi exclusivamente, en el status que había logrado gracias a su conocimiento técnico especializado.

Es probable que si realizáramos una entrevista en el foro jurídico actual, los abogados no podrían negar la gran brecha que existe entre la formación académica recibida en las aulas de la Facultad de Derecho y las habilidades y competencias indispensables, para el desempeño satisfactorio del ejercicio profesional. Esta situación debería llamar la atención a quienes desempeñan actividades docentes en las Facultades de Derecho, puesto que no solo están enseñando Derecho, sino que, están formando a futuros abogados, para que puedan ejercer su profesión en distintas áreas de trabajo.

En consecuencia la función del docente en Derecho debe dejar de ser la de solamente dictar cátedra, mediante conferencias jurídicas principalmente teóricas, largas y monótonas, con escaso contenido práctico, para activar los mecanismos necesarios, que puedan inducir a que los estudiantes adquieran progresivamente las competencias y habilidades para la práctica futura de la Abogacía.

Este razonamiento conduce a que tanto los profesores como las mismas facultades de Derecho, estén obligadas a desarrollar procesos profundos que identifiquen las principales competencias que, siendo necesarias y útiles, puedan ser adquiridas y desarrolladas por los estudiantes mientras cursan la carrera en la facultad, lo que conducirá inexorablemente a la desaparición del sistema de cátedras, para dar paso a nuevos sistemas de enseñanza-aprendizaje en la carrera de Derecho: tales como: “Cursos de simulación”: en los cuales los estudiantes asumen el rol de abogados y realizan tareas en base a situaciones hipotéticas; “Clínicas Internas”: en ellas los estudiantes participan como abogados representando cliente reales bajo la supervisión de profesores; “Prácticas externas”: durante las mismas, los estudiantes participan como abogados representando clientes reales bajo la supervisión de abogados practicantes o jueces en su lugar de trabajo, entre otros.

De la misma manera que un docente, en la actualidad no es ni puede ser el poseedor absoluto y definitivo del saber, tampoco es el aula de la facultad, el único espacio formativo, esto hace que la preocupación ya no se circunscriba a la enseñanza y sus contenidos, sino al aprendizaje y sus procesos. Sin embargo, en lo que hace a la especificidad del proceso de enseñanza-aprendizaje, implica un desplazamiento muy importante: se trata de poner el foco en la persona como ser integral y dotarla de las competencias pertinentes, para ser gestoras de estrategias y de oportunidades.

Sin duda, este desafío no puede quedar en manos del espacio universitario, creemos que para mantener la excelencia profesional luego de la Facultad de Derecho, estas deberían trabajar en forma conjunta con los Colegios de Abogados, para asegurar que el desarrollo de las competencias, habilidades y valo-

res de la Abogacía, continúen desarrollándose, mas allá de los centros de educación, y se extiendan durante toda la vida profesional.

CONOCIMIENTOS, COMPETENCIAS Y HABILIDADES NECESARIAS EN LA ACTUALIDAD.

Sin pretender exponer en este trabajo los resultados de un análisis científico profundo respecto a conocimientos, competencias y habilidades que un abogado eficiente y valioso, debiera poseer, es probable que en este contexto sea conveniente señalar lo siguiente:

En primer lugar el hecho de que todo buen abogado debe poseer un suficiente conocimiento del Derecho que le permita resolver problemas relacionados con la elección de la norma legal, que se ha de aplicar en tal o cual situación, es este el conocimiento que le posibilita al abogado ubicar el problema de su cliente en el mapa general del derecho sustantivo. Esto exige que el abogado, no solo posea un conocimiento superficial de la norma, tampoco la memorización de la normativa legal, sino que el abogado sea capaz de conocer la norma de tal forma que pueda interpretar su contenido para poder aplicarlo a determinados supuestos de hecho o casos concretos.

Es necesario tener presente, que el valor profesional del abogado en nuestros tiempos, no reside exclusivamente, en su capacidad de conocer cuantitativamente las normas, sino en el conocimiento comprensivo de las mismas, de tal forma que el abogado pueda interpretar la norma y aplicarla a los sucesos fácticos sometidos a su patrocinio.

Sin embargo, ello tampoco es suficiente, puesto que en esta interpretación y aplicación de la norma, implica al abogado de una necesaria capacidad de análisis, que permita valorar un determinado hecho, generalmente presentado por los clientes que asisten a su estudio, en forma de relato con muchos acontecimientos particulares y circunstancias que carecen de relevancia jurídica, y que necesitan ser seleccionados y ordenados cuidadosamente por el abogado en función de los elementos que son importantes, para los efectos de la utilización de las normas jurídicas posiblemente aplicables.

Por estas razones, es imprescindible que el abogado aprenda a desarrollar un proceso analítico, que le permita interactuar con sus conocimientos del ordenamiento legal en cada caso concreto, es decir debe ser capaz de separar lo apropiado de lo inapropiado, descomponer el asunto en elementos manejables y examinarlo desde distintas perspectivas. En pocas palabras y, como habilidad necesaria, debe tener una profunda capacidad analítica.

Sin embargo, ni el conocimiento del derecho sustantivo, ni tampoco la capacidad de análisis, son suficientes para que los jóvenes abogados, puedan enfrentar el ejercicio de la profesión. A cada abogado se le exige además tener otra clase de habilidades, que están relacionadas con la ejecución de su actividad específica. Actualmente, un abogado efectivo esta comprometido a adquirir competencias y habilidades de trabajo básicas, tales como: el buscar y encontrar información, la capacidad de comunicarse en forma eficaz con sus clientes, argumentar a favor de su causa, conocer los medios de resolución pacífica de conflictos tales como la mediación y la negociación, poder establecer acuerdos, redactar documentos jurídicos, seleccionar adecuadamente elementos probatorios, producirlos, trabajar y dirigir equipos, poseer capacidad de liderazgo, desarrollar habilidades sociales, conocer las pautas de gestión del tiempo, generar soluciones efectivas, crear su marca personal, entre otras.

Tal como señaláramos en el punto anterior la Educación Legal, no puede quedar circunscripta al ámbito de las Facultades de Derecho. Y es aquí en donde los Colegios de Abogados desempeñan un rol de gran relevancia. Me gustaría citar a modo de ejemplo al Colegio de Abogados de Georgia (EEUU), a quien la Suprema Corte, en el año 2005, autorizo a esta institución para la creación del “Programa de Transición para Practica de la Ley”. Este interesante sistema de Educación Legal está destinado a asistir a los nuevos abogados en su transición de estudiantes a profesionales. El mismo combina mentores con cursos de formación profesional. El quid del programa es que los abogados jóvenes, luego de la admisión en la matrícula, cuentan con un mentor durante su primer año de ejercicio profesional. El propósito es que todo abogado que ingresa al ejercicio de la profesión sea entrenado en habilidades prácticas, de jui-

cio y sobre reglas éticas y valores profesionales.

Los prestigiosos Colegios de Abogados de nuestro país, deberían brindar - además de los cursos de formación que dictan en forma regular - “Programas de Entrenamiento para Noveles Abogados”, para ayudar a los egresados de las universidades, a disminuir la brecha existente entre la educación recibida en la facultad, y la realidad de la practica jurídica., como así también, para el reforzamiento progresivo de las competencias, habilidades y destrezas que de forma genérica el mercado laboral actual exige a los jóvenes abogados.

CONCLUSIÓN.

Estos desafíos, en el ámbito de la formación profesional, requieren que todas las dimensiones de las prácticas formativas, se revisen y se piensen desde su aporte y responsabilidad, en el logro de una completa formación en conocimientos, competencias y habilidades, para el ejercicio efectivo de la Abogacía, con calidad, pertinencia y equidad. Debemos usar todas las herramientas que tenemos a nuestro alcance, pensar y actuar con la debida anticipación, proyectándonos al futuro, detectando y creando oportunidades, para que nuestros planes se hagan realidad. Los abogados, las Facultades de Derecho, los Colegios de Abogados y demás instituciones formadoras, tenemos la responsabilidad de preparar a nuestros Jóvenes Abogados, para que tengan un futuro exitoso y que a su vez contribuyan a construir un mundo mejor para todos.

ÉTICA DEL ABOGADO-MEDIADOR

Dres. PEDRO MARTIN AUGE - ROSARIO MARCELA SÁNCHEZ

COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PLATA

SINTEISIS.

En primer término efectuamos un análisis general de la ética que rige las distintas profesiones, señalando los factores que contribuyen a la creación de la identidad de la profesión, ello es, factores que aseguran la competencia propia de esa profesión, como son la equiparabilidad en la formación de profesionales y la semejanza en los conocimientos y destrezas que ponen en juego, y los factores que garantizan la expectativa de una conducta profesional correcta, básicamente analizando los criterios profesionales con que se aplica la competencia y la uniformidad de la conducta ética.-En ese orden detallamos los principios básicos que debe contener un Código de Ética tales como –Respetar la dignidad, la igualdad y los derechos humanos, proceder siempre conforme a la justicia, poner los conocimientos y habilidades profesionales al servicio de los clientes, proceder siempre con conciencia y responsabilidad profesional. Seguidamente, mencionamos los principios que rigen la mediación en los Códigos de Ética de la Legislación Comparada, como se aplican esos principios en la práctica de la mediación, y finalmente analizamos cual es el rol de los colegios de abogados en la implementación de un Código de Ética que regule la conducta del Abogado-Mediador, para finalmente concluir que hoy los abogados tenemos una nueva función que socialmente debemos cumplir, los ciudadanos esperan una conducta basada en nuestra competencia, pero también que seamos probos, es nuestro deber cumplir adecuadamente con dicho rol para otorgar herramientas eficaces para abordar sus conflictos de forma adecuada a los intereses de las partes.

PRINCIPIOS GENERALES DE LA ÉTICA.

Los seres humanos cuando requerimos los servicios de un profesional, esperamos de él no solo competencia, es decir dominio de los conocimientos teóricos y prácticos propios de su profesión, sino también una utilización adecuada de la misma, es decir una conducta profesional ética.

Para evitar equívocos en la interpretación acerca de a qué nos estamos refiriendo y entender mejor los temas sería importante comenzar por definir el concepto de ética, así puede decirse de ella que en el lenguaje común se aplica a la conducta presuntamente libre y responsable de una persona, cuando esta conducta es juzgada por los demás como adecuada a un ser humano, como digna de alabanza y merecedora de imitación, como deseable en todos los seres humanos.

El lenguaje común refleja de esta forma una intuición social y un juicio humanamente muy valioso sobre el sentido moral de las personas y de las sociedades.

Pero además de los contenidos básicos y generales de los aspectos de la sociocultura, existe una disciplina filosófica que es la que se ocupa del estudio del aspecto ético de las profesiones estableciendo fundamentalmente principios válidos para orientar correctamente el comportamiento ético adecuado en una situación particular o regional, es así como nace el estudio de la ética profesional aplicada a la actividad que constituye su objeto.

Así la ética profesional se ocupa de estudiar y proponer los comportamientos correctos y las mejores soluciones a los dilemas y problemas éticos que pueden presentarse en el ejercicio de cada profesión, a la luz de los principios éticos y los criterios profesionales con origen en la ciencia o disciplina científica que ha de aplicar el profesional.

La ética profesional es entonces una disciplina filosófica científica que aspira a establecer criterios

que valgan de guía y conducta a seguir por el profesional en su trabajo habitual y ante los diversos dilemas éticos que pueden presentarse. Es decir aspira a establecer una guía o pauta para el comportamiento ético y una regla para proceder en circunstancias similares.

Ahora bien, aquí debemos hacer un paréntesis para ocuparnos de analizar como aparecen estas normas en muchas profesiones, ello es mediante un Código Deontológico de Conducta profesional, y aquí nos aparece un nuevo problema, que no es otro que el de definir que se entiende por deontología. Para Bentham considera que es un deber cuya fuerza no procede incondicionalmente de la propia persona sino del cálculo utilitarista de las ventajas de tal o cual manera de obrar, algo se debe hacer porque tiene más ventajas. De este modo la deontología se presenta como una disciplina científica que estudiando las ventajas de los comportamientos determina los deberes. En cambio Kant considera que el hombre es libre y es moral, el deber es un imperativo categórico que no está sometido a nada externo del hombre, considera que el deber solo se somete a una ley racional también autoimpuesta por el hombre y que se debe tratar a la humanidad en cada caso como un fin y no como un medio solamente.

Dependerá de cada Código Deontológico que postura asumirá, adelantando desde ya nuestra opinión, nos inclinamos por la aplicación de un código deontológico Kantiano, en el sentido de códigos de deberes que el profesional reconoce y asume desde su sentido del deber y desde su propia razón.

A la hora de definir un Código Deontológico deberán tenerse en cuenta las funciones sociales que los Códigos de Conducta profesional deben contener, por un lado la función reguladora de la licitud o ilicitud ética de los actos o conductas profesionales mediante la propuesta de algunos criterios o principios que regulen la actuación profesional en situaciones éticamente dilemáticas y por consiguiente su función de guía para los profesionales en su actuación.

Pero además deben contribuir a la creación de la identidad de la profesión, para ello se deberán tener en cuenta los factores que conforman la misma:

A.-Factores que aseguran la competencia propia de esa profesión, como son la equiparabilidad en la formación de profesionales y la semejanza en los conocimientos y destrezas que ponen en juego.

B.-Los factores que garantizan la expectativa de una conducta profesional correcta, básicamente los criterios profesionales con que se aplica la competencia y la uniformidad de la conducta ética.-

Los principios básicos que debe contener un Código de Ética son:

- 1.-RESPETAR LA DIGNIDAD, LA IGUALDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS.
- 2.-PROCEDER SIEMPRE CONFORME A LA JUSTICIA.
- 3.-PONER LOS CONOCIMIENTOS Y HABILIDADES PROFESIONALES AL SERVICIO DEL BIEN DE LOS CLIENTES.
- 4.-PROCEDER SIEMPRE CON CONCIENCIA Y RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.

PRINCIPIOS ETICOS DE LA PROFESION DE MEDIADOR EN LA LEGISLACION COMPARADA.

Refiriéndonos puntualmente a las normas de ética profesional de los mediadores y en el desarrollo del campo de la prevención, gestión y resolución alternativa de disputas, tanto los mismos profesionales, el público, como las otras profesiones y los niveles de supervisión y control de servicios se han preocupado por formular standares para la conducta ética en mediación. La motivación ha estado basada en la necesidad percibida de tener que educar al público consumidor de servicios para que pueda elegir un servicio ético; asegurar que los clientes reciban una atención digna de los standares seleccionados, y proteger la reputación de los mediadores éticos, separando su práctica de la de aquellos que no respeten las normas.

En la historia del desarrollo de la mediación en Estados Unidos, (Moore:1996) la preocupación mayor ha sido la de normatizar la práctica de los profesionales independientes. Por lo general, estas nor-

mas no son aplicables de la misma manera a aquellos mediadores que estén en relación de dependencia con una institución, por ejemplo la justicia.

El primer código de ética desarrollado por el gobierno, para el Servicio de Conciliación y Mediación Federal, mientras que el primer código para la práctica de mediación en general fue propuesto en el estado de Colorado. Después, en 1986, siguieron los modelos de práctica ética de la Asociación Americana de Arbitradores, La Asociación de Cortes de Familia, la Academia de Mediadores de Familia, la Sociedad de Profesionales en Resolución de Disputas y la Asociación Americana de Abogados, sección Familia. En su mayor parte, estas normas establecen que los mediadores tienen obligaciones éticas hacia las partes, hacia la profesión y hacia sí mismos. Deben ser honestos y sin prejuicios, actuar en buena fe, ser diligentes, y no buscar el avance de sus propios intereses al costo de los intereses de las partes.

Las mayores responsabilidades de los mediadores son:

1-Una obligación de permanecer imparcial y mantener "independencia de todo favoritismo o preferencia, ya sea de palabra o de actos, y un compromiso de servir todas las partes a diferencia de servir a una sola."

2-Asegurarse de obtener el consentimiento informado de las partes, para garantizar que ellas entiendan la "naturaleza del proceso, los procedimientos, el rol particular de la persona neutral, y la propia relación de las partes con el mediador."

3-Tiene que revelar los límites de su deber de confidencialidad, y un compromiso de mantener secreto de lo oído.

4-Evitar conflictos de interés, o la mera apariencia de ellos.

5-Implementar el proceso en el tiempo debido.

6-Asistir a las partes en un proceso que puedan percibir como propio y un acuerdo que van a sostener como suyo propio, y en el cual el neutral "no tiene ningún interés encubierto."

En casos especiales, se espera que el neutral sepa considerar y poner a consideración de las partes los intereses de partes que no están representadas en la mesa de negociación, pero que deben ser incluidas.

También es importante que el mediador acepte solamente aquellos casos para los cuales esté preparado, en términos de conocer tanto el procedimiento como la sustancia del caso; que esté siempre aumentando su capacidad profesional y que ayude a los nuevos profesionales en el campo de la resolución de disputas.

Se requiere de los mediadores que planteen al principio del proceso cual es la base para su compensación u honorario. No se debe recibir compensaciones monetarias por la derivación de clientes a la mediación. Cuando hay varios mediadores involucrados, deben mantenerse al tanto con la información necesaria y tratarse con cordialidad. Se puede hacer alguna publicidad de los servicios de mediación ofrecidos, pero no se puede prometer ningún resultado a ninguno de los lados.

Es imposible tener reglas para todos los casos, y hay veces en que inevitablemente se encuentra alguna tensión. Esto es por que hay dos criterios que están oponiéndose, donde si uno es respetado, el otro debe ceder. Si un mediador se atiene a la confidencialidad mas estricta, entonces no podría proteger a partes no representadas de algunos riesgos. Estas dudas tienen que ser resueltas privadamente aplicando el buen juicio.

Todavía no hay medios, haya o no un comité de ética, para imponer una evaluación y castigo a un

profesional actuando de manera antiética. En los Estados Unidos ha habido muy pocos casos de violación de la ética en la mediación llevados a la justicia, y han sido resueltos mayormente en favor del mediador.

INTERVENCION PRÁCTICA DEL MEDIADOR.

Toda conducta humana esta motivada por la selección de intereses y valores. Siempre que hay una conducta, hay que suponer que se han tomado previamente decisiones basadas en criterios de valor o utilidad, y estas decisiones afectaran inevitablemente en el futuro a la configuración de poder de los sistemas sociales envueltos.

Al llegar las partes a la mediación, por estar envueltas en el conflicto creado, ya han movilizad sus apreciaciones éticas acerca de que es justo o injusto en la situación que les preocupa, y en base a eso han tomado posiciones.

Es en estas situaciones donde hay que preguntarse por el impacto ético de la intervención mediadora. La ética trata de investigar estos criterios, a veces inconscientes, y clarificarlos adecuadamente para que puedan ser aplicados de manera consistente en la evaluación de la conducta propia.

El impacto indudable del mediador se fundamenta en su poder proveniente de atributos personales, organizacionales, u originados en la situación específica. Aun cuando pretenda ser totalmente neutral, esto es imposible, ya que no es inexistente, y algún impacto deseado o no deseado tendrá. Dentro de este marco, la pregunta ética aparece: que tipo de rol deseamos para el mediador? para quienes? para que procesos, y con que finalidad?

La ética del mediador se evalúa estudiando la respuesta a las siguientes preguntas: qué tipo de criterios lo llevaron a seleccionar un tipo determinado de intervención? a tomar decisiones, a lo largo de sus intervenciones?

Estamos encuadrando las decisiones tomadas por el mediador a lo largo del proceso como generadas dentro de un marco más amplio, que es el conjunto de valores, supuestos básicos y filosofías acerca de la conducta humana, que la persona se ha formado a lo largo de su desarrollo. No hay conductas por que sí, todas provienen aunque sea de manera rutinaria u obscura, de cierto procesamiento de información hecho en base a preferencias y valores.

El propósito de la intervención es ayudar a la solución, sin fijarse en cual es el tipo de ayuda ofrecido: puede ser conseguir paz entre las partes; resolver el conflicto; o reforzar el poder de ambas partes para enfocar mejor el desacuerdo, o mejorar el proceso de toma de decisiones mientras se trata de resolver el diferendo. Cualquiera sea el caso, el mediador tiene limites que definen cuales son los resultados aceptables de su intervención. Un mediador profesional no puede aceptar una situación en la cual cada intervención acabe en un impasse, un resultado de tipo ganar/perder o violencia entre las partes.

ROL DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS EN EL DISEÑO DE NORMAS ETICAS PARA EL ABOGADO-MEDIADOR.

Ante el reciente dictado de la ley de la mediación en la Provincia de Buenos Aires, teniendo en cuenta la función que se le otorga al mediador prejudicial, los colegios de abogados han asumido un rol protagonista en la implementación adecuada de dicha normativa. Por ello es que se está desarrollando el primero de los factores que se debe tener en cuenta para formar personas éticamente idóneas, ello es la equiparabilidad en la formación de profesionales y la semejanza en los conocimientos y destrezas que ponen en juego, por ello es que se ha unificado tanto en sus contenidos como en la forma de desarrollarlo un Programa de Formación de Mediadores en toda la Provincia de Buenos Aires.

Ahora resta establecer los factores que garanticen la expectativa de una conducta profesional correc-

ta, básicamente determinando criterios profesionales con que se aplica la competencia y la uniformidad de la conducta ética. En virtud de ello proponemos que dada la particularidad del mediador en esta instancia prejudicial, que debe indefectiblemente ser abogado, que a los principios rectores establecidos en las normas éticas del abogado(ley 5177) se le deben incorporar los aspectos puntuales de mediación normados en la ley 13.951.

En ese orden entendemos que se debiera crear una Comisión de Etica con integrantes mediadores que puedan tener la técnica y ciencia suficiente para analizar las conductas de estos mediadores dentro de las circunstancias particulares y a la luz de los principios específicos que rigen esta disciplina.

CONCLUSION:

Hoy los abogados tenemos una nueva función que socialmente debemos cumplir, los ciudadanos esperan una conducta basada en nuestra competencia, pero también que seamos probos, es nuestro deber cumplir adecuadamente con dicho rol para otorgar herramientas eficaces para abordar sus conflictos de forma adecuada a los intereses de las partes. Entendemos que es un gran desafío y que debemos desde nuestro rol esencial de abogados ser éticamente correctos a la hora de desempeñar nuestro rol de mediador, haciendo honor a la frase sostenida por nuestro maestro Angel Ossorio “La Abogacía no se cimenta en la lucidez del ingenio, sino en la rectitud de la conciencia”.

BIBLIOGRAFIA:

- OSSORIO ANGEL, EL ALMA DE LA TOGA.
- FEMENIA NORA, UN MARCO ETICO TEÓRICO PARA ENCUADRAR LA MEDIACION
- .COBO SUERO, JUAN MANUEL. ETICA PROFESIONAL EN CIENCIAS HUMANAS Y SOCIALES.
- LEY DE ETICA PROFESIONAL DEL ABOGADO.
- LEY DE MEDIACION DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

APRENDIZAJE–SERVICIO SOLIDARIO PARA LA CARRERA DE ABOGACÍA. EL DESAFÍO DE APRENDER CON COMPROMISO SOCIAL

Dra. **MARÍA ALEJANDRA PASQUET**
COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS DE C. F. EDERAL

RESUMEN

Se considera que un estudiante de la Carrera de Abogacía aprende la ciencia que lo convoca y las habilidades y destrezas necesarias para el ejercicio de la profesión, dentro de un contexto relevante, cuando logra demostrar competencias prevalentes ante la instancia de evaluación.

La relación enseñanza aprendizaje involucra a dos sujetos que interactúan en un espacio artificial o de laboratorio, llamado Universidad. Pero para que el saber que adquiere sea significativo debe ampliar ese “espacio” a la comunidad o región con experiencias concretas y donde la actividad de docencia, investigación y extensión deje de ceñirse al concepto tradicional de “Academia” dejando paso al proyecto que conjugue la intencionalidad pedagógica con la intencionalidad solidaria.

1.- LA MISIÓN DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR:

Actualmente puede aseverarse que la Universidad tiene una Misión institucional y una misión social.

La Institucional se caracteriza por abarcar tres áreas: docencia, investigación y extensión (y en ese orden).

Mientras que la Social, excede el marco académico para dar lugar a un cometido general que posiciona a ésta con un rol protagónico en el escenario de la comunidad regional, nacional e internacional. Esta subjetivización le atribuirá en un corto y mediano plazo una nueva función que derivará en la Responsabilidad Social Universitaria (RSU). Se trata de que el “*El templo del conocimiento*” brinde a los distintos sectores sociales una respuesta a sus demandas y necesidades.

Sin embargo, ambas misiones lejos de ser excluyentes entre sí se retroalimentan para conformar una unidad de acción.

Así, podemos aseverar que la Universidad debe promover una filosofía de reconocimiento de la creación y transmisión del conocimiento como acto responsable, asumiendo el compromiso de impulsar el avance de la ciencia sin poner en riesgo la autosustentabilidad de la vida.

Pero para cumplir con este deber, todo esfuerzo de desarrollo científico-tecnológico debe estar dirigido a la efectividad de los resultados y la misma tendrá como primer objetivo contribuir a la solución de problemas sociales. Con ello, se pretende que la Universidad en tanto miembro del sistema de educación superior promueva la reflexión sobre la pertinencia de la formación de grado y postgrado orientando su foco de atención a los nuevos paradigmas y generando vínculos entre el mundo del trabajo y el contexto social y sus necesidades.

Cuando hablamos de la acción de producir y transferir conocimientos, apuntamos a las actividades derivadas de la docencia, la investigación y la extensión que proyectan beneficios a la sociedad incrementando la generación de bienes, servicios y en definitiva de una “cultura” en sentido amplio.

2.-TENDENCIAS DE LAS ÚLTIMAS CONFERENCIAS INTERNACIONALES.

En línea con la Conferencia Mundial de Educación Superior (1998), la Conferencia Regional de La Habana (1996) y a la Reforma de Córdoba (1918) se percibe en el ámbito Internacional, una consolida-

ción de los principios sostenidos en materia de autonomía universitaria, cogobierno, acceso universal y compromiso con la sociedad.

En orden a ello, la *Declaración de la Conferencia Regional de la Educación Superior en América Latina y el Caribe –CRES 2008* sostuvo que “*La Educación Superior es un bien público social, un derecho humano y universal y un deber del Estado. Esta es la convicción y la base para el papel estratégico que debe jugar en los procesos de desarrollo sustentable de los países de la región*”

Dentro del marco de esas políticas, la Educación Superior debe apuntar a promover el establecimiento y consolidación de alianzas estratégicas entre gobiernos, sector productivo, organizaciones de la sociedad civil e instituciones vinculadas a la educación terciaria y universitaria.

La educación científica debe guardar vinculación con el desarrollo integral sustentable. Las estrategias nacionales, regionales e institucionales deben estar encaminadas fundamentalmente a conseguir una transformación de los modelos de relación entre los grupos de investigación y extensión académica y los usuarios del conocimiento, sean estos empresas de producción, servicios públicos o privados y comunidades, de modo que la necesidades sociales y productivas se articulen con las capacidades académicas, conformando líneas de investigación prioritarias.

Continuando con las declaraciones internacionales es dable mencionar la *Conferencia Mundial de Educación Superior 2009 “La Nueva Dinámica de a Educación Superior y la búsqueda del cambio social y el Desarrollo”*, llevada a cabo en la sede de la UNESCO en París. En el encuentro señalado se decretó que en “*En ningún momento en la historia ha sido más importante invertir en la educación superior como una fuerza importante en la construcción de una sociedad del conocimiento y la diversidad; el promover la investigación, la innovación y la creatividad.*”

En torno a la responsabilidad social que le incumbe a las Universidades, a través de sus funciones principales (docencia, investigación y proyección social) dentro del marco de la autonomía y la libertad académica –también se indicó- las mismas deben propender hacia la interdisciplinariedad e impulsar el pensamiento crítico, respetando la ética y los valores democráticos.

A pesar que durante los últimos 10 años se realizaron esfuerzos para superar los obstáculos para el acceso a la Educación Superior y avalar la equidad, es necesario realizar un esfuerzo mayor: las Universidades deben asegurar el éxito en el aprendizaje.

Respecto de la cooperación internacional, también se resolvió en esa oportunidad, que la Educación Superior debe basarse en los principios de la solidaridad, el respeto mutuo, la promoción de los valores humanistas y el diálogo intercultural. Las redes internacionales de Universidades y la Asociaciones son parte de esta convección, ya que ayudan a optimizar el entendimiento conjunto y forjar una cultura de paz.

Al interior de la región o de las naciones, la Educación Superior debe crear asociaciones mutuamente beneficiosas con las comunidades y la sociedad civil para lograr el óptimo intercambio y la transmisión del conocimiento.

¹*Llamado a la acción: UNESCO. En el contexto de un progreso significativo hacia el logro de la enseñanza primaria universal, la UNESCO debe reafirmar la prioridad de la educación superior en sus futuros programas y presupuestos*” en cumplimiento de de sus cinco funciones como laboratorio de ideas, catalizador de la cooperación internacional, normativas, creación de capacidades y centro de intercambio de información.

3.-APRENDIZAJE Y SERVICIO SOLIDARIO EN LA CARRERA DE ABOGACÍA.

El aprendizaje en la carrera de Abogacía no se circunscribe a la asistencia a clases magistrales ni a las prácticas de laboratorio o al análisis de casos concretos con datos extraídos de la realidad con la finalidad de acreditar conocimientos básicos en la instancia de evaluación.

¹ UNESCO. Comunicado Final. 05-08 de Julio de 2009. Paris- Francia

El alumno, genera así una visión parcializada de la realidad con la cual debe enfrentarse una vez obtenida la titulación de grado, por cuando la acumulación de saberes aprendidos a fuerza de memorizar o razonar sesgadamente no resulta suficiente para incorporarse con competencias adecuadas en el mercado laboral.

A raíz de esta carencia, que se manifiesta a través de la falta de habilidades apropiadas para ejercer la profesión y los crecientes casos de denuncias de mala praxis profesional es que se propone cambiar la cardenalización de la enseñanza del derecho (antes centralizada en la episteme) dirigiendo la mirada hacia el Perfil Profesional y Académico, las habilidades y las competencias prevalentes, propiciando un cambio donde el aprendizaje de las disciplinas que conforman el plexo curricular de la carrera de abogacía se realice de modo integrado, a través de equipos de trabajo solidarios y cooperativos.

En las postrimerías del siglo pasado se generó una idea que logra su reciente consolidación promediando la primera decena del actual, respecto de las responsabilidades bajo las cuales se halla sujeto el profesional universitario (graduado de una Universidad o Instituto de Enseñanza Superior).

Así, decimos que el abogado, en el caso que nos interesa en este trabajo tiene una doble responsabilidad profesional: social e individual.

Social por cuanto el profesional no puede ser ajeno a las problemáticas sociales de la región y de la sociedad globalizada.

Individual por las razones que involucran la ética, la moral y el ejercicio adecuado de la profesión. De modo que el abogado tendrá que responder ante el consumidor de su servicio por su actuación frente al conflicto planteado.

Volviendo a la responsabilidad social, es importante subrayar que en este punto se produce una destacada conexión con la Misión que tiene la Universidad (entendida como uno de los actores sociales más aventajados del escenario de la Educación, ya que con ella, culmina el ciclo de aprendizaje formal).

La Misión de una Universidad, en una apreciación genérica, puede resumirse en “brindar respuesta a las demandas sociales” y a colación de ello transcribimos que *“La Educación superior debe reforzar sus funciones de servicio a la sociedad, y más concretamente sus actividades encaminadas a erradicar la pobreza, la intolerancia, la violencia, el analfabetismo, el hambre, el deterioro del medio ambiente y las enfermedades, principalmente mediante un planeamiento interdisciplinario y transdisciplinario para analizar los problemas y las cuestiones planteadas.”* (Declaración Mundial sobre Educación Superior en el Siglo XXI de la UNESCO, París, 1998)

¿Cómo logra la Universidad, sin dejar de lado el conocimiento científico, ensamblar y equilibrar las variables sociales y los requerimientos profesionales?

¿Es factible que la docencia, la investigación y la extensión (áreas constitutivas de la estructura universitaria) coadyuven a encontrar la solución a los problemas prioritarios de la sociedad sin resignar la excelencia académica?

¿Es posible que el estudiante apropie los conocimientos, habilidades y competencias básicas para lograr incorporarse eficientemente en el mercado laboral conjugando la responsabilidad social con la individual?

La primera expresión de la responsabilidad social de la Universidad se manifestó a través de actividades de “extensión” que incentivaban el desarrollo de acciones sociales no vinculadas con la función académica y tuvieron distintas versiones: se la denominó voluntariado, promoción social, desarrollo de capital social, pasantías.

En ese marco, la única forma posible de docencia era aquella que transmitía el conocimiento generado por la comunidad científica. En el mejor de los casos, los graduados podían realizar sus prácticas pre profesionales al culminar la carrera en lugares protegidos: el hospital escuela, el laboratorio de una industria química.

La idea era mantener aséptica el área académica, desvinculando la docencia de la extensión que se percibía como un puente hacia la ayuda comunitaria.

Cambia el eje de la cuestión cuando comienza a observarse en las postrimerías del siglo pasado cuando la Educación comienza a tener un protagonismo social en orden a sustentar necesidades primarias. Las escuelas comienzan a “mediar” en la cuestión social: comedores escolares, centros asistenciales de atención primaria o para vacunación o información sanitaria.

Respecto de la Educación Superior, ésta pasa a atender demandas de variada índole.

Algunas Universidades de Gestión Privada y Gestión Pública (como consecuencia de la desfinanciación) comienzan a atender necesidades de sectores de la producción y servicios a través de asesoramientos y consultorías.

² *En este modelo, la investigación y la extensión se orientan en función de la demanda, y el motor para la producción del conocimiento ya no está en la agenda propia de cada disciplina científica, sino en la demanda que viene de la sociedad (“Demand Pull”), y especialmente de quienes financian las investigaciones. La extensión pasa de ser el espacio de actividades de asistencia social y difusión cultural para convertirse primariamente en un ámbito de venta de servicios: surgen iniciativas de extensión que generan recursos, que asesoran empresas, que ya no tiene “beneficiarios” sino “clientes”.*

¿Cómo se logra integrar la responsabilidad social universitaria y el aprendizaje servicio y las prácticas pre profesionales?

Los estudiantes de abogacía necesitan para intervenir a través de actos profesionales en el contexto relevante (campo de acción de su incumbencia profesional) de modo responsable tanto individual como social, **un aprendizaje** que debe brindarlo la misma Universidad que es quien tiene el objetivo a su cargo.

Es factible que las Instituciones se orienten a la solución de los problemas prioritarios de la sociedad sin renunciar la excelencia académica.

El paradigma que la Universidad “trabaja para” la sociedad cambió para sentirse que la Universidad se reconoce como “parte de” la comunidad, ella ya no es ni destinataria ni consumidora de un servicio o producto sino como un espacio de articulación que, con intencionalidad pedagógica se aprende, se investiga y se hace extensión.

³ “El *aprendizaje-servicio* podría definirse en primera instancia, como una metodología de enseñanza y aprendizaje mediante la cual los jóvenes desarrollan sus conocimientos y competencias a través de una práctica de servicio a la comunidad.”(Tapia, 2000) Se trata de sostener simultáneamente dos intencionalidades: la intencionalidad *pedagógica*, mejorando la calidad de los aprendizajes en tanto se articula teoría y práctica, y la intencionalidad *solidaria* de ofrecer una respuesta participativa a una necesidad social.

Antecedentes:

⁴ Los principales antecedentes de de la *Pedagogía del Aprendizaje-servicio* son:

-México: la creación del “Servicio social” en las Universidades (ppios. S.XX) Constitución de 1910, reglamentado en 1945, impone la obligación de los estudiantes universitarios de cumplir entre 100 y 300 hs. de SS como requisito de graduación (si bien no todas estas prácticas significan proyectos de Ap/S. en sentido estricto; pero es un buen antecedente)

-EE. UU.: Willam James (filos.; Psicol. e inspirador del pacifismo moderno), publicaba en 1910 “*El equivalente moral de la guerra*”, si bien la condena, considera que el servicio militar obligatorio formó jóvenes en valores (deseo de servir a la patria, el sentido de pertenencia y cooperación), haciendo un

² María Blanca Nieves Tapia. “Aprendizaje y servicio solidario en la Educación Superior” 2005

³ “La Solidaridad como Pedagogía. El aprendizaje –servicio en Argentina y América Latina.” María Nieves Tapia. 2005.

⁴ “Aprendizaje y servicio Solidario en Educación Superior” Lic. Silvia Alvarez. 2010

parangón, postula un “servicio social” para que los jóvenes presten un servicio valioso a la sociedad. Antecedente norteamericano de diversas formas de servicio juvenil y de voluntariado, directos antecedentes del Ap/S en EE UU.

-Sudáfrica: fines del S XIX y pros. años S XX, el abogado indio Mohandas Ghandi (30 años) comenzó con sus primera resistencia pacífica al apartheid

-Tanto el pensamiento de James como el de Ghandi, convergieron en los años’60 en movimientos sociales que dieron origen al aprendizaje-servicio-

-A partir de las décadas del ‘70 al ‘90 la “*pedagogía del aprendizaje-servicio*” se fue difundiendo a nivel internacional.

-A partir de 1990 comenzó a diversificarse en sus prácticas y lenguajes.

-En los últimos 30 años creció enormemente el N° de programas gubernamentales, no-gubernamentales, de la sociedad civil y de los centros académicos.

-En la última década (1989 en más) una rápida expansión de redes de colaboración entre ellos, definiendo un nuevo e incipiente campo de investigación y acción.

-En octubre de 2005 se fundó la “*Red Iberoamericana de Aprendizaje-servicio*”, compuesta por 11 países de AL: EE UU y España.

*Los antecedentes en Educación Superior:

-**México:** pionero del servicio estudiantil universitario en AL.

-**1975 Costa Rica** exigió para graduarse el Trabajo Comunal Universitario (TCU), hasta ahora el más destacado exponente de Aprendizaje-Servicio en la Educación Superior Latinoamericana.

-También gran N° de instituciones de AL están introduciendo el Ap/S como parte del proyecto Pedagógico Institucional; es el caso de la U. Central de **Venezuela**, la U. C. de **Chile** y de **Perú**

-**Brasil** se destaca UNISOL (Universidad Solidaria) y Alianza Brasil Universitario.

-Colombia: la organización “*Opción Colombia*” promueve que estudiantes universitarios avanzados realicen durante seis meses una práctica profesional solidaria en localidades rurales y altamente vulnerables; participan + de 20 universidades estatales y privadas. Este modelo se está difundiendo a través de la “*Opción Latinoamérica*” y de otras versiones nacionales como la “*Opción Venezuela*”.

-En los IFD se incorpora el Ap/S como parte de los programas de estudio y como parte de los espacios de las prácticas de enseñanza.

Modelos de experiencias educativas:

María Nieves Tapia menciona cuatro tipos:

1.Salidas a la comunidad con intención prioritariamente académica: practicas pre profesionales (adjuntamos modelo para la carrera de Abogacía), trabajos de campo, pasantías, investigaciones en terreno, programa de ABP (aprendizaje basado en problemas). Actividades que permiten aplicar y desarrollar habilidades, conocimientos y estrategias en el campo relevante. El estudiante es el destinatario de la actividad, para que ente en sinergia con lo que “vendrá” una vez graduado.

2.Iniciativas solidarias asistemáticas: tiene una intencionalidad puramente solidaria. Son actividades asiladas y se consolidan ante determinadas situaciones: campañas de vacunación, recolección de útiles escolares ante el comienzo de clases, campañas contra determinadas afecciones. La destinataria es la comunidad, región o población afectada o que posiblemente pueda resultar afectada. Se atiende una necesidad específica.

3.Extensión, voluntariado y servicio comunitario institucional: Son actividades que surgen de la misma Universidad en orden a su compromiso con la sociedad o la región. Se promocionan actividades solidarias y de participación ciudadana. Responde a programa de Responsabilidad Social Universitaria.

4. Aprendizaje-servicio: Hablamos de “**Aprendizaje y Servicio**” cuando se da la intersección de dos intencionalidades: es decir, cuando en el *desarrollo de un proyecto están presentes en forma simultánea la intencionalidad pedagógica y la intencionalidad solidaria*. Este concepto es clave para comprender la importancia y el alcance de este sistema de enseñanza –aprendizaje. La docencia y la investigación científica se desarrollan en el terreno de la comunidad, se integran con la extensión. Se aprende en la comunidad y de la comunidad, y de ese aprendizaje surgen nuevas líneas de investigación y nuevos desarrollos curriculares. Hablamos de proyectos, donde no se trata de aprender, de promover aprendizajes adentro del aula, del laboratorio, que corresponde a una tarea tradicional y clásica de la Universidad. Tiene que aprender porque hay una tarea para cumplir. Se trata de que los alumnos necesitan aprender para impulsar las actividades relacionadas con este aprendizaje afuera del aula, es decir, que de algún modo hay una recursividad, se invierte la secuencia clásica de la escuela. Y en ese sentido, esa inminencia de lo que va a pasar cuando se termine la carrera está un poco adelantada, ya no es sólo la promesa de lo que vas a hacer en el futuro, lo hace hoy. (Silvia Álvarez – 2009-)

CENTRO DE ORIENTACIÓN ABIERTO y PRACTICA PRE PROFESIONAL ASISTIDA. DOS MODELOS DE APRENDIZAJE SERVICIO SOLIDARIO EN ABOGACÍA

COA: Centro de Orientación Abierto:

A mediados de año 2003 surge entre un conjunto de docentes de la Carrera de Abogacía (UAI) la idea de formar un centro de orientación abierto a la comunidad.

Este centro funciona como un Programa donde converge la actividad de Docencia, Investigación y Extensión.

En él se desarrollan actividades dentro de la Universidad durante un horario y día prefijado que consisten en la atención y orientación (no asesoramiento) de personas que se encuentran frente a problemáticas jurídico-sociales y desconocen las vías de acceso para la solución de sus problemas. Los alumnos con la asistencia de alguno de los docentes responsable del Programa participan de la escucha de la problemática y de la orientación. Luego se realiza un ateneo donde el docente que supervisa indaga y evalúa a los alumnos sobre los contenidos epistémicos y las habilidades y estrategias respecto de la posible solución de la situación planteada y debaten las posibles soluciones. (Esta es una actividad que corresponde al área de Docencia).

En un caso en particular y derivado de una situación de contaminación de aguas, la situación que presentó el interesado derivó en una investigación y puntualmente se realizó una actividad de extensión donde se convocó a varios actores sociales involucrados.

En el caso del COA la docencia y la investigación científica se desarrollan en el terreno de la comunidad, se integran con la extensión. Se aprende “en” la comunidad y “de” la comunidad.

PRACTICA PRE PROFESIONAL ASISTIDA:

Reglamento para la práctica profesional asistida en la carrera de Abogacía

- 1 .La práctica profesional asistida tiene asignadas **110 horas**.
2. Será condición haber cumplido con la práctica profesional asistida, para presentar el trabajo final de carrera.
3. Esta práctica estará asistida y supervisada por un profesor de la carrera designado a tal efecto. La constatación de las destrezas y habilidades requeridas en los estudiantes para la adquisición de competencias profesionales quedará registrada en el informe final a presentar. El mismo será refrendado en forma escrita por el docente interviniente y por el estudiante en cuestión. En caso de la Opción A por el referente de la Empresa / Estudio/Organismo.

4. Las opciones de cursado de la práctica profesional asistida en la Empresa/ Estudio/ Organismo son:

4.1. Opción A:

A través de convenios con (lugar de la práctica), ya sea por prácticas, por pasantías o por convenios con empleadores en casos donde los alumnos estén realizando empleos profesionales. En todas las situaciones los alumnos deberán demostrar a través de las diversas tareas realizadas, el conocimiento o pericia requerida para cumplimentar los objetivos de la Práctica Profesional Asistida.

Se designará un referente en la empresa/estudio/organismo, quien será el responsable de describir las actividades desarrolladas y los resultados obtenidos de las mismas, referidas a la práctica profesional asistida realizada por el alumno.

4.2. Opción B:

Podrá acreditarse la práctica profesional asistida, mediante la participación del alumno en proyectos concretos de extensión de aporte comunitario realizados por la Facultad. El profesor interviniente será el responsable de describir las actividades desarrolladas y los resultados obtenidos de las mismas, referidas a la práctica profesional asistida realizada por el alumno.

5. La práctica profesional asistida, es un espacio académico curricular, el cual será acreditado una vez cumplidos los requisitos previstos en este reglamento.

ÉTICA PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS: VALOR MORAL PERDIDO?

Dr. ALBERTO VILLALBA

COLEGIO DE ABOGADOS DE MENDOZA 1ª CIRC.JUD.

En los últimos 30 años, en el mundo y en especial, en la Argentina se han vivido numerosas crisis políticas, financieras y económicas (las cuales debido al fenómeno de la globalización) han hecho sentir sus efectos, en mayor o menor medida, hasta en los más remotos confines de la sociedad.

Estas crisis, han hecho que el hombre se replantee numerosos esquemas de valores sociales, económicos, políticos y éticos. El sólo hecho de repasar las portadas de los diarios que hablan de inflación, desempleo, injusticia, delitos, nos hace encontrar con la cruel verdad que la realidad social obliga a los individuos a adaptarse y a tratar de estar preparados para una verdadera “lucha por la supervivencia”.

Estos hechos de la realidad cotidiana han impulsado, sin lugar a dudas, a los jóvenes en edad de ingresar a la universidad a tratar de buscar su carrera dentro de aquellas que les proporcionen mayores elementos de “lucha”(mayor amplitud de campo laboral, conocimientos que se conviertan en herramientas para no ser víctima de abusos contractuales, estafas, y permiten salvaguardar o garantizar el goce de nuestros numerosos derechos, entre otras cosas) por ello ha habido un aumento de la oferta educativa universitaria (por lo menos, así se ha dado en la Provincia de Mendoza) en dónde de existir solamente dos facultades de derecho prestigiadas se han instalado otras cuatro reduciendo el número de años de cursado y el número de materias a rendir y el nivel de exigencia y volviéndose la educación universitaria un comercio y desprestigiando a educadores y educandos de dichas casas de estudio lo que se hace extensivo a los profesionales egresados de las mismas.

Ha aumentado, por el crecimiento vegetativo de la población y por la menor exigencia antes mencionada, el número de profesionales del derecho que juran mes a mes, quintuplicándose en los últimos diez años y duplicándose el número de matriculados en el mismo lapso (cifras de la Provincia de Mendoza).

Ello conlleva a que la plaza local se encuentre saturada de abogados, al efecto fila, y a una competencia que se va volviendo cada vez más desleal y descarnada. Por ej: Se publican avisos clasificados en la sección de empleos ofrecidos promocionando estudios jurídicos que otorgan la primera consulta gratuita, si uno tiene la desgracia de ser víctima o participe de un accidente vial tiene que saber que va a ser visitado en la primer semana de acaecido el hecho por no menos de una decena de “tarjeteros” o como otros con más imaginación han optado en llamarse “asesores de siniestros viales” que representan a abogados que tienen los medios para “hacer firmar a los muertos” o “comprar vía cesión de derechos las acciones indemnizatorias por un diez o veinte por ciento del monto real a cobrar luego de un proceso judicial”.

Entre otras numerosas prácticas desleales he podido personalmente observar éstas, volviéndose cada vez más notoria socialmente una desconfianza generalizada hacia los abogados, con la creencia de que todos tenemos elevadísimos ingresos en gran parte malhabidos debido a elucubraciones de las que participen magistrados, políticos, empleados públicos y judiciales, y de cualquier repartición pública y a las que los abogados tienen acceso por su saber específico.

Es de interés de todos los abogados y de todos los Colegios de Abogados del país, creo, empezar a pensar acciones destinadas a encarrilar en el sentido correcto ese pensamiento generalizado de la población lega, empezando por ejercer el control de la matrícula de forma efectiva, por ej:- a través de un “examen de barra” nivelatorio que se vuelva requisito ineludible de matriculación para ejercer la profesión.

-o de la redacción y sanción de una ley que imponga el *numerus clausus* que impida el crecimiento

irracional del número de profesionales y que tenga una relación directamente proporcional con la población y con los colegas que fallecen o se jubilan.

-o de la elaboración de una ley nacional que tipifique delitos específicos cometidos por abogados que ejerzan mediante prácticas desleales como las precedentemente ejemplificadas ya sea estableciendo penas privativas de la libertad como multas pecuniarias que son la única forma de sancionar realmente a quienes estando suspendidos en la matrícula contratan a un “junior” y siguen ejerciendo dichas prácticas desleales y contrarias a la ética a través de interpósita persona y que su único objeto es “ganar dinero a como de lugar” sin importar en desmedro de quién o de qué lo haga.

- otra solución puede ser seguir el ejemplo de países como Francia o Inglaterra en los que el profesional novel puede empezar ejerciendo en la Justicia de Paz o de asuntos de menor cuantía, dada una determinada antigüedad pueden comenzar a litigar en asuntos atinentes a la Justicia Civil, posteriormente pueden actuar frente a las Cámaras de Apelaciones y recién supongamos de diez años de antigüedad en la matrícula pueden llegar a la Corte Suprema o Máximo Tribunal de Casación.

Volviendo al tema de la Ética Profesional en la Abogacía, insisto en que creo que depende de los abogados y de los Colegios y Asociaciones de Abogados hacer que la mirada de la sociedad cambie respecto de la ciencia y el arte de dispensar justicia y de colaborar activamente en esa labor, que es la función primordial de los letrados y debiera ser su vocación.

Propender al acercamiento de las partes y tratar de mediar con buenos oficios para lograr evitar un “abarroamiento” de los juzgados y de las defensorías oficiales, y tener siempre en mira el interés del cliente (que es la parte más débil en la prestación del servicio de asesoramiento jurídico) y no el propio al llevar el caso, instar a los Colegios de Abogados a elaborar programas que faciliten la inserción laboral para noveles abogados destinados a asesorar gratuitamente a gente carenciada y que en principio pueda acceder al Beneficio de Litigar sin Gastos para darles un efectivo acceso a la justicia, realizando un servicio de solidaridad social que permite al joven profesional acumular experiencia teniendo el respaldo de profesionales de mayor trayectoria y experiencia que integran las distintas Comisiones de estudio de las variadas ramas del derecho, y, finalmente, en el caso de resultar victorioso poder percibir sus honorarios de la contraparte perdedora.

- otro ejemplo y posible solución para evitar prácticas desleales sería que los Colegios de Abogados elaboren una lista de honorarios mínimos a percibir por la actuación profesional (por ej: por una sucesión) y que se sancione con multa o disciplinariamente al profesional que cobre menos de lo establecido por dicho listado que debería actualizarse periódicamente.

Esta solución propuesta intenta que por la misma tarea no exista la libertad total y absoluta de cobrar honorarios que son contrarios a la dignidad profesional y terminan haciendo que los abogados cambien calidad del servicio prestado por cantidad de trabajo.

(Por ej: colegas que hacen concursos o quiebras individuales de empleados públicos pero perciben honorarios indignos e irrisorios si se trata de tres o más casos de empleados de la misma oficina o reparación pública)

La crisis económicas, políticas, inflacionarias, de seguridad, etc. que vivimos en nuestro país se deben a la falta de valores sociales y a la falta de modelos éticamente intachables a seguir y reglas de juego claras.

Si se premia al incumplidor porque no se lo sanciona, la conclusión es que las leyes no se cumplen, si los abogados o la justicia o las instituciones públicas no cumplimos con las leyes, estamos en un estado anárquico que nos lleva a involucionar como profesionales, como individuos y como miembros de la sociedad políticamente organizada y justificamos plenamente las críticas y el sentir social de descreimiento generalizado hacia la profesión y las instituciones políticas, de la justicia y de las leyes.

Tenemos en todas las probables soluciones antes mencionadas las herramientas para empezar a hacer posible ese cambio. Todos tenemos ideales, valores y necesidad de que la realidad en la que vivimos cambie. Pero nadie se ha tomado el trabajo de tratar de ordenar y de hacer cumplir como corresponde las normas éticas que rigen el ejercicio de la profesión.

Tampoco aparentemente se ha intentado sancionar penal o económicamente a quienes las transgreden.

Este ensayo es un intento por tratar de hallar eco en los pares del país, y a través del diálogo y el consenso de los involucrados buscar la posibilidad de canalizar aunque sea creando un espacio de discusión estos temas que parecen utópicos o pasados de moda pero como demuestro con los ejemplos dados son de plena vigencia y merecen el intento de análisis de nuestra parte.

En el título de la ponencia hablo de valores perdidos, no creo o no quiero que sea así. Quiero esperanzarme con creer que a todos, como hombres y mujeres del derecho, nos interesa que nuestra profesión no sea más bastardeada tanto por propios como por ajenos.

Creo que todos tenemos familia y amigos que nos hacen todo tipo de chistes y gracias en las reuniones sociales, los que tenemos que aguantar con una sonrisa pensando para nuestros adentros que no tiene caso tratar de ponerse serio y explicar la realidad de nuestro ejercicio profesional y las luchas contra molinos de viento que muchas veces debemos emprender por nuestros clientes.

Asimismo en este orden de ideas, creo que a todos nos interesa dejar un legado que sea digno de recordar de nuestro paso por la profesión.

Creo que la realidad y la sociedad toda, nos exigen soluciones que como principales interesados debemos tratar de hallar.

Conclusiones:

-Necesidad de cambiar la imagen que el común de la sociedad tiene respecto de los abogados y del servicio público de justicia.

-Necesidad de cumplir con las leyes que regulan el ejercicio profesional y que éstas se adecuen a las nuevas exigencias temporales.

-Necesidad de un control efectivo por parte de los Colegios o Asociaciones de Abogados, a través de los Tribunales de Ética y de los Superiores Tribunales de cada Provincia de los matriculados en el ejercicio ético de la profesión.

-Necesidad de actualización de las normas generales éticas de Mar del Plata, específicamente en lo que atañe a las sanciones de los abogados en el ejercicio desleal de la profesión, incorporándose normas que tipifiquen a nivel nacional las conductas antiéticas y que las repriman con penas pecuniarias y en casos graves o gravísimos con penas privativas de la libertad.

-Necesidad de medir o regular la matriculación de profesionales con relación proporcional al aumento de la población, o a través del sistema de *numerus clausus*, en el cual por concurso y/ u oposición de antecedentes ante la muerte o jubilación de un colega se permita matricular a otro, o implementación de un examen de barra nivelatorio e ineludible como requisito de matriculación, o dependiendo de la antigüedad en la matrícula ir aumentando progresivamente la posibilidad de litigar ante los tribunales de menor a mayor cuantía y posibilidad de instar ante los superiores, o una combinación de todas o algunas de las medidas propuestas.

-Necesidad de elaboración de una ley que fije un mínimo de aranceles profesionales por labor cumplida (actualizable periódicamente) a efectos de evitar que colegas cobren honorarios viles o irrisorios ante la misma tarea y que su incumplimiento acarree sanción pecuniaria y ética.

- Necesidad de dar respuesta al libre acceso a la justicia de gente carenciada a través de programas de los Colegios de Abogados que faciliten la inserción laboral de los nóveles abogados y que al mismo tiempo, les permitan a los profesionales ganar experiencia, clientela honorarios en forma genuina y leal prestando un servicio social.

EL ACCESO A LA PROFESIÓN DE LOS ABOGADOS

Dr. JERÓNIMO SHANTAL MORSUCCI
COLEGIO DE ABOGADOS DE MENDOZA 1ª.CIRC.JUD.

A.1.- “El Acceso a la Profesión de los Abogados”

A.1.-1.- Las Universidades, causa de la gran enfermedad.

Por décadas se han gastado cantidades innumerables de tinta tratando de justificar los defectos e irregularidades que sufre el sistema educacional, plasmándose sus efectos en un futuro de errores en la forma de ejercer el derecho, y tratando de entender el mal que afecta al sentido mismo de Justicia con sus valores totalmente defrautados.

El hecho de que se cumpla la premisa de los axiomas, aplicando el buen saber, con una buena interpretación y aplicación del Derecho todo, tiene su causa en la fuente misma de todo entender, en la forma de hacer recepcionar de la mejor manera posible los principios que hacen que el buen ejercicio profesional sea también acompañado de herramientas y posibilidades a fin de que se pueda aplicar con razonabilidad y profesionalidad el nuestro más preciado valor Justicia.

Hoy en día, el acceso a la profesión se hace realmente peliagudo, a causa de todos los hechos concomitantes teñidos por la excesiva competencia, y la necesidad de encontrar el camino más redituable, teniendo en cuenta los tiempos inflacionarios que nos tocan vivir.

Parecería que mientras la sociedad cambiaba, las autoridades universitarias, políticas y de entidades sociales, se fueron cerrando cada vez más en un círculo cristalizado de ideas, emanada de la rígida actitud conservadora que no llamamos reaccionario sólo por la falta de propuestas serias y bien fundadas de cambio, la cual percibe como peligrosa toda iniciativa de evolución.

Tal postura, que suele ampararse en las banderas de la protección de los derechos adquiridos y las libertades públicas, está basada en gran parte en el resguardo de privilegios corporativos y de posiciones de poder que poco tienen que ver con la vida universitaria o con las necesidades de la sociedad

Expresa el hecho de que, en muchas universidades nacionales, el poder real está en manos de un “funcionariado¹.” con fuertes vínculos políticos-partidistas, que actúa por cuenta y orden del grupo al que pertenece y usa procedimientos incongruentes, que menos que mencionar entonces los grupos de universidades privadas, monopolizadas en grupos económicos que responden al sólo fin de superar la cúpula de ingresos y más, a costa de librar manadas de profesionales con poca o insuficientemente exigida especialización, lo que aparece como totalmente incompatible con la vida académica de los antepasados

En tales circunstancias, no debe sorprender que el prestigio social de las universidades sea escaso y que ellas sean tratadas por el gobierno y percibidas por la opinión pública como un competidor más en el juego de presiones orientadas a obtener parcelas de poder.

Si dicha situación no se corrige, se hará cada vez más difícil que la Argentina tenga un sistema de educación superior de buena calidad, y su consecuente buen sistema de profesionales en los pasillos de tribunales. Por ello es necesario que la comunidad académica reflexione sobre las causas que dieron lugar a la actual situación y proponga medidas para revertir sus efectos. Para hacerlo es conveniente, ante todo,

¹ “Revista de Divulgación Científica y Tecnológica de la Asociación Ciencia Hoy”. Ciencia Hoy. Vol. 8 - Nº 46 - Mayo/Junio. 1998.

tener en cuenta el carácter fuertemente heterogéneo de las universidades. Luego es aconsejable hacer la importante distinción entre actividad académica -con su doble vertiente de creación y de transmisión de conocimiento- y capacitación profesional. Por último, es inevitable revisar los mecanismos de selección de docentes y alumnos, de gobierno y de financiación de universidades, para lo cual proponemos que las mismas tengan algún mecanismo de control por parte del órgano estatal o de los Colegios Profesionales. Además, no pueden desconocerse las dificultades materiales en que se debaten los claustros y los vergonzosos niveles a los que han caído las remuneraciones de los académicos, con la irritante e injustificada excepción de las de algunos funcionarios políticos (lo cual es una consecuencia más de los trastornos que se comentan). La financiación de las universidades, sin embargo, es asunto de tal complejidad que requiere otro debate que no trataremos en lo que sigue, si bien es una premisa fundamental de las consecuencias de la superabundancia en los cupos que ya son ilimitados en varias universidades privadas.

En los adolescentes de hoy en día, inculcados a veces por padres ordenadores de conducta y otras por pensamientos meramente formales y por cuestión de complimentar honores y/o satisfacer deseos ajenos, deciden estudiar las carreras por excelencia, entre ellas, la abogacía.

La abogacía es, junto a Medicina, Contador Público Nacional, Ingenierías, etc., una de las carreras que más demanda posee, y por lo tanto, una de las más ofertadas por los grupos de conveniencia.

A.1.-1.-1.- La Heterogeneidad de las Universidades

En Mendoza existe una Universidad Pública y Cinco universidades privadas que ofrecen estudiar Abogacía y Procuración, las cuales integran un conjunto heterogéneo porque algunas tienen un tamaño descomunal y otras son muy pequeñas, algunas son de antigua data y otras tienen muy pocos años de vida. Esa heterogeneidad también se advierte en las características de cada universidad, en particular en las de mayor tamaño, cuyas partes constitutivas difieren entre ellas casi tanto o más que las universidades entre sí. Pero tan marcada heterogeneidad intra o inter universitaria contrasta con la uniformidad de los instrumentos políticos, administrativos y financieros con que el estado opera las universidades, basado en la falsa premisa de que son todas iguales, la cual aplica no sólo para realizar asignaciones presupuestarias tradicionales sino, también, muy recientes e innovadoras accidente de promoción que hacen que las universidades tengan que estar atenta a las reglas de la Competencia por las cantidades de publicidades ofensivas, atractivas de adolescentes insensibles. Hay que tener muy presente, que en la actualidad un egresado del secundario, con la escasa base instructoria que reciben, deciden estudiar Derecho a veces por una cuestión de duda de su futuro laboral, corriendo el riesgo que luego la profesión les apasione, o no, pero asimismo, siguen estudiando y/o trabajando como Abogados.

A.1.-1.-2.- Diferencia entre Capacidad Académica y Capacitación Profesional.

El segundo hecho para considerar es que la sociedad percibe a la universidad como el lugar en que se imparte capacitación para el ejercicio de determinadas profesiones, en especial, las llamadas profesiones liberales como los son la Abogacía y Procuración. Son pocos los que advierten la existencia de otro propósito en la universidad, anterior al mencionado y que, a la vez, constituye su fundamento, a saber, la creación de conocimiento y la educación de las mentes en el cultivo de este. Que la universidad sea un ámbito insustituible para hacer avanzar el conocimiento se aprecia en los países más avanzados, donde la investigación universitaria participa crecientemente en los procesos de innovación tecnológica, y en los cuales la mayoría de los estudiantes piensa que concurre a la universidad a obtener una educación, no a ser abogados. En la Argentina, la identidad de universidad con capacitación profesional es coherente y, posiblemente, la causa de que sólo una ínfima fracción del presupuesto universitario se destine a financiar investigación científica, y de que sea bajísimo el número de estudiantes que realizan estudios de postgrado orientados a obtener títulos académicos. Así, los alumnos de doctorado son menos del 1% de la matrícula, cifra que contrasta con la de universidades de los países avanzados, donde los estudiantes graduados constituyen entre el 20 y 40% del total de la matrícula.

Como consecuencia de lo anterior, en la mayoría de las universidades argentinas se registra una

permanente tensión entre las demandas de la vida académica, orientada al libre análisis de la realidad, y las exigencias más perentorias y pragmáticas de la capacitación para el ejercicio de una profesión. Las características distintivas de estas dos actividades requieren ser reconocidas explícitamente, para poder analizar con seriedad temas muy específicos de política universitaria, como los requisitos para ser alumno, la función de un profesorado con dedicación exclusiva, la recaudación de fondos arancelarios o por servicios, etc.

En vastos círculos de la Argentina, y más específicamente en las provincias de Cuyo, se adhiere a la idea de que la universidad debe aceptar a todos los que deseen cursar estudios en ella. También está difundido el concepto de que no se deben poner barreras a la continuidad de los alumnos en las aulas, aunque su rendimiento sea bajo. Por ello, recientes intentos de limitar la matrícula en algunas carreras o de exigir un rendimiento mínimo como condición de permanencia han levantado enconada resistencia. Ello explica el hecho de que el número de estudiantes enrolado en las universidades argentinas sea muy alto, pero que sólo una pequeña fracción se gradúe por año -5%, comparado con 15% en el Brasil o Chile. Además, genera la paradoja de que el presupuesto universitario argentino, comparado con patrones internacionales, sea bajo si se expresa por estudiante y alto si se lo calcula por graduado. De ese 5% de graduados, sólo el 1% recibió una educación suficiente para el ejercicio profesional y se siente preparado para accionar los valores en aras de la Justicia, y sólo el 2% decidió estudiar Abogacía desde siempre, por opinión personal y le apasionó el Derecho desde el inicio de la carrera universitaria.

En Mendoza, a la universidad pública ingresan por año 400 aspirantes a estudiar Abogacía y Procuración recibiendo anualmente entre 20 y 35 abogados. Entre las otras 5 universidades privadas ingresan aproximadamente más de 1000 aspirantes, recibiendo por año entre 250 a 300 profesionales, porcentaje que no es elevado comparado con el nivel de crecimiento poblacional.

Descomponer las cifras de matrícula y de gasto en dos categorías -la correspondiente a los estudios de tipo académico y la vinculada a la capacitación profesional-ayudaría a adquirir una mejor visión de la universidad argentina, y no tratar de limitar, ni las universidades ni las matrículas, sino, regularlas y controlarlas. Se comprobaría, por ejemplo, que la mayor parte de la población universitaria está matriculada en las carreras profesionales (e incluso, concentrada en unas pocas de ellas como la de Derecho), y que la matrícula en muchas carreras académicas no sólo es baja sino, en algunos casos, insuficiente para las necesidades de un país con el grado de desarrollo económico y cultural de la Argentina. De ahí se podría deducir que hay bastante distancia entre estar a favor del derecho de que todos los que lo deseen obtengan una educación superior y postular un acceso igualmente universal a la capacitación profesional para ejercer profesiones lucrativas. También, parece necesario interpretar con cuidado los argumentos de que la masificación del ingreso impide a la universidad mantener la calidad de enseñanza, pues si bien ello podría acontecer en muchas de las carreras profesionales, en especial las tradicionales, no parece reflejar la situación real de los estudios con orientación académica.

A.1.-1.-3.- Selección de Profesores y Alumnos

Otra cuestión por revisar para que la universidad mejore su calidad es la forma de selección de profesores y alumnos, de suerte que se apliquen criterios relacionados con el mérito. Las universidades de buena calidad de todo el mundo dominan el arte de reconocer el mérito y de incentivar a sus miembros a que lo busquen, tanto a los docentes e investigadores como a los alumnos. Sus sistemas de gobierno, por otra parte, constituyen sutiles mecanismos, a la vez participativos y eficientes en su ejecución, fuertemente orientados a asegurar la calidad académica. En ese sentido, sorprende a veces que muchos, en especial los medios, se preocupen (con toda razón) por el escaso rendimiento de los estudiantes en pruebas de ingreso en la universidad, pero ignoren el rendimiento de amplios sectores de los docentes. Hoy en día, a los profesores de las universidades de Derecho se les paga un salario muy escaso, que en algunas oportunidades resulta ser la consecuencia del servicio que se recibe. Pues a un catedrático bien pago, será mejor la asistencia que se preste al alumno.

Revisar los procedimientos empleados, hoy, para evaluar la calidad y el mérito, se considera de urgente tratamiento. Su cambio por otros más eficaces en lograr ese propósito constituiría un salto

importante en la vida académica, pero sólo podría llevarlo a cabo una conducción universitaria que no ceda a las presiones sectoriales, personales o partidistas. O, mejor aún, que no emplee como método de gobierno el distribuir retazos de poder y porciones del dinero de los contribuyentes entre quienes más ejercen esas presiones. Pero difícilmente pueda intentarse tal reforma -que sería el mejor homenaje de las generaciones actuales a la Reforma- con la modalidad de gobierno electivo que hoy rige en las universidades. Parece, por lo tanto, tiempo de adentrarse a pensar en nuevas formas de gobierno que respeten, por cierto, la autonomía, la libertad académica y la participación de los integrantes de los claustros en las decisiones, pero que sean capaces de promover la calidad y el mérito.

Permítasenos concluir invitando a la comunidad académica a debatir y encarar la cuestión. Es la única manera de evitar que la universidad caiga en un mayor descrédito y una creciente irrelevancia social, y que, en algún momento, reaparezcan las 'soluciones' autoritarias externas. Una universidad será una institución viable en una sociedad democrática si proporciona a estas nuevas ideas y la posibilidad de que se eduquen las jóvenes generaciones en un ámbito de libre indagación. Quienes la gobiernan deben ser elegidos esencialmente por la propia comunidad universitaria, sin injerencias del poder económico, del poder político o de estructuras partidistas, pero con mecanismos que aseguren el control social. Deben ejercer su mandato en un marco de austeridad republicana, con restricción de poder y por períodos limitados, además de estar expuestos a la luz pública y responder por el cumplimiento de sus responsabilidades académicas y legales.

Consideramos de vital importancia lo establecido en la actual ley universitaria de la Provincia de Buenos Aires -24.521- en cuanto a que instituyó el sistema de "evaluación institucional" de las Universidades, que constituye un instrumento concebido para contribuir al mejoramiento de la calidad de la enseñanza brindada y, por ende, a la mejor formación de los profesionales². La evaluación de las Universidades y, a través de ello, del "producto" -los egresados- tiende, bajo ese esquema, de modo inmediato al perfeccionamiento de todo el quehacer de las Casas de altos estudios. En este sentido consideramos que correspondería a las Legislaturas de las Provincias la facultad de "determinar lo concerniente al ejercicio de las profesiones liberales".

A.1.-2.- El Abogado carente de Capacitación.

En la actualidad se discute a diario en la Provincia de Mendoza si hay o no superpoblación de abogados, y si es hora de restringir o limitar la matrícula de algún modo, que pueda controlarse la cantidad de ingresos en la profesión y así poder fiscalizar las reglas de la competencia que para muchos, se encuentra totalmente quebrantada.

Para que tengamos una breve noción del número que contamos en tiempos actuales, según un estudio estadístico que se llevó a cabo por la compulsión de los registros que cuenta la Oficina de Profesionales dependiente de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, juran en la matrícula de Abogado en la provincia, un promedio de 243 profesionales por año, que comparándolo con los últimos 10 años anteriores, ha crecido un ciento cincuenta por ciento más (%150), ya que el promedio de matriculados los diez años anteriores era de 163 abogados. Es decir que en nuestra provincia juran mensualmente entre 20 a 21 abogados, sin contar los profesionales que optan por seguir en la carrera judicial omitiendo obtener la matrícula, los que en su número, son los menos. Desde el año 2000 al 31 de Diciembre del 2009, en nuestra provincia cuyana se matricularon un total de dos mil cuatrocientos treinta abogados (2.430). En cuanto al número de Procuradores que contamos en Mendoza, en la última década sólo juraron ciento quince (115), teniendo en cuenta que muchos de ellos hoy han completado las materias y por lo tanto se matriculan como Abogados³.

² SÁNCHEZ MARTÍNEZ, E., "El lugar de la evaluación institucional en la política universitaria de los '90", en "La Universidad", Minist. Cultura y Educación, Boletín Informativo, año IV, n. 8, 1997, p. 15.

³ Datos recabados por investigación de campo realizada de los Libros de Matriculados Abogados y Procuradores, llevados por la Oficina de Profesionales (calle Santa Cruz y La Pampa, Ciudad, Mendoza) dependiente de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

Asimismo, y según los datos aportados por el Centro de Estadísticas y Censos de la Provincia de Mendoza⁴, en el Censo realizado en el 2001, en nuestra provincia se contabilizaron 1.586.059 habitantes. Según la proyección realizada por el mismo ente, a fines de 2009, habrían ya en nuestra provincia aproximadamente, un millón setecientos sesenta y cinco mil seiscientos ochenta y cinco (1.765.685) ciudadanos en todo el territorio provincial, sin contar las bajas que se fueron sucediendo. Es decir que en la última década nacieron, respecto de la década anterior, 179.626 mendocinos, nuevamente dejando de contar las bajas, por lo que sumado a la cantidad de profesionales que se matricularon la última década (2430 profesionales, sin contar los que no se matricularon), nos daría como resultado que en la actualidad habría 1 abogado cada 73,9 personas. Haciendo la misma hipótesis matemática respecto de la década del noventa, tenemos que en ese período Mendoza contaría con 1 abogado de la matrícula cada 61,3 ciudadanos, dejando aclarado nuevamente que no se contabilizan las bajas profesionales ya que no tenemos un registro que contabilice a los fallecidos y/o suspendidos en la matrícula, dado que los mismos sólo son anotados en la hoja respectiva a su registración en los libros de matriculados que lleva el Poder Judicial de la Provincia, tampoco así de los que no se matriculan porque deciden por ejemplo, continuar en la carrera judicial, ya que los mismos no necesitan obtener la matrícula. Por lo que proporcionaría, entre bajas y no matriculados no registrados, una suma casi similar a la actual. Es decir que, sumando la cantidad total de Abogados en nuestra provincia al 31 de Diciembre de 2009, nos encontramos con siete mil seiscientos sesenta y seis (7.566) profesionales, lo que realizando una regla de tres simple con la cantidad total de habitantes (1.765.685), nos proporcionaría una porcentaje aproximado de 1 abogado cada 233,4 habitantes.

A nuestro entender, y con la cantidad de problemas que surgen entre los pobladores, y los conflictos a diario que sufren sus ciudadanos, teniendo en cuenta que Mendoza es una de las Provincias de mayor querulancia jurídica del país, no nos parece que sea una suma exageradamente elevada como se suele decir. Es más aún, creemos que es un aumento lógico y correspondido con el crecimiento poblacional y con sus problemas concomitantes.

Con todo lo expuesto se quiere significar que, como en muchas ocasiones se habrá batallado, el problema que sufre la profesión en la actualidad consideramos que no es la superpoblación de Abogados en las matrículas de los Colegios de Profesionales. Si bien el número es abundante y la cantidad de matriculados crece año tras año, su porcentaje no es para nada llamativo, teniendo en cuenta que las ciudades también van creciendo, junto con sus problemas y pleitos, entonces pues la demanda crece y la oferta se puede llegar a entender como correspondida. La falta pues no es la gran suma, sino la escasa minoría resaltada.

Fue en la época de Roma en donde se desarrolló plenamente y, por primera vez de manera sistemática y socialmente organizada, la profesión del abogado, palabra que provenía del vocablo latino *advocatus*, que significa llamado, porque entre los romanos se llamaba así a quienes conocían las leyes para socorro y ayuda⁵.

Esta breve introducción nos trae de paradoja lo mucho que ha variado dicho significado en la actualidad, pues hoy en día algunos de nuestros jóvenes abogados, estudian y se reciben para socorro y ayuda, pero se olvidan de conocer las leyes.

En gran medida se oye hablar en los pasillos de tribunales, en donde se desbordan las almas jóvenes de cansados novatos colegas que manifiestan su satisfacción por haber finalizado sus largos y arduos estudios, y la complacencia de pensar que ya no tendrá que volver a exprimir un libro o concurrir a un aula. Esta premisa, erróneamente instituida, rodea los pensamientos de cientos de jóvenes abogados, que ya entonces terminan por confirmar que la universidad los hizo catedráticos del derecho todo, cuando en realidad les ha dado un curso intensivo del título de bibliotecario.

En Mendoza, se han intentado limitar la matrícula del Abogado con varios intentos y con varias ideas

⁴ Datos recabados de la página de Internet de la Dirección de Estadísticas y Censos de la Provincia de Mendoza: "<http://www.deie.mendoza.gov.ar>".

⁵ RUIZ, Alfonso Agudo. "El *Advocatus Fisci* en Derecho Romano". 2007

diferentes, entre ellas la de establecer un sistema escalonado en donde el abogado en los primeros años puede litigar en la justicia de paz, luego en la Civil, y después de algunos años en las Cortes provinciales y Nacional. Por otro lado se hablaba de establecer un sistema *numerus clausus* como el instaurado en muchos Colegios de Escribanos, como así también se ha mencionado el de realizar una evaluación de los ingresantes a la matrícula tal como lo establece en forma ineficaz la Entrevista usada por algunos Colegios Notariales de algunas provincias. Lo cierto es que aún no hay consenso en establecer un sistema uniforme.

En nuestra provincia, hace algunos años y en forma exitosa, un grupo de abogados integrantes del Colegio de Abogados de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, elaboraron un Proyecto de Modificación de la Ley 4.976 cual es la que regula en cierta medida la profesión del abogado, investigación que se llevó a cabo a causa del desmedido aumento de la matrícula profesional como posible producto del grave deterioro en la calidad de la prestación del servicio de abogacía, con la consecuente proletarización de los cuadros profesionales, la frustración de expectativas incumplidas, derivadas de la escasa demanda, subempleo, o resignación a prestar tareas para-profesionales. Lo interesante de la mencionada labor, a nuestro entender, es la iniciativa de la integración económica y política regional, y la consiguiente convalidación de diplomados, con la fijación de exigencias superiores de prácticas profesionales, posteriores al ciclo universitario. En el articulado establecen entre otras, el compromiso de los profesionales a mantener las condiciones de aptitud profesional inicial que impone la buena práctica forense, conforme la reglamentación que se establezca. Esta reglamentación también tendrá que dictarse y consideramos que es competente para decretarla la Federación que nuclea a Colegios de Abogados. Luego menciona que “El abogado matriculado podrá ejercer la profesión en el territorio de la Provincia de Mendoza sin necesidad de otro requisito, con la sola salvedad de la aprobación de las evaluaciones periódicas de idoneidad objetiva y práctica forense que determine la reglamentación emanada de la Federación de Colegios de Abogados y Procuradores de la Provincia de Mendoza. Mas adelante establece que “Los sistemas de evaluación inicial de aptitud profesional y práctica forense deberán prever la asistencia a cursos de capacitación profesional,... pasantías rentadas...; y evaluaciones orientadas a verificar la idoneidad moral y técnico-práctica de los aspirantes a la matrícula”.

Nos parece interesante el mencionado proyecto sólo en el enfoque académico especializado que tiende a concretar la actualización en derecho de los abogados, pero dudo en el sistema que pueda ser efectivo en cuanto a la toma de exámenes y la constitucionalidad del método que se aplique para llevar a cabo tal propósito.

Las propuestas apuntan, en general, y a partir de la definición de un nuevo y más adecuado perfil del egresado⁶, a la instauración de un sistema curricular agrupado en ciclos (básico, formativo, especializado), que enfatiza el estudio por instituciones y ensancha el objeto para permitir una visión que no se agota en la dogmática jurídica, tematizando también las restantes fuentes del derecho (jurisprudencia) en el marco contextual (sociológico).

El objetivo es articular el empalme adecuado entre los conocimientos teóricos y el aprendizaje práctico para formar abogados razonantes y criteriosos, capaces de afrontar y resolver las complejas e infinitas situaciones conflictivas del mundo actual. Consideramos que en la elaboración de los planes de estudio universitarios deberán ensamblarse adecuadamente todas las instituciones que protegen, controlan y regulan la profesión, a fin de establecer mecanismos que permitan el contralor de los analíticos académicos, de las materias enseñadas y en la forma de su despliegue, motivando a la especialización pedagógica de los catedráticos.

Los Colegios de Abogados y las instituciones similares, tienen que asumir una participación fundamental en el proceso revalorador de los egresados, brindando cursos de capacitación, y evitando así, ofrecer al graduado "más de lo mismo", a fin de tender a profundizar su formación, ampliando la visión y óptica⁷.

⁶ La ley determinará los requisitos para acceder a la habilitación profesional, parcial o plena, como también los alcances de una y otra.

A nivel nacional, una de las primeras iniciativas orgánicas en limitar la matrícula, fue el proyecto de ley sobre habilitación para el ejercicio de la profesión de abogado, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, elaborado por la Comisión de Incumbencias y prospectiva profesional del Colegio de Abogados provincial, en 1977⁸. Preveía el requisito de la previa aprobación de los cursos de postgrado de capacitación profesional, para el ejercicio de la profesión, cuya organización y fiscalización quedaba a cargo del Colegio de Abogados aludido. Los Colegios Departamentales debían crear Centros de Capacitación Profesional, para asumir el dictado del "ciclo mínimo de capacitación profesional", compuesto de dos niveles de enseñanza (una pasantía de carácter práctico, a cumplirse en los órganos judiciales, reparticiones públicas, consultorios jurídicos gratuitos y estudios profesionales habilitados; y un segundo nivel de cursos específicos de entrenamiento para la actuación en los distintos fueros e instancias). Los cursantes que aprobaran el primer nivel -de un año- quedaban habilitados para el ejercicio de la profesión ante los jueces de primera instancia, órganos de la Administración y la evacuación de consultas. Al cabo de la aprobación del segundo nivel -de otro año- lograban la habilitación plena, otorgada por el Colegio provincial. La reglamentación de la ley y la confección de los programas de estudio se confiaba a una Comisión que designaría el Poder Ejecutivo, integrada por representantes del Colegio, de la Suprema Corte de Justicia y de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Estaba previsto, asimismo, el régimen de transición para los abogados matriculados, quienes podían cursar voluntariamente los ciclos aludidos. Este proyecto nos parece totalmente adecuado a la exigencias de la población académica, justamente porque restringiría el ingreso de aquellos estudiante que se inscriben a la currícula por un simple pedido patronal, o por cumplimentar exigencias ajenas, o porque no se deciden por estudiar otra carrera entonces optan por la Abogacía, cual es una de las más conocidas en el ámbito de la vida civil.

El prestigioso Dr. Augusto Mario Morello⁹, a reiterando en varias oportunidades, la necesidad imperiosa e inaplazable de escindir el título académico universitario y la habilitación profesional, que propugna que asuman los colegios de abogados dentro de un régimen reglamentado por el Colegio de la Provincia o Federaciones de Provincias, que asegure los principios de "transparencia, seguridad, garantías, objetividad, severidad, contralor y excelencia en la satisfacción de esa exigencia". Se proponía que la capacitación debiera brindarse al estilo de la residencia médica o por vía de un examen de admisión, a cargo de Comités o Comisiones de Habilitación Profesional; sin perjuicio de la obligación de revalidar dicha habilitación periódicamente (cada cinco, siete o diez años)¹⁰. En este caso sostenemos que sería de efectivos resultados el mencionado proyecto, con el agregado de establecer un régimen de puntajes, los cuales sumarían los cursos y postgrados de especialización realizados en forma particular por los profesionales que lo deseen, en caso de que no cuenten con la cantidad de horas necesarias, entonces tendrían que revalidar el título a través de los exámenes de actualización doctrinaria y jurisprudencial que se dispongan en los distintos Colegios de Abogados.

Vale recalcar, que todos estos procesos tienen que darse en base a planes y programas predeterminados, con el máximo de las garantías y con los contenidos actualizados necesarios, a cuyo fin se intensificarían los cursos existentes. Los tribunales examinadores podrían ser mixtos, con miembros del Consejo de la Magistratura, de la Universidades y del Colegio de Magistrados y de Abogados, y la fecha de cierre a partir de la cual entraría en vigencia el plan o proyecto, se fijaría en cinco años como mínimo, a fin de no vulnerar derechos adquiridos. Es importante mencionar que el régimen que haya de implantarse debe respetar los derechos adquiridos por todos quienes al tiempo de sanción de la nueva

⁷ Sobre el método contextual y comparativo: CAPPELLETTI, M., "Proceso, ideologías, sociedad", Ed. Ejea, Bs. As., 1974, trad. Sentís Melendo, S. y Banzhaf, T., Introducción.

⁸ MORELLO, A. M. y BERIZONCE, R. O., "Abogacía y colegiación", cit. p. 3 y ss, p. 240.

⁹ MORELLO. "La habilitación de la matrícula profesional para ejercer la abogacía", JA 1997-III-807.

¹⁰ BERIZONCE, Roberto O. "Capacitación de los abogados y habilitación para el ejercicio profesional". ED 111-893.

legislación hayan comenzado de modo efectivo sus estudios de derecho, y mantengan su regularidad, de modo que comenzará a regir en un tiempo no inferior a cinco años.

En ese marco, la necesidad del perfeccionamiento profesional se transforma en un imperativo ético insoslayable, como instrumento superador de semejante estado de cosas y preciosa prenda de compromiso frente a la comunidad.

Recalamos la importancia de implantar la obligación en los egresados de realizar pasantías de extenso período, y en diferentes ámbitos de competencia a fin de adquirir conocimientos genéricos de la profesión.

Pensamos que a la hora de establecer sistemas que regulen de algún modo la matrícula, es interesante estudiar y traer a colación, los modelos del derecho comparado.

Así, en España, se elaboró un anteproyecto de ley para la regulación de la profesión¹¹, en donde se convoca anualmente a dos pruebas objetivas, una para abogados y otra para procuradores, las cuales estarán orientadas para valorar la capacidad para el ejercicio profesional dentro de sus funciones. Luego, el artículo 5 del mencionado Anteproyecto menciona eficazmente, los contenidos de la prueba para el ejercicio de la profesión¹², los hay que tener en cuenta a la hora de elaborar un programa para nuestra legislación.

Es de interesante análisis la normativa dictada para los Abogados de la ciudad de Valparaíso, Chile¹³, en cuanto a que regula en diversos artículos, los modos, pautas, y reglas concernientes a la procedencia, determinación y pago de los honorarios profesionales, específicamente por establecer un cuadro de aranceles que tienen que esgrimir los abogados como parámetro a la hora de cobrar por sus servicios, siendo las mismas orientadoras, informativas y que representan la costumbre forense. Estos aranceles, están establecidos en “Unidad de Honorarios” o “Unidad Fomento” (U.F.), la que será anualmente actualizada por el Consejo de Abogados. La tabla o cuadro a que hace mención la normativa de nuestro vecino país de Chile, establece el monto que se deberá cobrar en concepto de honorarios (en cantidades de U.F.), por materia, y dentro de cada materia, especificando los diferentes tipos de trabajos que se realizan a diario, y siempre contemplando que, el arancel preestablecido por la norma, se aplicará subsidiariamente en defecto de convención entre el abogado y su cliente, o cuando éste no pudiere probarse, en caso de conflictos entre el profesional y su cliente. Nos parece que el propósito de implementar en nuestra legislación, una normativa similar a la de Valparaíso, sería conveniente para comenzar a regular las reglas de la Competencia.

En Mendoza, el decreto 2852/65¹⁴ y la ley 7346, que regulan la actividad del Notario, establece entre otras premisas, la obligación de los Escribanos de cumplir con ciertas horas de Cursos y Congresos a fin de proveer a su especialización y actualización de los temas relativos a su carrera, los que varían según los años de ejercicio que tengan dichos profesionales, y establece que los certificados de los mismos se agregarán a su legajo personal que registra el Colegio de Notarios de la Provincia. Dicha ley establece como sanción, hasta la suspensión del notario en el ejercicio de la función hasta tanto acredite su

¹¹ Art. 4: Pruebas de Aptitud profesional: “Anteproyecto de Ley de Acceso al Ejercicio de la Profesión de Abogado y Procurador. España. 2003.

¹² Op. Cit. Art. 5 Contenido de la prueba para el ejercicio de la abogacía: 1. La prueba de aptitud profesional para el ejercicio de la abogacía consistirá en dos módulos diferenciados: a. El primero consistirá en un ejercicio orientado a que el candidato acredite, de forma objetiva, formación práctica suficiente para el ejercicio de la profesión de abogado. b. El segundo tendrá por objeto acreditar el conocimiento de las normas deontológicas y profesionales. 2. Será requisito para acceder al segundo módulo haber superado el primero. No obstante, quienes hubieran superado el primer módulo podrán acceder al segundo en la siguiente convocatoria. 3. Los contenidos de la prueba, el procedimiento de su convocatoria, su duración, el sistema de calificación y los trámites administrativos complementarios se regularán en el reglamento que desarrolle la presente ley.

¹³ Acuerdo N° 60-99, del Honorable Consejo de Valparaíso, “Arancel Profesional del Colegio de Abogados de Valparaíso. Valparaíso, Chile, 14-06-1999.

¹⁴ Decreto Provincial 2852/1965, reglamentario de la ley 3058. Ejercicio profesional. Régimen. Reglamentación del 28/7/1965; publicado el 5/8/1965. Ley Provincial 7.346, art. 7. Notariado -- Registros y protocolos notariales -- Modificación de la ley 3058, art. 81. 15/03/2005 Publicado 20/05/2005 - ADLA 2005 - C, 3263

cumplimiento. Este es otro de los tan buenos fundamentos que estimamos, y que tienen que aplicarse con el objetivo de promover al mejoramiento del servicio de la abogacía y de la Justicia misma.

Por otro lado, y hace poco menos de un año se dictó en Mendoza la Ley 8.100 que expresa una forma de regular los honorarios y tablas mínimas que deben cobrar los Notarios con registro, es decir, que a partir de ese momento los escribanos no pueden cobrar menos de lo que la ley les indica, aunque se cuestiona el modo de hacerlo efectivo. Pensamos que este propósito es muy eficiente a la hora de medir, regular y controlar las reglas de la competencia en la profesión, dado que en la actualidad se cobra cada vez más bajo los honorarios por la labor realizada, muchas veces por desconocimiento o falta de experiencia de jóvenes abogados, otras veces por conseguir o ganarse un cliente a consecuencia de la supuesta variedad de alternativas y abundante competitividad. Consideramos que esta hipótesis ayudaría en gran medida a guiar a los abogados, a determinar el monto que tienen que requerirle a sus clientes para prestar sus servicios, estableciendo de algún modo el método a fin de hacer inmune su cumplimiento, por ejemplo controlando la facturación de los Abogados por parte de los Colegios de cada Circunscripción, o a través de cualquier mecanismo, pero principalmente dejarlo librado a la ética profesional, cual debió ser enseñada cuantiosamente y en forma reiterada por las universidades y por los Colegios de Profesionales.

Una nueva manera de proveer a la reamortización de la profesión será por ejemplo, que los Colegios de Abogados eleven la cuota social, y que ese resto se utilice para brindarle mensualmente a los asociados, libros o revistas de actualización doctrinaria y/o jurisprudencial, y así mantener instruidos a los abogados de la matrícula.

La profesión del Abogado y Procurador, es un servicio, y como toda prestación, utiliza insumos, instrumentos y se mantiene con costos, que, a través de los procesos inflacionarios que afectaron a nuestro país, fueron desvalorizando el precio del servicio, por lo tanto, esa prestación también correlativamente tiene que revalorizarse. Es hora entonces de que, las personas comprometidas con proteger a nuestros colegas, comencemos a trabajar para crear formas de trabajo que permitan al abogado de la matrícula, ejercer esta apasionante profesión, como total libertad, mereciendo el respeto que se merece, con su consiguiente apropiada y justa remuneración.

A.1.-3.- Conclusiones.

Consideramos que una de las causas fundamentales de la deficiencia de profesionales, así como el gran número de alumnos ingresantes en la carrera de Derecho, tiene como causa a Las Universidades, por su ineficiente creación y transmisión de conocimiento, es decir, de investigación y de enseñanza y capacitación y su consecuente baja capacitación profesional en la calidad de la prestación del servicio de abogacía, lo que está determinado por la violación constante de las reglas de la competencia en la profesión por parte de grupos económicos dueños de la enseñanza universitaria.

Así también, tiene su cause en los mecanismos de selección de docentes y alumnos, de gobierno y de financiación de universidades, para lo cual proponemos que las mismas tengan algún mecanismo de control por parte del órgano estatal o de los Colegios Profesionales, ya que nos encontramos con una superabundancia en los cupos que ya son ilimitados en varias universidades privadas.

Los criterios de promoción de la calidad y el mérito constituyen, junto con el incentivo proporcionado a cambio de la investigación y especialización, tanto a los docentes e investigadores como a los alumnos.

Es importante instaurar el sistema de "evaluación institucional" de las Universidades, que constituye un instrumento concebido para contribuir al mejoramiento de la calidad de la enseñanza brindada y, por ende, a la mejor formación de los profesionales. La evaluación de las Universidades y, a través de ello, de los egresados- tiende al perfeccionamiento de todos sus integrantes.

El número de profesionales recibidos por la cantidad de habitantes en la Provincia de Mendoza, no nos parece de modo alguno que sea una suma exagerada. Es más aún, creemos que es un aumento lógico y correspondido con el crecimiento poblacional y con sus problemas concomitantes. La demanda crece

y la oferta se puede llegar a entender como correspondida. La falta pues no es la gran suma, sino la escasa minoría resaltada.

Valoramos los innumerables proyectos que trataron de regular la matrícula, pero sólo coincidimos en el enfoque académico especializador que tiende a concretar la actualización en derecho de los abogados, pero dudo en el sistema que pueda ser efectivo en cuanto a la toma de exámenes y la constitucionalidad del método que se aplique para llevar a cabo tal propósito. Asimismo, creemos que es necesario establecer un balance general de precios de los servicios, actualizarlos y realizar un cuadro de aranceles que regulen los honorarios de los Abogado y Procuradores, como pautas orientativas a fin de controlar la competencia y revalorizar la profesión teniendo en cuenta también los procesos inflacionarios, revitalizando nuestra labor y logrando limitarla al fin, pero no de abogados, sino de instintivos estudiantes inmeritorios, faltos de instrucción, que se encuentran absorbidos por el sistema que no ofrece variedades o alternativas, graduados del olvido a los axiomas que constituye los fragmentos necesarios de conocimientos que desarrollan y dan vida a una aplicación eficaz y responsable del sentido mismo de la Justicia.

Es tarea pues de todos los que de algún modo trabajamos por dignificar esta emocionante tarea de aplicar el derecho, de proponer opciones que permitan a los entes encargados de regular las matrículas, a fin de que den pautas para no restringir, sino para regular y controlar, de ampliar con capacitación y responsabilidad, no de limitar por competitividad, de valorar y hacer cumplir, sabiendo y creciendo, cumpliendo y estudiando, porque del estudio nos hacemos y nos desarrollaremos, como disertantes de esta apasionada profesión de Ad Vocar.

BIBLIOGRAFÍA

“Revista de Divulgación Científica y Tecnológica de la Asociación Ciencia Hoy”. Ciencia Hoy. Vol. 8 - Nº 46 - Mayo/Junio. 1998.

Investigación de campo realizada de los Libros de Matriculados Abogados y Procuradores, llevados por la Oficina de Profesionales (calle Santa Cruz y La Pampa, Ciudad, Mendoza) dependiente de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

Página Web de la Dirección de Estadísticas y Censos de la Provincia de Mendoza: “<http://www.deie.mendoza.gov.ar>”.

RUIZ, Alfonso Agudo. “El Advocatus Fisci en Derecho Romano”. 2007

CAPPELLETTI, M., "Proceso, ideologías, sociedad", Ed. Ejea, Bs. As., 1974, trad. Sentís Melendo, S. y Banzhaf, T., Introducción.

MORELLO, A. M. y BERIZONCE, R. O., "Abogacía y colegiación", cit. p. 3 y ss, p. 240.

MORELLO. "La habilitación de la matrícula profesional para ejercer la abogacía", JA 1997-III-807.

BERIZONCE, Roberto O. “Capacitación de los abogados y habilitación para el ejercicio profesional”. ED 111-893.

Anteproyecto de Ley de Acceso al Ejercicio de la Profesión de Abogado y Procurador. Art 4 y 5. España. 2003.

Decreto Provincial 2852/1965, reglamentario de la ley 3058. Ejercicio profesional. Régimen. Reglamentación del 28/7/1965; publicado el 5/8/1965. Ley Provincial 7.346, art. 7. Notariado -- Registros y protocolos notariales -- Modificación de la ley 3058, art. 81. 15/03/2005 Publicado 20/05/2005 - ADLA 2005 - C, 3263

Acuerdo Nº 60-99, del Honorable Consejo de Valparaíso, “Arancel Profesional del Colegio de Abogados de Valparaíso. Valparaíso, Chile, 14-06-1999.

LA SINDICATURA CONCURSAL DEMANDA EN EL ORGANO PERTINENTE LA ACTUACION EXCLUSIVA DE LOS ABOGADOS.-

Dras. SILVINA A. CARNERO- SILVANA DE GREGORIO

COLEGIO DE ABOGADOS DE MAR DEL PLATA

Desde hace varios años se viene sosteniendo que la incumbencia profesional para el ejercicio de la sindicatura concursal debe ser recuperada por los abogados.- La reforma del año 1995 que ha asignado la misma exclusivamente a los Contadores ha implicado un retroceso para los avances que habían logrado los Abogados que con la ley 24432 vieron hacer realidad sus pretensiones en dicho sentido.-

La historia y las tradiciones jurídicas han demostrado que la sindicatura ya desde 1902 fue más relacionada con los contadores, es por ello que la ley antes mencionada importaba un reconocimiento tan buscado.-

Es así que en 1902 ,año en que se introduce la sindicatura profesional a cargo de contadores, hasta la fecha, si bien muchas iniciativas pretendieron la exclusión de unos u otros profesionales, la realidad no se altera: aun los más prestigiosos contadores públicos, conocedores profundos de la temática concursal y con cursos de posgrado de especialización en sindicatura, siempre demandaron de la colaboración de abogados en el curso del proceso, sus incidentes y juicios incidentes, lo que se expone en el patrocinio letrado facultativo, hoy contemplado legalmente.-

Una posible solución, a nuestro juicio, fue la contemplada por la ley 24432, de conformidad con la cual la sindicatura podía ser ejercida en forma indistinta por abogados o contadores, dependiendo de la decisión judicial la elección de unos u otros conforme las exigencias de cada proceso. Pero la misma tuvo una corta vigencia y una casi nula efectividad desde que se derogó por la ley 24522 la que reservó la sindicatura concursal para contadores o estudios de contadores.

Pero la realidad concursal parte de la premisa que tanto el concurso como la quiebra resultan ser un PROCESO, y como tal debe regirse por las normas de la materia.- Es decir, que cualquier presentación realizada ante el órgano jurisdiccional debe ser firmada por un abogado matriculado, y no vemos fundamento alguno para tener que apartarnos de dicha regla.-

Por otra parte, la reforma introducida a la ley 24522 mediante la ley 26086 ha agudizado el carácter procesal del concurso o quiebra, a través de la exclusión de casi todo el universo de juicios seguidos contra el deudor –hoy concursado o fallido- del fuero de atracción.-

No podemos dejar de destacar que si bien ,actualmente, el síndico contador al ser el órgano concursal si bien su labor no importa abogar, por imperativo de la propia ley concursal y sus actuales reformas asume ese rol en incidentes y juicios incidentes tan relevantes como los vericulatorios.-

Más aún, a ley 24522 reformada por la ley 26086 impone al síndico hacerse parte en juicios de conocimiento en diversas jurisdicciones cuando no opera el fuero de atracción como los casos emergentes del artículo 21 LC.

También se exige su presencia como parte en los procesos laborales que no resultan radicados ante el juzgado del concurso ,debiendo hacerse parte en los procesos contra la fallida mientras la sentencia de quiebra no este firme, o cuando tramiten juicios en los supuestos del artículo 133 LC en extraña jurisdicción.-

A mayor abundamiento, debe hacerse parte en proceso de expropiación que no resultan alcanzados por el fuero de atracción de acuerdo a las reglas de los artículos 21 y 132 de la ley 24522,pero además debe ejercer el rol de parte actora en los procesos enderezados a la percepción de los créditos activos del

fallido (art. 182 LC) y también en las demandas por los perjuicios causados a los bienes concursales (art. 110)

Cabe agregar, a modo ejemplificativo, que también es legitimado activo y actor en todos los procesos de recomposición patrimonial sean estos de extensión de la quiebra, ineficacia concursal o de resarcimiento (arts. 160,161, 119, 120, 173,175 y concordantes de la ley 24522).-

Todas estas labores claramente exceden la incumbencia de los contadores y demandan del rol del abogado, que actualmente no se satisface, ya que no se acude a la figura del patrocinio facultativo por la imposición de costas reguladas en la ley a cargo del propio síndico contador (art. 257 de la ley 24522).-

Sin perjuicio de todo lo expuesto, no podemos dejar de destacar que la ley exige, dentro del marco del proceso universal en tratamiento, informes técnicos que únicamente un contador puede realizar, de acuerdo a su pleno conocimiento.-

A todas luces el informe individual, informe general, informe del art. 190 en la continuación de la explotación de la empresa y el informe final y proyecto de distribución, así lo demuestran.-

Es por ello que entendemos, ratificando que el concurso y la quiebra no son otra cosa que procesos desarrollados en su ámbito natural como es el judicial, que el síndico abogado satisface mejor las exigentes competencias y deberes concursales, sin perjuicio del auxilio requerido al contador para la confección de los informes técnicos previstos en la ley.-

SOBRE LA “MISION PUBLICA DE LA ABOGACIA”, LA FORMACION PROFESIONAL Y EL ROL DE LA COLEGIACION.

Dr. FERNANDO J. J. VARELA

COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PLATA

El autor postula una ya impostergable apertura de diálogo y trabajo institucional entre la Colegiación Legal y las Universidades a fin de impulsar un proyecto integrador (ciencia, ética y práctica) que supere los actuales déficit en punto a la formación profesional, proyectando al mismo tiempo mecanismos que aseguren para lo porvenir el mantenimiento de los niveles de excelencia que se logren por esa vía.

El pueblo argentino, que es el destinatario y beneficiario de la labor profesional, como demandante de las seguridades y garantías consagradas constitucionalmente para el pleno ejercicio de todos sus derechos, es el acreedor social de tales resultados.

Todo ello como consecuencia de la Misión Pública que debe ineluctablemente cumplir la Abogacía.-

La Abogacía tiene mucho que aportar a una visión más rica y compleja de los procesos sociales.

El tiempo de los abogados sigue vivo y, además está por venir”

(LUIS MARTI MINGARRO “EL ABOGADO EN LA HISTORIA”, PÁG.192)

Celebramos que la FACA – como no puede ser de otra forma- haya dedicado un capítulo del Temario de esta XVI Conferencia Nacional, a la “Misión Publica de la Abogacía” en línea con la integradora convocatoria de “PENSAR EL PAIS”.

La reflexión sobre la Abogacía, y por extensión y comprensión sobre los Abogados bajo tal acápite del Temario, difiere esencialmente del muy conocido y muy difundido retintín con que se suele abordar al mismo asunto como “La Función Social de la Abogacía” o “La Función Social del Abogado”.-

Hasta desde el punto de vista etimológico, esos rótulos generan el rechazo in limine del autor de la presente Ponencia, en cuanto conciben a la abogacía y al Abogado como parte funcional de una máquina o mecanismo, del que así solo viene a resultar simplemente una pieza. (Maquinismo social).-

En una época se habló de “la degradación cosista” para criticar esa forma de aludir a la tarea del Abogado y de la Abogacía, ya no sólo en su menester diario y puntual desde su despacho –público o privado, jurídico o político- sino en el sentido trascendente que para el desarrollo y desenvolvimiento de la sociedad tienen en su conjunto las prestaciones abogadiles desde y/o ante los estrados.

Hemos asistido en los primeros días de este año a una fuerte crisis política que ante la incapacidad de quienes ejercen el poder administrador para dar una solución ajustada a las normas constitucionales se derivó hacia el seno del Poder Judicial, ámbito en donde prudentes y medidas decisiones reencauzaron la cuestión, y aunque el tema de fondo –a esta fecha- no tenga todavía resolución judicial, permitieron abrir cauces parlamentarios que se pretendieron soslayar en una muestra de rigor autoritario impropio de un Estado de Derecho.

Aquí los Abogados, magistrados o litigantes, exhibieron la cuota de racionalidad y apego a la ley que la Nación merecía para solucionar cuestiones que pueden producirse –como se produjeron- por lógicos y naturales desencuentros políticos, pero que deben resolverse civilizadamente en el marco de las leyes e instituciones.

Quizás estas líneas se estén escribiendo bajo la impresión de tales sucesos, y resulta un deber de sinceridad y honestidad intelectual así reconocerlo, pero es lo cierto también, que en el decurso expositivo resulta imposible soslayar un ejemplo tan reciente y trascendente que puso de relieve aspectos de esa “Misión”.-

“LA FUNCION SOCIAL”:

La introducción del concepto de “la función social” de las instituciones jurídicas (inicialmente la propiedad, y específicamente **la propiedad privada**, aunque ahora ya se haya generalizado el debate también sobre **la propiedad pública o del Estado**) en el mundo de las ideas, está controvertido sobre si se debe a iniciativa de Duguit o Comte, pioneros de la Sociología. No vamos a detenernos en preciosismos o erudiciones fuera de nuestra corta capacidad para dilucidar esta polémica, porque tampoco hace al fondo del asunto.

Pero a partir de esta perspectiva intelectual se difundió en numerosas actividades humanas –institucionalizadas o nó- la idea de hallar su “función social”.

Así se habla de la función social del arte, de la función social de la medicina, etc. (y por derivación de la función social del artista, o del médico, etc.)- Notable es el discurso de Albert Camus sobre “la función social de la literatura” en ocasión de recibir el Premio Nóbel de esa especialidad.

También, antes, durante la égida de Stalin se buscó en la Rusia Soviética esa “función social” a través del llamado “realismo socialista”...Lo mismo hicieron los nazis condenando al “arte degenerado” o “no ario” de Picasso, Mondrian, etc.

Nuestra idea –entonces- en esta coyuntura, es abordar la propuesta del Temario, saludando entonces que se haya evitado “la función” del Abogado, y aditando a esta muestra de conformidad, que también se aluda a la “Misión Pública”, donde lo *público* evidentemente remite y evoca inevitablemente a *lo social*, pero con una perspectiva mas moderna, democrática, participativa y dinámica, en cuanto a concebir a la abogacía y a los abogados mas allá y por encima de su honesto y legítimo menester cotidiano circunstanciado al caso conflictivo de intereses privados en pugna.

Y destacable es que se agregue a “la Misión”, ya que ello presupone necesariamente una “Visión” previa de la profesión y sus ejercientes.

Tenemos pues reunidos los conceptos medulares sobre los que debemos trabajar para tratar de aportar algún material útil a esa construcción: “VISION” – “MISIÓN”.-

LA VISION Y LA MISIÓN:

Si por “Visión” se entiende la idea y el concepto que de un objeto se tiene en un momento dado (Y la profesión y el profesional, son en este caso los objetos de nuestro conocimiento), inevitablemente debemos reconocer la influencia que nuestra subjetividad alimentada de una determinada carga cultural y experiencia vital, produce efectos determinantes en esa concepción.

Al mismo tiempo debemos reconocer que ésta “Visión” no sólo es mutable en el tiempo por esos estados subjetivos, sino también por el desarrollo de las ideas que priman en el contexto social (o en las subculturas pertinentes) en un momento determinado.

Para ello, invito a desprendernos momentáneamente de la visión meramente utilitaria, pragmática (no por ello menos útil, socialmente hablando) que se puede tener del Abogado como eficiente gestor de los negocios jurídicos, acertado o idóneo asesor legal, etc. aunque sólo fuesen estas designatas meros desideratum

El Código Deontológico de los Abogados Europeos, aprobado por el pleno del Consejo de Colegios de Abogados de Europa, reza en su artículo 1º: que “En una sociedad fundada sobre el respeto a la justicia el abogado cumple una función eminente” porque “su misión no se limita a la ejecución fiel de un mandato en el marco de la ley” (cit. por Antonio Hernández Gil, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid en “La función social del abogado y de la abogacía” Rev.”Abogados”, Madrid, Febrero 2008)

En la Visión que intento describir, es inevitable tener en cuenta el fin último del “bienestar general”, como consecuencia del afianzamiento de la justicia asegurando los beneficios de la libertad, en clara adscripción con el plan que integra entre nosotros la Constitución Nacional.

O sea que la Visión que se propugna debe ajustarse estrictamente a la Carta Magna, donde destacablemente, el Abogado es el único profesional expresamente citado (v.gr.art.111,114,115,) por el texto constitucional.-

Ahora bien, en esta Visión, ¿Cómo debe estar constituida la Abogacía, en tanto colectivo social, para poder cumplir cabalmente con la Constitución Nacional, y por añadidura con las Constituciones Provinciales? La Constitución de la provincia de Buenos Aires asegura (art.15) la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los tramites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial. Ello después de declarar que se propende a una sociedad libre, justa, pluralista y participativa (art.8), promete en el art.49 el acceso a la justicia. Consagra el debido proceso en el art.39, y garantiza la defensa en juicio por el art.40. Este punteo lo es al sólo efecto ejemplificador.

Contrafuerte de alguna de esas cláusulas constitucionales es el juramento que prestan los abogados bonaerenses en forma previa a quedar habilitados para ejercer la profesión (“defender gratuitamente a los pobres”) y los dispositivos de los arts.19 inc.2,22,59,71,114 y concs.de la ley 5177 según la ley 12548.-

Pero, obviamente no basta con el imperativo legal ni con el compromiso juramentado, ya que la Abogacía ejerciente, vital, plantea otra variada gama de circunstancias en las que debe intervenir, y el acabado cumplimiento de la manda legal o del juramento, reclama un grado de idoneidad apropiado a las circunstancias.

Hacen falta disposiciones legales semejantes, que consoliden igualmente otros aspectos, entre ellos, la debida idoneidad profesional (no académica). Esto se obtendría exigiendo mejores y mayores condiciones para acceder a la matrícula profesional.

IDONEIDAD PROFESIONAL, NO MERAMENTE ACADÉMICA.

El Abogado resultante de una adecuada formación profesional integral, discierne claramente que todo diferimiento de mandato o solicitud de patrocinio no sólo deber ser sustancialmente respetuoso de los valores que conforman el Estado de Derecho, sino asimismo, congruente con el bien común, porque como dice Hernández Gil en el artículo citado, “No cabe el reduccionismo de ver la misión del abogado bajo un prisma contractual, anudada su suerte a la de su cliente”.

Entonces, podemos coincidir que la respuesta a aquel interrogante comienza a forjarse a partir de examinar las características y condiciones de cada uno de los miembros de la Abogacía contemplada como colectivo.

Es allí donde entonces se amalgaman diversos componentes que deberán integrar en su conjunto la aleación constituyente.: La Formación Profesional que nos remite –por habitualidad- a la llamada “Educación Legal”, expresión que ya anteriormente hemos tenido ocasión de desestimar.

FORMACIÓN PROFESIONAL:

“Formación profesional” (De allí que rehusemos hablar de “Educación Legal”, concepto de estrechos márgenes y contenido meramente informativo) es un proceso de transformación de una persona –que inclusive no requiere haber completado estudios preuniversitarios (art. 7º de la Ley de Educación Superior,24521) para obtener al cabo del cumplimiento de un Plan de Estudios determinado, un grado universitario (¿licenciado?) en Derecho o Ciencias Jurídicas, que en la práctica las universidades argentinas extienden como título profesional de “Abogado”, y que con su posterior inscripción en un Colegio Profesional, habilita a su titular para ejercer tal profesión dentro de una jurisdicción política determinada.-

La clave de esa verdadera “transformación intelectual” (de profano en letrado) está en el cumplimiento de dicho Plan y naturalmente en los contenidos de tal Plan. Ello, sin olvidarse que en ese proceso de auténtica “transformación” (de allí que en la Argentina hablemos de “formación profesional”) **aprender** es mucho más que **estudiar**. Es, por ejemplo, adquirir (o *aprehender*) las capacidades propias del *pensamiento crítico*.

Ello requiere el examen de los niveles académicos y pedagógicos, de las instituciones universitarias, tradicionalmente vedados desde los propios claustros a la colegiación.

Si bien valla existe y es notoria aun cuando muchos colegas de buena voluntad, eminentes profesores muchos de ellos, la niegan, los hechos lo confirman en cada ocasión posible, siendo lo ideal para el autor de esta Ponencia, poder superarlos o –mejor- abatirlos, en aras de la excelencia profesional, lográndose la coincidencia de abogados académicos y abogados profesionales tras un fin común: Asegurar las garantías constitucionales que caracterizan al Estado Nacional y a sus provincias confederadas, como un Estado de Derecho Democrático y Social.

No basta pues, la declaración y/o la formulación de tales garantías en las Constituciones mientras no existan en la realidad las condiciones que las hagan posible.

Ha poco tiempo, las autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, reconocieron públicamente (ver diario “HOY” de La Plata, edición del 4-3-09, pág.11) que **los alumnos presentan serias dificultades en lecto-comprensión, para estructurar párrafos autosuficientes, para argumentar, y para distinguir entre distintas teorías** Años antes, el entonces Decano de esa misma Facultad, reconoció (también por el mismo método de comunicación social, ver ed. del día 9-5-06) la insuficiente preparación práctica de los graduados como Abogados, en éstos términos: “una cosa es estudiar la teoría de las Ciencias Jurídicas y otra atender a un cliente, preparar la prueba del juicio, ir a una audiencia, redactar una apelación”.

Las encuestas practicadas hace una década por el propio Colegio de Abogados de la Provincia (“El Abogado desde la perspectiva judicial- resumen de investigación”, Dirigida por Felipe Fucito, Fund. CIJUSO, Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 1999), y orientadas a detectar falencias formativas, arrojaron resultados tales como que –obviamente- la cualidad del abogado más solicitada por los jueces es su capacitación.(pág.98 op.cit.) Este resultado que parece ser tan obvio, sin embargo y lamentablemente no lo es así, cuando en el mismo trabajo (pág.19) se señalan estas deficiencias: 1) Ignorancias básicas de derecho: falta información elemental. 2) Falta técnica de redacción. 3) Falta de precisión en la demanda: Enfoque técnico lamentable. 4) Demandas sin fundamento en derecho. 5) Falta de comprensión de lo que se tiene que hacer: no hay razonamiento, etc. Y en orden a las causas de esas deficiencias la página siguiente del mismo informe reseña -en orden decreciente-: 1) Planes de Estudio universitarios, 2) Pérdida de nivel en el secundario y universidades, formación paupérrima, 3) Enseñanza en función de teorías, 4) ver materias por puntos y no globalmente, 5) nula formación práctica en la Facultad, etc.

La situación, obviamente no ha mejorado; el ex Presidente de la misma Universidad señaló más recientemente algunos problemas detectados: ”Hay casas de altos estudios en Argentina que se ven obligadas a implementar programas de lecto-escritura para sus alumnos ingresantes. En otras se ha detectado que muchos de ellos no conocen al alfabeto y son por ello incapaces de buscar palabras en un diccionario en tiempos razonables” (Dr. Ángel Plastino, diario “El Día”, La Plata, 21-8-07)

Corolario de esta situación, parecen los resultados que obtuvo la propia FACA y que se registran en la publicación “ABOGADOS PERCEPCIÓN PÚBLICA Y JUSTICIA”, Buenos Aires, octubre de 2005:

EL 77% DE LOS ABOGADOS ENCUESTADOS NO HABIA REALIZADO ESTUDIOS DE POSGRADO DE MÁS DE UN AÑO DE DURACIÓN.

EL 60,6% CONTESTÓ QUE NO TIENE INTERÉS EN REALIZAR ESTUDIOS DE POSGRADO DE MÁS DE UN AÑO DE DURACIÓN.

Personalmente – y coincidiendo con la necesidad de que se implementen prontamente medidas

correctivas de esta triste realidad- estimamos que los problemas universitarios deben resolverse por las propias universidades en función de su autonomía, y serán siempre **problemas académicos**, ya que ellas otorgan **son títulos de grado académico**.

Los abogados y sus Colegios no estamos llamados a dar soluciones académicas., pero el hecho de que se traten de “problemas académicos” no implica que sean “problemas universitarios” respecto de los que la institución universitaria sea la única interesada en solucionarlos. El problema es de la sociedad toda (incluyendo el primer plano a los Colegios Profesionales).-

Y así como respondiendo a una circunstancia hoy históricamente superada, y entroncada con la necesidad –propia del siglo XIX- de fortalecimiento de un estado nacional, a partir de 1875 (antes de su vigencia las Universidades sólo expedían títulos de grados académicos) las Universidades comenzaron a expedir título profesionales: Abogados, Escribanos Nacionales, Contadores Públicos Nacionales, Agrimensores Nacionales, etc., la realidad nacional de hoy (por cierto muy distinta a la de 1875) hace preciso abocarse a soluciones distintas.

ACCIONES REPARADORAS:

Suponemos que se necesitan dos clases de acciones tendientes a reparar el estado de cosas descrito:

Una acción de mediano y largo plazo para superar las actuales deficiencias de todo el sistema educativo y recuperar los niveles que el país exhibió hasta mediados del siglo pasado, y otra acción inmediata y a mediano plazo (que en el futuro confluirá con la anterior) para remediar los daños que ya resultan evidentes, por la deficiente, muy deficiente formación profesional. Dicho esto sin perjuicio de las siempre vigentes excepciones a la regla general esbozada.

Esta deficiencia generalizada, lamentablemente tampoco es un dudoso privilegio de la Abogacía, y a propósito de un debate muy semejante abierto en la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de La Plata, se ha expresado el Arq. Horacio Lafalce, Consejero Superior de esa Universidad:”Conseguir que los alumnos accedan a las prácticas en su formación es una condición indispensable no sólo para los médicos sino para todo el espectro universitario y no debe tener el límite determinista y facilista y resignado de plantear que *no es posible*”. (Diario “El Día”, La Plata,11-7-09)

¿”TITULOS HABILITANTES” O “TITULOS VALIDOS”?:

Avistada entonces algunas de las principales deficiencias en la formación del Abogado (como en general de todos los profesionales), tengamos presente que la Ley de Educación Superior vigente (24.521) pretende –inconstitucionalmente- que tales títulos “habilitan para el ejercicio profesional” (art. 42), en tanto en la realidad, las provincias ejercen ese poder de policía que nunca delegaron en el Estado Federal (art.121 C.N.).

Desde el atalaya constitucional, afirmamos sin riesgo de equivocarnos que los títulos universitarios en nuestro país **NO HABILITAN PARA EL EJERCICIO PROFESIONAL**, pero que son **VALIDOS EN TODO EL TERRITORIO NACIONAL**, como presupuesto insoslayable para obtener la habilitación en cada jurisdicción provincial (o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).-

A la inconstitucionalidad insanable de dicha cláusula, se suma también la peligrosidad social que importa que las Provincias, a través de sus Colegios profesionales, no hayan implementado requisitos mayores para certificar ante sus ciudadanos que el portador de un título profesional válido, está realmente capacitado para el ejercicio profesional responsable, seguro y mínimamente idóneo.

En términos llanos, que los ciudadanos y habitantes, y sus derechos y obligaciones, no sean objeto de experimentación o práctica por parte de noveles profesionales, con lo aleatorio que tal circunstancia significa para el resultado de tales experiencias, en las que se encuentre así controvertida la vida, la libertad, el honor, los derechos y el patrimonio de los mismos ciudadanos.

Esta parece pues ser la **visión real** de la Abogacía hoy, distinta y distante de la **visión ideal y superior** que aspiramos para la Abogacía.

¿Es ésta conclusión una exhibición de pesimismo?

Absolutamente no, pero las comprobaciones fácticas son como tales, tercas, incommovibles, y ellas nos advierten también de la poca fiabilidad que la sociedad tiene de los jueces, el sistema de justicia y por ende de los Abogados.

- La misma encuesta de la FACA concluye en que el 51,2% de los abogados tiene una imagen regular del sistema de justicia, mientras la opinión pública opina en un 49% que el sistema es malo.

- El 94,7% de los abogados y el 83% de la opinión pública consultada coincide en la necesidad de reformar el sistema judicial.

- En agosto de 2007, según encuestas de FORES, 8 de cada 10 encuestados opinaron que la justicia es poco o nada confiable

- En el año 2006 en el X Congreso Nacional y II Congreso Iberoamericano de Capacitación Jurídica, el Presidente de la Suprema Corte Provincial Bonaerense señaló que el 90% de la gente desconfía de la Justicia.

- En julio de 2007, el Observatorio de la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, difundió su informe en el que aseguró que sólo los jueces de Ecuador son considerados menos confiables que los de la Argentina, que está superada en ese índice por Guatemala, Colombia, Venezuela, etc.

Nos encontramos pues en una situación mas que crítica, en la que la Abogacía debe tomar la iniciativa, por los canales participativos que la sociedad democrática permite, para hacer el esfuerzo desinteresado, altruista, de propiciar y propugnar los cambios que –los hechos están a la vista- la sociedad requiere, en línea con la visión y misión pública que hemos intentado delinear.

El desafío expuesto, ni siquiera implica una transformación social. Es simplemente una rectificación de caminos suficientemente recorridos con incertidumbres que en nada han contribuido al bien común.

Si en materia educativa el país se dio la ley Avellaneda y luego la ley 1420, y por añadidura la “Ley Lainez”, y sus resultados positivos –conforme a la época de su sanción- son indiscutibles, hoy es preciso revisar lo hecho en las últimas décadas, en las que las sucesivas leyes federal de educación y nacional de educación, no han demostrado sino errores recurrentes con incapacidad de suplantar y superar los sistemas anteriormente vigentes, pudiéndose afirmar lo mismo de la actual Ley de Educación Superior, que en nuestra concepción sólo ha beneficiado a intereses transnacionales globalizadores. y a una minoritaria corporación universitaria, usufructuaria de las prebendas que los mismos les conceden, sin perjuicio de sus ideologías supuestamente progresistas, que curiosamente, son en realidad íntimamente contradictorias con tales estructuras.

EN SÍNTESIS: La Misión Pública sólo puede cumplirse eficazmente cuando el Abogado posee la formación idónea para asumirla, y esa idoneidad así como no se agota en los conocimientos académicos, tampoco se completa con las capacidades practicas –como hemos insinuado mas arriba- sino con la internalización de un plexo axiológico producto de una convivencia específica, que constituye la **formación profesional**, y que ocurrentemente, el Dr. Plastino (diario “El Dia”, La Plata, 10-9-08) llamara “La magia de la Universidad”.

Esa coincidencia entre saberes, experticia y valores, debe resultar de la coincidencia entre Universidades y Colegios Profesionales, instituciones ambas creadas legalmente, orientadas al bien común, y actualmente insuficientemente comunicadas.

Sólo así con una acción de base e integradora, la Abogacía estará en condiciones de desarrollar plenamente sus potenciales capacidades, en beneficio del bien común, del interés general, afianzando la Justicia y asegurando los beneficios de la libertad para todos los habitantes de la Argentina, en progreso hacia una democracia republicana cierta y efectiva.-

HACIA UN NUEVO PARADIGMA EN EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: EL MODELO DE ANÁLISIS Y GESTIÓN ESTRATÉGICA DE CONFLICTOS

Dr. RUBÉN ALBERTO CALCATERRA

COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL

SINTEISIS.

Este trabajo propone un sistema de abordaje a los conflictos interpersonales que involucran derechos disponibles, capaz de analizar las relaciones de incompatibilidad entre personas físicas entre sí, entre personas físicas y jurídicas y entre personas jurídicas entre sí, que integre, para la gestión de esas incompatibilidades, tanto a los métodos tradicionales (arbitraje y proceso judicial) como a los hoy conocidos como alternativos (negociación, mediación y facilitación) y a las variantes de todos ellos, con la finalidad de conformar una nueva administración de justicia.

I.- LA CUESTIÓN.

1.- Se ha señalado, y en la actualidad no quedan dudas, que la redefinición de los objetivos públicos de todo Estado democrático y moderno, preocupado por el bienestar social pasa, en gran medida, por la integración de un sistema de justicia capaz de dar respuesta a una conflictividad social que día a día registra índices inéditos de aumento.

Afirma Castiglione que *“la inmensa mayoría de los juristas acepta que el derecho tiene alguna vinculación con la justicia”*¹, y a partir de allí se pregunta: *“¿cómo surge la justicia? O, dicho de otro modo ¿cuál es el factor que la potencia o pone en movimiento?”*, para concluir que es el conflicto la causa productora del derecho, contraponiendo así su opinión a la corriente que adjudica a la necesidad de dictar leyes el hecho generador de la justicia jurídica.

La demostración concreta de su pensamiento, con el que coincido, está en el hecho de que si *“todo el mundo estuviera de acuerdo, si no hubiera antagonismos y desacuerdos, el derecho no se justificaría”*; pero eso deviene en utopía porque también está generalmente aceptado que el conflicto es un fenómeno universal y cotidiano y los intentos de eliminación del fenómeno también han devenido en utópicos como ha sido la tentativa marxista, o los meramente temporarios, como el desarrollo del amor y la solidaridad entre los primeros cristianos según lo recuerdan los Hechos de los Apóstoles².

El conflicto ha sido visto como una contraposición de intereses, como el choque de pretensiones antagónicas o, como lo hace Entelman en su intento por encapsular todas las acepciones en una omni-comprehensiva de todas, como una incompatibilidad de las metas u objetivos que persiguen los conflictuantes³.

No parece dudoso que el derecho *“nace cuando unos hombres que se hallan en conflicto, en vez de resolverlo por la fuerza, deciden hacerlo por la palabra”*⁴, pero tampoco resulta novedoso que el dere-

¹ Castiglione, Julio César, *Derecho, conflicto y justicia*, Revista El Derecho, 15/09/2000, pág. 3.

² Hechos de los Apóstoles, 4, 32 y sig., cita de Castiglione en obra citada, pág. 4.

³ Entelman, Remo F., *Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2002, pág. 49.

⁴ Villey, Michel, *Compendio de Filosofía del Derecho*, Eunsa, Pamplona, 1981, pág. 39.

cho necesita de la fuerza para consumarse, lo que produce cierta tensión entre el intento de eliminación de la fuerza como método de motivación de conductas y la necesidad de su utilización para asegurar el cumplimiento de la conducta deseada.

Desde una lógica lineal se ha sostenido que la causa que provoca la consecuencia conflicto son las diferencias que existen entre los conflictuantes acerca de un hecho; el abordaje que proponen es, entonces, la eliminación de las diferencias, pero, como ya lo he sostenido, *“el error de este planteo está en no advertir que las igualdades no nos dan demasiada información. La información la vamos a encontrar en las diferencias”* y que, además, *“las peleas no se producen por las diferencias, sino cuando esas diferencias son excluyentes de los valores del otro”*⁵.

2.- A partir de la década de los años 70, se viene registrando una evolución en la concepción del abordaje a los conflictos interpersonales que tiene que ver con la evolución misma de la utilización de la fuerza en la administración del fenómeno conflicto.

En efecto, desde los sistemas tribales, caracterizados por un uso no monopolizado de la fuerza, pasando por los sistemas de motivación directa e indirecta de conductas que llevaron a un uso monopólico de la fuerza por el Estado y centralizado en uno de sus poderes, a partir de década de los años 70 se advierte el ingreso y progreso de un nuevo paradigma a través de los denominados métodos alternativos de resolución de conflictos (RAD o ADR en inglés) que, desde su rescate para su práctica en los Estados Unidos de Norteamérica, vienen privilegiando la búsqueda de consensos a través de procesos conversacionales cuya característica es la exclusión del uso de la fuerza.

La irrupción del nuevo paradigma en el campo del abordaje a los conflictos no fue acompañado, lamentablemente, por una actividad científica que diera cuenta de su significado y alcance; tampoco trajo aparejado estudios ni investigaciones que condujeran a una verdadera integración al sistema de justicia. La resistencia de una gran parte de la comunidad jurídica ha mirado y todavía hoy mira con desconfianza el avance de lo que se ha dado en denominar, por obra de esa misma desconfianza, como “lo alternativo”.

Se trata de un fenómeno que está ahí, que cobra cada día más relevancia, pero que no obtiene más que respuestas tímidas –como las leyes de mediación- a su reclamo de carta de ciudadanía para integrar un sistema de administración de justicia, y menos aún a la necesidad de establecer qué relación tiene con los métodos tradicionales provistos por el Derecho.

Es más, lamentablemente se planteó una suerte de competencia entre los dos campos, tan estéril como contraproducente.

Esa competencia se vio rápidamente reflejada en los mismos planes de estudios de los llamados métodos alternativos, en los que, invariablemente, se incluyeron temas tales como el tratamiento de las ventajas que ofrece lo alternativo frente a lo no alternativo, circunstancia que fue rápidamente respondida por los procesalistas del derecho que advirtieron sobre los peligros de un giro hacia la privatización de la justicia.

Se conformó, así, la dolorosa paradoja de plantear la contradicción entre métodos que buscan la pacificación social, olvidando que otra de las ventajas del paradigma de amplificar las diferencias es el giro de la exclusión –paradigma de los métodos que denomino de resolución por adjudicación, como el arbitraje y el proceso judicial- a la complementariedad⁶ -paradigma propuesto por los métodos que denomino de solución por consenso-, cuya ventaja más apreciable es la búsqueda de acuerdos respetando los valores de cada uno.

⁵ Calcaterra, Rubén A. *obra citada*, página 205.

⁶ Calcaterra, Rubén A., *obra citada*, pág. 73.

3.- ¿Cómo superar, entonces, esas dificultades primarias para concebir un sistema que integre ambos paradigmas?

El nuevo paradigma en comunicación sostiene “*que el lenguaje construye el mundo, no lo representa [...] porque el lenguaje tiene un efectivo aspecto formativo. Decir cómo se llama algo no es simplemente nombrarlo o hablar sobre eso: es, en sentido muy real, convocarlo a ser como uno lo ha nombrado*”⁷.

3.1.- La primera dificultad a superar, entonces, es modificar la forma de nombrar a estos métodos y a quienes los llevan a la práctica. En el primer caso, ello implica una verdadera revolución clasificatoria.

El modelo estratégico propone integrarlos en un único sistema comprensivo de ambos abordajes, distinguiendo, como ya expresara en párrafos anteriores, aquellos de *solución* por consenso de los de *resolución* por adjudicación. En el segundo caso, se avizora como necesario el agrupamiento en una categoría de Operadores de Conflictos a todos aquellos que operen tanto la solución como la resolución de conflictos.

3.2.- La segunda dificultad a superar se refiere a la falta de integración de los conocimientos con que se ha intentado conformar el sistema, que responden tanto al origen atribuido al nacimiento de los conflictos como a las metas que se persiguen lograr con su tratamiento. Así, podemos encontrar atribuciones a problemas de comunicación entre los conflictuantes y/o de significación de los hechos por parte de éstos; en materia de metas se distingue claramente entre los modelos que identifican como tales la obtención de acuerdos, de los que privilegian la mera transformación de las relaciones entre los conflictuantes a partir de la revalorización y el reconocimiento entre ellos. Asistimos así al intento de conformar el sistema a través de una suerte de sumatoria de teorías, técnicas y prácticas cuya expectativa es la obtención de elementos que ayuden a la explicación y comprensión del fenómeno conflicto y a dotar de funcionalidad a su abordaje; entre las primeras se cuentan las teorías del conflicto, de la comunicación, de las narrativas, de la inteligencia, de la estrategia, de la decisión y últimamente de la prospectiva, en tanto que, entre las técnicas y prácticas, las de negociación, mediación y facilitación. Este aspecto ha contribuido a aumentar la dificultad en lo mismo que ha pretendido solucionar, porque la sumatoria de la diversidad de enfoques teóricos sumados a la falta de principios y leyes que establezcan su función e interacción en el sistema, atenta contra la posibilidad tanto de explicar y comprender el fenómeno como a la funcionalidad de su abordaje.

3.3.- Otra dificultad, no menor, es la práctica unánime, corriente y cotidiana, que concibe el abordaje del fenómeno conflicto directamente a partir de alguno de los métodos, lo que provoca diversas anti-funcionalidades:

A-El foco está puesto en la atención primaria a cuestiones del método en cuestión antes que al conflicto mismo.

B-El abordaje se hace sin un adecuado diagnóstico ni pronóstico del conflicto y las estrategias de abordaje se reducen a las necesidades procedimentales.

C-El método está pre-establecido, sin tener para nada en cuenta cuál sería el más adecuado según la naturaleza del conflicto que se presenta. Buena cuenta de ello lo da la organización actual del sistema de justicia que establece como instancia previa para determinados conflictos el método mediación y, para los excluidos de ella o que no hubieran logrado acuerdos en ella, el proceso judicial.

II.- EL DESAFÍO.

Para construir, entonces, un sistema operativo que sea capaz de realizar el análisis previo, en particular, de cada conflicto interpersonal que involucre derechos disponibles, y optimizar su gestión tanto por

⁷ Barnet Pearce, W., *Nuevos modelos y metáforas comunicacionales: el pasaje de la teoría a la praxis, del objetivismo al construccionismo social y de la representación a la reflexividad*, en *Nuevos Paradigmas, Cultura y Subjetividad*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1994, pág. 265.

los métodos de solución por consenso como por los de resolución por adjudicación de derechos, es preciso dar respuesta a los siguientes interrogantes:

- 1-¿Sobre qué bases epistemológicas se construirá el sistema?
- 2-¿A partir de qué ideas?
- 3-¿Qué principios generales será necesario enunciar?
- 4-¿Qué elementos del conocimiento serán los más adecuados para integrar el sistema?
- 5-¿Con qué función e interacción en el sistema?

III.- EL SISTEMA QUE SE PROPONE.

1.- Introducción.

Realizaré una breve cronología que permita entender el proceso epistemológico desde el que el modelo propone dar respuesta a los interrogantes enunciados. Un proceso, cuyos derroteros transitados durante más de veinte años, concibió las ideas a partir de las cuales venimos pensando una nueva administración de justicia.

Comenzaré diciendo que estos desarrollos datan del año 1985 y reconocen un primer punto de inflexión con la aproximación a un método⁸, plasmada en una obra que junto al paradigmático libro del Profesor Remo F. Entelman⁹, encabezó la colección PARC (Prevención, Administración y Resolución de Conflictos), de la Editorial Gedisa, en Barcelona, España, que siguió con numerosas publicaciones de prestigiosos autores de todo el mundo.

2.- Antecedentes.

Los trabajos de investigación sobre el fenómeno conflicto que realizaba en la Argentina el Profesor Remo F. Entelman desde el año 1979, integraron las investigaciones que, primero en el Centro de Estudios Multidisciplinarios de la Familia y después en su continuadora, la Fundación CEMFA, desarrollé desde 1985 en materia de métodos de solución/resolución de conflictos. La primavera italiana de 1989 fue decisiva para la obtención de las primeras precisiones de un modelo que, a nivel micro y a través del método Mediación, se propuso desarrollos a nivel macro relacionados con el Análisis y la Gestión de los Conflictos, a partir de la experiencia que realicé en ese País.

Como toda construcción que aspira a otorgarle un campo disciplinario propio a lo que todavía se presentaba como una práctica novedosa, el proceso demandó la apropiación de saberes provenientes de diferentes disciplinas y la necesidad de superar la dificultad inicial e inevitable de la carencia de una práctica propia en términos cualitativos y cuantitativos suficientes¹⁰.

Es decir, fue necesario superar la limitación que se produce cuando la práctica es todavía insuficiente para informar a la teoría, cuya ausencia, a su vez, provoca el desarrollo de una práctica sin leyes que la gobiernen.

La apertura definitiva a la posibilidad de construir modelos bajo el supuesto de que el universo de los conflictos puede ser tratado buscando soluciones satisfactorias para todos, tuvo lugar cuando la Teoría del Conflicto rompió con la pareja conceptual que la conducía a distinguir entre conflictos de suma cero y conflictos de suma variable, clasificación proveniente de la Teoría de Juegos. El aval provino del propio Entelman que, con una honradez intelectual infrecuente, termina afirmando: *“Debí haber comprendido en aquel momento que lo que ocurría era simplemente que la clasificación no tenía utilidad a los*

⁸ En el mes de abril de 2002 la Editorial Gedisa, en Barcelona, publicó mi libro "Mediación Estratégica", que resumía los trabajos de investigación realizados por mi parte hasta el año 2000.

⁹ ENTELMAN, Remo. "Teoría de Conflictos", Editorial Gedisa, Barcelona, 2002.

¹⁰ CRITTO, A. "El método científico en las ciencias sociales", Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, 1982.

fin del estudio de los conflictos con miras a generar técnicas idóneas para su resolución”, para concluir que “no hay relaciones que se agoten en un solo objetivo igualmente valorado como incompatible por los actores en pugna.¹¹

A partir de allí, fue posible dar cuenta de un modelo que ya estaba estructurado utilizando los nuevos paradigmas en comunicación, en las teorías del Conocimiento, del Caos, de la Cibernética, del Pensamiento Complejo, de la Información y sus capítulos de la Inteligencia y la Estrategia y de la Negociación.

Las investigaciones posteriores a la publicación de *Mediación Estratégica*, las constantes conversaciones con el Profesor Entelman -muchas de ellas abiertas en las clases compartidas con él en la Facultad de Derecho de la UBA-, las construcciones propias de mi parte llevadas a cabo después de su fallecimiento ocurrido en el año 2007, y toda la actividad científica actual que tiene lugar en torno al modelo en el Seminario Permanente de Investigación que coordino en el Instituto Gioja de la citada Facultad, han conducido al modelo hasta el estado que aquí se expone.

3.- La cuestión epistemológica.

3.1.- De lo lineal a lo circular.

Siguiendo el paradigma imperante en la época, los primeros modelos de abordaje a los conflictos fueron lineales y, como tales, parten del supuesto que la causa de los conflictos, que lleva al desacuerdo, son las diferencias entre los conflictuantes.

Su estructura responde a la relación causa – efecto. El conflicto tiene una causa, sin tener en cuenta ni la multiplicidad de ellas que pueden haber llevado al conflicto, ni el contexto, ni los errores del pasado que podrían llevar a comprender el presente y a proyectar sobre el futuro.

Piensan que el conflicto es caótico para la relación entre las partes y que, por lo tanto, la solución es restablecer ese orden a partir del caos.

Para evitar que las emociones entorpezcan el proceso, alienta que los conflictuantes puedan expresarse al comienzo del proceso mediante la llamada aireación de las emociones.

El supuesto es la exclusión. El acuerdo consiste en que las partes se comprometen a no hacer algo que estaban haciendo, mientras que en la relación no se provoca cambio alguno.

La meta de estos modelos es lograr acuerdos.

El modelo lineal paradigmático es el desarrollado por la escuela de Harvard, cuya metodología consiste en disminuir esas diferencias a partir de la facilitación de la llamada comunicación bilateral efectiva, que concibe una comunicación entendida en sentido lineal: cada actor expresa “su contenido” y el otro escucha. A través de esa comunicación lineal se persigue el aumento de las semejanzas a partir de la exploración de las necesidades y de los intereses, desarrollando así un foco intrapsíquico en el que la exploración consiste en las necesidades y los intereses de cada uno.

Los modelos circulares, en cambio, centran toda su atención a los aspectos relacionales de los conflictuantes para modificar los patrones de interacción y proveer cambios de significados. Desarrollan el foco interpersonal. El conflicto representa un orden sujeto a reglas de interacción que hay que desestabilizar para alcanzar un nuevo orden¹².

La comunicación incluye los aspectos digitales o verbales y los analógicos o para-verbales (corporales, gestuales). Los elementos analógicos califican a los digitales, razón por la cual son considerados metacomunicacionales¹³.

¹¹ ENTELMAN, Remo F., obra citada, página 109.

¹² Para Teoría del Caos ver CALCATERRA, R.A., ob. cit., páginas 74 a 76.

¹³ “Asimismo, se sabe que las modalidades neuronal y humoral de comunicación intraorgánica no sólo existen la una junto a la otra, sino

No hay una causa única, sino una serie de causas que se retroalimentan de manera permanente.

Incluye la noción de contexto y los aspectos tanto espaciales como históricos del conflicto.

La metodología consiste en aumentar las diferencias de manera controlada, porque son ellas las que proveen información y permiten la modificación de las historias de las partes, que son las que contienen el conflicto.

Las emociones son controladas y se fomenta la reflexión.

El supuesto es la complementariedad, porque la finalidad es que, si se alcanza el acuerdo, se lo haga respetando las diferencias.

3.2.- Los modelos circulares.

Los tres modelos circulares hoy existentes son tres: el Transformativo, el Circular Narrativo y el Estratégico, de los cuales solo dos, el primero¹⁴ y el tercero¹⁵ han sido publicados de manera sistemática por sus autores. La diferencia sustancial entre ellos se ubica en el nivel de la meta que cada uno persigue: el Transformativo se agota en la transformación de las relaciones, respondiendo a un matiz más terapéutico; para el Circular Narrativo, la meta es también la transformación de las relaciones, pero con la mira puesta en el acuerdo; finalmente, para el sistema Estratégico que propicio, si bien la meta es también la transformación de las relaciones, la mira está puesta, fundamentalmente, en crear las condiciones para que el ingreso del conflicto al método:

A-Permita la elección de aquel más adecuado a las características del conflicto;

B-Facilite la co-construcción de soluciones negociadas.

C-En su defecto, produzca adjudicaciones de derechos que guarden la mayor relación con la realidad de la interacción conflictiva y, por lo tanto, que resulten más eficaces y sustentables en el tiempo.

D-Que las decisiones se tomen bajo el principio de “decisión informada”.

El modelo Transformativo es una reacción al paradigma lineal del modelo tradicional de Harvard, no solo en el decisivo giro epistemológico sino también en cuanto al desdén por el acuerdo. El modelo Circular Narrativo representa un intento de mediación entre los dos modelos, ya que, si bien adopta los principios epistemológicos del Transformativo y desarrolla toda una tecnología para movilizarse, tiene en mira, fundamentalmente, el logro de acuerdos. Finalmente, el modelo Estratégico, si bien también responde a los principios de la circularidad, tiene elementos de los otros tres, sin ser ninguno de ellos. De orientación constructivista y constructivista social, abandona el mundo de los objetos para enfocar el fenómeno conflicto como un sistema complejo que tiende a la investigación interdisciplinaria sobre la concepción de Piaget¹⁶ y García¹⁷, es decir, no se trata de “integrar” o de “poner juntos” o “separar” los

que se complementan y dependen mutuamente a menudo de manera muy compleja. Estos dos modos básicos de comunicación aparecen también en el campo de los organismos fabricados por el hombre: hay computadoras que utilizan el principio del “todo o nada”, de los tubos al vacío o los transistores a las que se llama digitales, porque básicamente son calculadoras que trabajan con dígitos; y hay otra clase de aparatos que manejan magnitudes positivas discretas –análogas a los datos- por lo cual se los llama analógicos [...] En la comunicación humana, es posible referirse a los objetos –en el sentido más amplio del término- de dos maneras totalmente distintas. Se los puede representar por un símil, tal como un dibujo, o bien mediante un nombre. Así, en la oración escrita “El gato ha atrapado aun ratón”, los sustantivos podrían reemplazarse por dibujos; si se tratara de una frase hablada, se podría señalar a un gato y a un ratón reales. Evidentemente, ésta constituiría una manera insólita de comunicarse y lo normal es utilizar el “nombre”, escrito o hablado, es decir, la palabra. Estos dos tipos de comunicación –uno mediante la semejanza autoexplicativa y el otro, mediante una palabra- son, desde luego, equivalentes a los conceptos de las computadoras analógicas y digitales, respectivamente. Puesto que se utiliza una palabra para nombrar algo, resulta obvio que la relación entre el nombre y la cosa nombrada está arbitrariamente establecida [...] Por otro lado, en la comunicación analógica hay algo particularmente “similar a la cosa” en lo que se utiliza para expresarla. Es más fácil referir la comunicación analógica a la cosa que representa”. WATZLAWICK, P., BEAVIN BAVELAS, J. Y JACKSON, D., *Teoría de la Comunicación Humana*, Editorial Herder, Barcelona, 1981, páginas 61/62.

¹⁴ FOLBERG, Jay y BARUCH BUSH, “La promesa de mediación”, Granica, Buenos Aires, 1996.

¹⁵ CALCATERRA, R.A., obra citada.

¹⁶ Piaget, Jean y García, Rolando, *“Psicogénesis e Historia de la Ciencia”*, Editorial Siglo XXI, México, 1982.

conocimientos de diferentes dominios, sino de permitir que las diferentes disciplinas comprometidas en el sistema se vayan integrando a lo largo del desarrollo de éste.

Su mirada está puesta en la administración de justicia y su fin último es integrar a todos los métodos en un solo sistema operativo¹⁸.

4.- En torno a las ideas básicas.

El modelo de Análisis y Gestión Estratégica de Conflictos, en el estadio que hoy se encuentra, se construye sobre las siguientes ideas básicas:

A* Cibernéticamente, los seres humanos estamos considerados como sistemas nerviosos, que aprehendemos los datos del mundo externo a nosotros mismos a través de nuestros sentidos y los construimos por medio de sistemas complejos, denominados *esquemas*, que interpretan y reinterpretan la información sensorial (Neisser, 1967).

B* El modo peculiar que tenemos los seres humanos de organizar nuestras experiencias, de almacenarlas en la memoria y de expresarlas son *las narraciones*.

C* A partir de estos referentes, el modelo sostiene que los conflictos no están en los hechos, sino en las historias que cuenta la gente, a través, precisamente, de esas narraciones¹⁹. Las narraciones son las historias que contamos y nos contamos sobre nosotros mismos, sobre los otros y sobre las vicisitudes de nuestra relación con el mundo y con los otros. El material que contiene el conflicto es, entonces, la narrativa misma.

D* El conflicto es una interacción estratégica entre seres humanos. Esa interacción está comandada por un conjunto de reglas que conforman un sistema organizado en el que los significados llevan a la acción y, a manera de retroalimentación, las acciones determinan nuevos significados, de tal forma que la operación para cambiar las acciones consiste en cambiar los significados que las producen²⁰.

E* En consecuencia, todo modelo que tenga la función de trabajar con conflictos, con pretensiones de universalidad, debe prever un proceso que comience por comprender el sistema de significados con que los actores llegan a él, integrarse con una herramienta de análisis que decodifique esos significados en términos de la ciencia del conflicto y dote al operador de los recursos para provocar el cambio en la interacción, a través del cambio en los significados. Recién entonces, el ingreso al mundo de los métodos encontrará una interacción conflictual adecuada para gestionar decisiones racionales durante la búsqueda de la solución.

5.- Los principios.

5.1.- Los principios que estructuran el modelo giran en torno a las causas que reconoce como origen de los conflictos:

A- El conflicto reconoce su origen en cuestiones de comunicación.

B- El conflicto reconoce su origen en cuestiones de legitimación, relacionadas con:

¹⁷ García, Rolando, "Sistemas Complejos. Conceptos, método y fundamentación epistemológica de la investigación interdisciplinaria", Editorial Gedisa, Barcelona, 2006.

¹⁸ Constituye uno de los objetivos básicos del citado Seminario Permanente de Investigación Remo F. Entelman, Teoría del Conflicto: del objeto al sistema

¹⁹ "El conflicto no está en los hechos, está contenido en las historias que cuenta la gente, las cuales, a su vez, dependen de cómo cada uno percibe el conflicto". Calcaterra, R.A., obra citada, página 37. Estos conflictos, que se originan en la diversidad de construcción de significados acerca del mismo hecho, plantean también dificultades de comunicación.

²⁰ "Un esquema de relación es una regularidad organizada en torno a reglas en el que los significados llevan a la acción y en donde los significados provienen de la interacción". Calcaterra, obra citada, página 208.

#A. La falta de reconocimiento de la calidad de interlocutor válido.

#B. La negación de los valores del otro: Ya he sostenido que los conflictos no se producen por las diferencias, como se sostiene linealmente, “*sino cuando esas diferencias son excluyentes de los valores del otro*”²¹. Cuando los valores son negados “*la gente se siente amenazada en su supervivencia misma y esto hace que se abroquen en una posición que no variará por el solo hecho de explorar los intereses que sostienen a las posiciones*”.²²

C-El conflicto reconoce su origen en la diversidad de significados con que los actores construyen el mismo hecho. Para ello, el modelo prevé recursos para provocar:

#A. La alteración de las pautas de interacción del sistema;

#B. La creación de la interdependencia entre las acciones de los sujetos.

5.2.- La estructura del sistema.

5.2.1.- Como sistema operativo, el modelo se integra con dos fases –Análisis y Gestión- y cuatro ejes conductores: tres verticales –Deconstrucción del conflicto, Reconstrucción de la relación y Co-construcción de la solución/resolución- y uno horizontal –el Proceso Decisional-.

El eje Deconstrucción del conflicto, que en la denominación del modelo está relacionada con la fase de Análisis del conflicto, también ingresa en el círculo de la Reconstrucción de la relación; a su vez, éste, que junto a la Co-construcción integra la fase de Gestión, ingresa en el círculo de ésta. A su vez, en sentido horizontal, todo el proceso está atravesado por un eje conductor que está representado por el proceso decisional, partiendo de la idea de que todo lo que hacen tanto los actores del conflicto como los operadores, está relacionado con la toma de decisiones. No hay bordes definidos en la relación entre los tres ejes, por la propia dinámica del proceso. Resulta fácil entender que el Análisis es Gestión y la Gestión no prescinde ni abandona el Análisis²³.

5.2.2.- Cada uno de estos ejes recorre instancias, que son las metas operativas del sistema en cada eje. Así, en el eje Deconstrucción del conflicto, la meta operativa es la determinación de los significantes²⁴ del conflicto y su procesado. El eje Reconstrucción de la relación, que integra la fase de Gestión del modelo, tiene como meta el cambio de los patrones de interacción conflictiva, de modo que los actores ingresen en el eje de Co-construcción con las mayores posibilidades de satisfacer sus metas, que es dotar al proceso de los métodos más adecuados a las características del conflicto y aplicarlos de manera racional a través de los argumentos pertinentes a cada método.

A su turno, el eje horizontal Decisión, recorre también tres instancias: durante el eje Deconstrucción, está centrado en determinar *cómo, de hecho*, los conflictuantes vienen decidiendo, que corresponde a una instancia descriptiva de la decisión; en el eje Reconstrucción, las modificaciones de los patrones de la interacción apuntan al cambio de ese *cómo* para orientar al *cómo se deberían tomar decisiones en el caso concreto*, que es la instancia prescriptiva de la decisión, proceso que concluye en el eje co-construcción, en el que los actores estarán en la instancia de *tomar decisiones informadas*.

²¹ Calcaterra, R.A., obra citada, página 205.

²² Calcaterra, R.A., obra citada, página 205.

²³ Se ha criticado esta denominación por considerársela redundante en el sentido que la gestión - en latín *gestioonis*, y cuyo significado implica un conjunto de acciones encaminadas a conseguir algo- incluye el análisis o, en otras palabras, las acciones tendientes al análisis implican la gestión. He mantenido esta denominación haciéndome cargo de la crítica, por considerar que el estadio en que se encuentra tanto la investigación como la práctica en estas temáticas, todavía amerita enfatizar la idea que, para el debido tratamiento de los conflictos, es necesario de un análisis que ocupa el lugar y tiene el alcance que le da el modelo.

²⁴ El término deconstrucción está tomado en sentido derridiano, es decir, concebir al lenguaje desde una metafísica logocéntrica capaz de reproducir en su estructura que las cosas realmente son, de manera que ese “es”, que testimonia la presencia de algo ante un sujeto, ocurre solo en el lenguaje hablado, testimonial (Giannini, Humberto, “*Breve historia de la filosofía*”, Editorial Catalonia, Santiago de Chile, 2005). De allí la necesidad de comprender las narrativas.

5.2.3.- Asimismo, cada eje está integrado por objetos y elementos de conocimiento²⁵.

El Eje Deconstrucción del Conflicto recibe el aporte de elementos de las Narrativas que tienen por función asegurar al operador que la narrativa reúne los elementos de la estructura, así como desarrollar las cuestiones y entregarlas al objeto Teoría del Conflicto, cuya función es el análisis de esas cuestiones.

El Eje Reconstrucción de la Relación recibe el aporte de elementos de la Comunicación y de las Narrativas con la función de hacer circular adecuadamente la comunicación entre los actores y provocar el cambio en la interacción de los conflictuantes.

El Eje Co-Construcción de la Solución se integra con elementos de la Argumentación y de las teorías y técnicas de los Métodos de Solución de Conflictos, como la negociación, la mediación y sus variantes y de Resolución de Conflictos, como el arbitraje, el proceso judicial y sus variantes.

Finalmente, el Eje Decisión, se nutre de elementos de las teorías prescriptivas de la Decisión; de las Ciencias de la Inteligencia, cuya función es el ordenamiento y procesado de la información; y de la Estrategia, para alejar cada decisión de lo meramente intuitivo.

²⁵ Los objetos son aquellos que provienen de teorías que se implantan de manera completa; los elementos son los aspectos o capítulos de teorías que interesan al modelo.

PERFIL DEL ABOGADO DE PARTE Y DEL MEDIADOR EN LA MEDIACIÓN PREJUDICIAL DE LA LEY 13.951.-

Dras. **MARÍA ROSA ÁVILA – YAMILA LAURA CABRERA**

CENTRO DE MEDIACIÓN DEL ÁREA DE GESTIÓN SOCIAL DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO

El presente trabajo está basado en el análisis del perfil del abogado bonaerense resultante de las investigaciones de opinión de los propios abogados sobre sí mismos y sus colegas, y la perspectiva de los jueces sobre los mismos (Informes Fucito) circunscribiéndonos a la problemática específica del rol del abogado como operador del conflicto.

Hemos tomado asimismo en consideración la experiencia recogida por más de diez años en el **Centro de Mediación del Colegio de Abogados de San Isidro.-**

Siendo los abogados los operadores privilegiados, ya sea como mediadores o abogados de parte dentro del proceso de mediación prejudicial, surge como necesario ampliar su formación en aspectos hasta ahora no suficientemente desarrollados tales como: Teoría del Conflicto (análisis estático, dinámico, y en especial el manejo de las escaladas), Negociación (tipologías y complejidades, tipos de negociadores, herramientas de planificación), características y condiciones necesarias del acuerdo, etc.

Frente a este planteo surgen algunas preguntas que enunciamos a continuación y a las que luego intentaremos armar algunas respuestas.

¿Cuál es la situación y posición del abogado de parte frente a la mediación?,

¿Cuál frente a la mediación de la ley 13.951?

Es acaso el abogado de parte una parte más en la mesa de mediación, con funciones complejas y con objetivos muchas veces total o parcialmente incompatibles con los de su cliente?

Y en este universo de abogados, partes, prejudicialidad y juez homologante, cómo se instala el mediador?

¿Cuáles debieran ser los perfiles preferidos de abogado y el perfil de este mediador para poder afrontar las complejidades que se le presentan?

Para elaborar algunas respuestas y luego abonarla con las prácticas debiéramos tener en cuenta:

a) ¿Cómo lo posiciona la ley en su ejercicio profesional?

Sin entrar aún a diferenciar las cuestiones deontológicas, podemos decir que la ley del ejercicio profesional en el “desempeño de su función” será asimilado a los magistrados en cuanto atañe al respeto y consideración que debe guardarsele. Cometerá falta grave quien no respete esta disposición, y su violación podrá dar lugar a la pertinente denuncia ante el superior jerárquico del infractor...

En una primera aproximación podríamos pensar que el Sr. Abogado de parte tiene derecho a exigirnos que lo tratemos como a un magistrado y que además tengamos en cuenta que es él quien tiene la función propia y exclusiva de intervenir en cuestiones en que se encuentran involucrados problemas jurídicos... (art. 56 Ley 5177 t.o. ley 12277 Pcia. Bs. As.).

b) ¿Cómo lo posiciona el Código de Ética?

Las normas de ética profesional, consideran contrario a la dignidad del abogado, fomentar conflictos o pleitos y establece como deber del ABOGADO FAVORECER LAS POSIBILIDADES DE AVENIMIENTO Y CONCILIACIÓN O DE UNA JUSTA TRANSACCIÓN (Normas de Ética del Ejercicio Profesional del abogado incluidas en la Ley 5177).

ART. 13º.- INCITACIÓN A LITIGAR, AVENIMIENTOS Y TRANSACCIONES. PASIONES DE LOS CLIENTES.

1) Es contrario a la dignidad del abogado, fomentar conflictos o pleitos. También lo sería ofrecer espontáneamente sus servicios o aconsejar oficiosamente, con objeto de procurarse un cliente o provocar se instaure un pleito, excepto los casos en que vínculos de parentesco o de íntima confianza lo justifiquen.

2) Es deber del abogado favorecer las posibilidades de avenimiento y conciliación o de una justa transacción. Tal deber es más imperioso en los conflictos de familia y en general entre parientes, en los cuales la intervención del abogado debe inspirarse en el propósito de allanar o suavizar las diferencias.

3) El abogado no debe estimular las pasiones de sus clientes y se abstendrá de compartirlas.

Ahora bien, tomamos en primer lugar el interesante trabajo de investigación “El perfil del abogado Bonaerense”, (Director de Investigación Dr. Fucito. COLEGIO DE BOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Resumen de investigación entre Julio de 1995 y Diciembre de 1996), que releva las opiniones desde la **perspectiva de los abogados de la Provincia de Buenos Aires** sobre diferentes aspectos de la profesión y de sus colegas.

En su introducción, el autor plantea y destaca una serie de preguntas sin respuesta sobre el por entonces desconocido perfil del abogado bonaerense, de las que he tomado especialmente la “j) La negociación, es solo capacidad técnica, o también idoneidad de negociador comercial?” y la “m) Hay un núcleo sólido de estilo profesional en la abogacía que unifica las posibilidades de ejercicio, o existen hoy diferencias importantes que habilitan a ejercicios diferentes?”

En el Capítulo 6: EL ÉXITO PROFESIONAL. EL CARÁCTER CONCILIADOR Y BELIGERANTE., encontramos el Apartado 2 sobre “Conciliación y Beligerancia. Actitud de los abogados” se logra establecer un catálogo de causas muy variadas, para la beligerancia:

1) De la formación universitaria. Nos prepararon para pelear.

2) Por personalidad conflictiva o agresiva (depositar en el caso problemas personales). El abogado duro.

3) Por creencia en la justicia de la causa.

4) Por estrategia general.

5) Por conveniencia del profesional: ser litigante aumenta LOS HONORARIOS.

6) Por diferir el conflicto al juez que nos dice “donde estamos parados” (es decir por estilo autoritario de formación profesional “esperando al juez”)

7) Por la ubicación en el conflicto: beligerante el que defiende a una empresa que prefiere alargar el tema.

8) Por falta de objetividad y compromiso excesivo con la causa defendida.

9) Por inexperiencia y mala formación: el abogado joven necesita foguearse y no transa para “ver como sigue”. No sabe conciliar.

10) Por euforia juvenil: llevarse todo por delante “ganar a toda costa”.

11) Por falta de trabajo: sacar el máximo provecho a lo que se tiene.

12) De la idiosincrasia cultural general: el país es conflictivo, muchas veces al abogado se lo busca para venganza: que “le de con todo” al enemigo, “le haga pagar lo que me hizo”, y no para resolver un conflicto. El perfil del abogado se ajusta al cliente. Esto genera lo siguiente:

13) Por asumir la imagen pública “debida”: buen abogado es el abogado peleador. El que concilia se vendió o es fácil.

14) El modelo económico genera litigiosidad, al generar cálculo económico en el cliente con la convertibilidad y a tasa pasiva, es preferible pagar lo más tarde posible (mismo juego con la inflación y la tasa judicial).

15) Por la inmoralidad prevaleciente: si el abogado avisa o negocia extensamente permite la insolvencia del deudor.

Por otra parte se puede ser conciliador:

1) Porque en el estado actual del Poder Judicial, no hay espacio para la guerra. Respuesta mala, demorada o no respuesta.

2) Por experiencia profesional: como están las cosas en términos económicos, no se sabe que puede pasar dentro de un tiempo.

3) Por necesidad del profesional o por presión del cliente sin dinero.

4) Por personalidad o la calma de los años maduros.

5) Por mentalidad de “intragruppo”: en el pueblo no hay conflictos que no arreglen.

6) Por ignorancia del derecho. Concilia el que no sabe (esto dicen, obviamente, algunos beligerantes).

7) Por moda académica: la mediación

Agotado el espectro de motivos, es interesante rescatar:

I.- LAS CAUSAS EXTERNAS O EXÓGENAS:

a) déficit de formación universitaria que hace creer que el único destino es “abogar” y que esto equivale a “lucha de gladiadores”.

b) la situación económica que genera cálculos en actores y demandados que el abogado no puede controlar. Argumento que podría desalentarse por idéntico cálculo económico realizando el cálculo del Valor Actual del dinero que presumiblemente se podría obtener de la sentencia, sumadas las probabilidades de tiempo que insuma la consecución del juicio hasta su etapa de ejecución.-.

II.- LAS CAUSAS LEGALES:

a) la atadura de los honorarios a la promoción de los juicios

b) y la difícil evaluación de la tarea extrajudicial

III.- LAS DE PERSONALIDAD:

a) Los que se sienten cómodos peleando con otros.

b) Otros cuya realización va unida a mediar, resolver conflictos y mejorar relaciones sociales.

c) Dificultades en la interacción negociadora: Tenemos aquí personalidades complejas de negociadores que serían aplicables no solo a las partes sino en especial a los abogados de parte, que, personalidades complejas para los procesos de negociación y como tales que pueden complejizar el proceso de la mediación.-

A modo indicativo podemos enumerar la existencia de abogados de parte exigentes (con pensamiento suma cero, con diferentes pautas de comportamiento, ya sea agresivas, competitivas, elusivas, intransigentes, con problemas para adoptar perspectivas inter subjetivas del conflicto e imposibilidad de empatizar), tanteadores (manipuladores), etc.

Luego en el Capítulo 7 (ESTRATEGIA PROFESIONAL CON EL CLIENTE Y CON LOS CONTRARIOS), Apartado 3. (ESTRATEGIA PROFESIONAL CON EL CONTRARIO. LA NEGOCIACIÓN), y mas allá de las respuestas que luego se analizan, el autor de la investigación plantea estas preguntas introductorias:

- 1.Cuál es su estrategia inicial cuando recibe una demanda para promover o para contestar, con tiempo suficiente?
2. ...demanda, contesta, llama a la contraparte?
3. ...luego, trata de relacionar con el contrario, espera audiencias? ¿Cómo y quién define la estrategia de negociación con la contraria? Aceptaría la concurrencia de contrarios a su estudio, sin la presencia de su propio letrado?

Respuestas:

Cuando se tiene una demanda, primero se contesta y luego se negocia. La prudencia para fijar derechos, pero también para posicionarse lo aconseja. Es el modelo procesal el que fija condiciones, y la necesidad de los actores, para evitar la insolventación Intencional del demandado.-

El otro tema que aparece en la decisión de promoción o contestación de demandas es el de honorarios. (La legislación ampara el litigio, en términos de conveniencia profesional: esto lo sostienen no solo los que lo aceptan, sino los que promueven arreglos. El que contesta demanda y luego negocia, hace lo correcta e incrementa honorarios.

La otra variable: El peso en la conciliación es la voluntad del cliente. Los abogados de compañías dependen de la estrategia de comerciales y de caja de éstas.

En las grandes ciudades, el no transar ni hablar, ni tratar con el abogado de la otra parte (si es desconocido). Desconfianza. (Calamandrei “Troppi Avvocati” cuando todos quieren un poco más de tiempo para estudiar las posible trampas que les han tendido).

En las pequeñas ciudades puede tomarse el aspecto positivo de confianza que genera el colega conocido.

Salvo instrucciones precisas de no negociar dadas por el cliente, no se ha podido sacar una regla general respecto de la voluntad del abogado de negociar en época temprana, postergarlo o evadirlo.

En cuanto a la decisión y condiciones de transar, sin perjuicio de la dirección técnica que tiene el abogado, la mayoría de abogados bonaerenses estiman que se trata de derechos de los clientes para lo que se necesita la consulta a éstos y su consentimiento.

LA MEDIACIÓN COMO ALTERNATIVA PROFESIONAL: (pág. 51)

... los que opinan que la mediación modificará o mejorará a la situación económica de los abogados lo fundan en:

- 1) La tasa de justicia y los costos de iniciación son un obstáculo a la justicia. En este sentido justicia mediada es justicia más barata.
- 2) Los honorarios se cobran antes. Aunque no sea todo lo que corresponda a un juicio. Se trabaja menos. A la larga es lo mismo.
- 3) La pesada burocracia judicial requiere métodos que la limiten, con jueces burocráticos es mejor la conciliación.
- 4) Mejora la calidad de vida del profesional al evitar comprometerlo profesionalmente en tanto litigio y papeleo inútil, molestias que, por otra parte nunca cobra íntegramente en sus honorarios.
- 5) Socialmente, atenuaría los conflictos.
- 6) Conflictos que no se presentan a la justicia por el costo, tendrían solución.
- 7) En materia de familia, excelente.

- 8) Mejora la imagen social del abogado.
- 9) Habrá trabajo para más abogados que hoy no tienen.

Los que tienen dudas, reservas o están en contra, se fundan en:

- 1) Los procedimientos no son malos, sino los que los aplican. Las técnicas de mediación solo son sustitutos del mal funcionamiento judicial.
- 2) Los que demoran son los abogados, con sus actitudes procesales dilatorias y de no molestar al colega.
- 3) Copiamos instituciones, sin saber como se adaptan a la idiosincrasia nacional.
- 4) Van a haber menos juicios y más transacciones, y por lo tanto el abogado va a cobrar menos.
- 5) Los abogados saben cobrar juicios y no saben evaluar su trabajo extrajudicial
- 6) El profesional que ama litigar no va a estar cómodo en la estrategia negociadora si no acepta un sistema distinto se va a perjudicar.
- 7) La gente acepta conciliar y negociar solo si le conviene. Si no quiere o no puede pagar, no hay mediación que funcione. Tampoco funciona si no hay buena fe.
- 8) No se puede obligar a conciliar, ni mandar a las partes a un psicólogo.
- 9) Funciona solo si se protegen por la ley las remuneraciones de los abogados y no se permite a otros profesionales realizar mediaciones.
- 10) Los abogados de compañías de seguros van a perder, las mediaciones las va a hacer directamente las compañías.
- 11) La gente no va a entender que su caso no ha sido juzgado porque fue reemplazado por una mediación más conveniente, si no que hubo “componenda”; solo el juez como tercero es un personaje respetado. Aquí no se respeta a los profesionales.
- 12) No hay gente capacitada.
- 13) Ni la remuneración, ni el estado de la justicia dependen de este problema. Hay otras cosas que afectan a ambos.
- 14) Puede haber resistencias: los abogados se oponen a todo lo que creen les puede reducir los honorarios.
- 15) Una tradición como la procesal no puede cambiar de un día para otro. La sociedad cambia lentamente.

De la experiencia práctica durante más de 10 años:

- a) El abogado con poca experiencia profesional plantea en general las siguientes cuestiones:
 - ...armar una demanda lleva más tiempo que iniciar una mediación...
 - ...es menos tiempo en tribunales y menos escritos...
 - ...termina la audiencia y sigo con otra cosa...
 - ...es un caso muy complejo por poca plata (juicio de bajo monto) y nunca voy a cobrar lo que mi trabajo vale...
 - ...veo que pasa en la mediación y si no arreglamos, iniciaré el juicio...
- b) Sobre los honorarios preguntan:
 - ...Cómo se regulan los honorarios del abogado en una mediación....?
 - ...Cuánto serían mis honorarios por esta mediación si no hay acuerdo...?
 - ...La verdad es que no se cuánto cobrarle porque no arreglé nada con mi cliente...?
 - ...si el arreglo favorece económicamente a mi cliente cuánto le pido a la otra parte por honorarios...?

...Si le cobro a la otra parte que dirá mi cliente si también le cobro a él...?

c) Abogados más experimentados:

...Plantea el caso y las ventajas para el contrario de arreglar en esta mediación porque a su criterio, el juicio ya lo tiene ganado. Lo fundamenta y argumenta... y luego si ve que hay una respuesta que pueda interesarle y hacerle pensar en una negociación ventajosa en la que ya ha calculado sus honorarios (tanto lo que le va a cobrar a la parte contraria como a su cliente...) se queda en el proceso. Generalmente tiene claro que puede ganar lo mismo pero en menos tiempo y con menos trabajo. Luego, puede que ceda en función del tiempo y tareas que se ahorra, sobre todo el eludir las molestias de los tribunales. Esto es lo que manifiesta muchas veces en la entrevista previa y lo ha convencido a su cliente de que o “arreglamos rápido” o nos vamos...

...Si tiene bien pactados sus honorarios, trata de aprovechar la mediación, si no va al litigio.

d) Están también los que por inexperiencia o por darle siquiera una satisfacción al cliente intentan en una mediación esos reclamos que no tendrían mucha viabilidad judicial, intentan en una mediación... (a veces los milagros también ocurren)...

Por otro lado, en idéntica investigación, pero publicada en el año 2000 con la **perspectiva judicial del abogado bonaerense**, surgen motivaciones y consideraciones desde esta perspectiva judicial respecto de los abogados, de manera atinente en varios casos respecto de la gestión de conflictos judiciales.-

Así, destacamos algunas consideraciones al respecto:

En el punto h se habla de “inadaptación a nuevas formas de trabajo”.

Algunos jueces de familia han aludido a la resistencia de los abogados a aceptar que el criterio adversarial, beligerante y contradictorio del enfoque tradicional no es el modo entendido como adecuado para tratar temas de familia, y es considerado una desactualización de sus conocimientos. Las consideraciones hablan de falencia en la formación, planteando como solución la incorporación de criterios renovados en las universidades o mediante cursos de actualización, y en especial planteando que el objetivo de esta enseñanza pasa por constituir al abogado en un colaborador de la paz familiar y no un incendiario a partir de asumir como propia la posición de su patrocinado.

En el punto V se ve que el juez entiende que él conoce más que los abogados por diferentes causas, la experiencia y responsabilidad; mayor técnica procesal; mayores oportunidades de capacitación ante la cantidad y variedad de causas; mayor disponibilidad de tiempo para el estudio; y un planteo muy interesante que indica que “mientras el abogado presenta el problema, el juez lo debe resolver”, ya que no propone como las partes sino que dispone, diferencia esta última de índole funcional y no de conocimientos diferenciales.

Un aspecto también muy interesante a tener en cuenta planteado en el mismo estudio se refiere a la percepción por parte de los jueces de los límites que les genera la actuación de los abogados en juicio, en caso de errores de planteamiento, para encuadrar y resolver el conflicto sometido. Surge la no coincidencia en el alcance de las facultades que la legislación atribuye a los jueces, para algunos son amplias, y para otros limitadas.

Idéntica postura o encuentro de posturas, podría darse en el ámbito de la homologación judicial de los convenios de mediación.-

Se destaca en la investigación en lo atinente a nuestro tema, el planteo desde la perspectiva judicial de la existencia de abogados con concepciones beligerantes que frustran acuerdos. Situación con la que lucharían tanto las instancias judiciales como los mediadores en su actuación profesional.

El planteo desde la perspectiva judicial llega en algunos casos a plantear la prescindencia o exclusión del abogado, pero se plantea adecuadamente que la búsqueda de consenso por parte de los jueces no

puede hacer perder de vista la latencia del conflicto ni producir la marginación sin más del abogado, tratándose esto último de un abuso o de un manejo equivocado, llegando aun a confundir las incumbencias.

Y por último toman nota también de las dificultades que condicionan la actuación del abogado. Dificultades de índole económico (necesidad de trabajo, falta de liquidez, exceso de trabajo), problemas de formación; falta de responsabilidad en el período formativo.

En cuanto al tema de la ética de los abogados, en un punto los magistrados y funcionarios tuvieron puntos de similitud con la perspectiva de los propios abogados. Estos puntos eran concernientes a la disminución de la ética en las generaciones más jóvenes, y la falta de aplicación de sanciones. Pero no hubo consenso claro entre que conductas son éticas y cuáles no, ni en qué castigar y qué permitir.

En este punto se nota en general una percepción de mayor agravamiento, y respecto de los fundamentos de dicho agravamiento se plantean la posibilidad de decirle al propio cliente que “no tiene razón”, o lo que algunos llaman dar una “predicción de la conducta judicial” (tema coincidente en la anterior investigación referenciada referente a la elección de la estrategia profesional con el cliente y con los contrarios), pudiendo ser una infracción ética actuar contra su criterio en derecho por presión o por interés propio en la causa.

Asimismo, los caso más resaltados de infracciones éticas son la pérdida de la estima profesional y la falta de respeto entre colegas, la menor tolerancia, y en lo atinente al tema que nos atañe, la beligerancia a ultranza.

Sin perjuicio de lo anterior y por otro lado, los jueces no observan en general la anteposición de intereses propios de los abogados a los de sus clientes, y las razones de los comentarios desde la perspectiva judicial se basan en el entendimiento de que el abogado compatibiliza sus intereses, o bien que no puede haber contradicción con los intereses del propio cliente, y solo interpretan como posible la anteposición del interés del propio abogado, pero en este aspecto no existe excesiva visibilidad del problema desde el lado judicial.

No obstante en instancias recursivas se ha planteado como situación clara de oposición de intereses en las conciliaciones, por el modo de establecimiento de los honorarios, que según los propios funcionarios, se premia la litigiosidad y no la composición rápida de conflictos, encontrándose el abogado en el dilema de anteponer sus intereses a los de sus clientes cuando el conflicto es manifiesto. Y se sugiere de manera muy interesante que *“No solo los mediadores deberían ser premiados por la mayor cantidad de arreglos a los que arriben, también la calidad del abogado debería medirse en el mismo sentido pero para ello es bueno que se le reconozca económicamente su contribución a la paz social, más que a mantener o fomentar conflictos interminables”*.-

A esto se suma la percepción de la existencia de conflictos entre los abogados de ambas partes, y cuánto se incrementa dicho conflicto durante la tramitación del expediente. Se ha planteado aún hasta instancias de conciliación o mediación entre los colegas que revisten esta situación.

En cuanto a los fundamentos surgieron la formación competitiva aguerrida e individualista, el carácter, la soberbia, la falta de aprendizaje sobre como asumir intereses ajenos sin compromiso emotivo.

Por último tenemos el acápite de la Ética de los Abogados Según los jueces. En este punto se da la opinión sobre el falseamiento de los hechos para posicionar al cliente, y cuando se excede la estrategia o una exageración de la misma pasa a ser un falseamiento, y como tal, una falta ética. Sin perjuicio de quienes planean que no hay falseamiento si son los hechos los que no se ajustan a la realidad, por la existencia de una obligación de defensa. La crítica se plantea cuando se acude al fraude procesal, no obstante lo cual algunos jueces plantearían que los abogados con sus estrategias pretenden posicionar y no agraviar, siendo que los abogados utilizar artilugios procesales para hacer ver las cosas como quieren que se vean. Dentro del ámbito judicial estaría tolerada la parcialidad del abogado, cuidando de no cometer los excesos que transformen la situación en una falta de ética profesional.

Y llegando al capítulo más específico (capítulo IX) Beligerancia y conciliación, perfil preferido de abogado, lo que se trata es este carácter conciliador o beligerante que presentan los abogados a la vista de los jueces y el perfil preferido de abogado como tipo ideal construido por los jueces.

Algunas de las consideraciones encontradas han sido: a que todos los abogados son litigantes a ultranza, que esta beligerancia es por formación, que los que tienen pocos juicios son beligerantes, que son más beligerantes las generaciones mayores, que la necesidad produce la conciliación (ej. Alimentos), y que la conciliación depende también de cuestiones ajenas a los abogados. En cuanto a las cualidades mencionadas, encabezó la lista la capacitación y la ética, quedando en quinto lugar que sea conciliador negociador y flexible.

Así, respecto del rol del abogado en la mediación y en especial del perfil del abogado de la provincia de Buenos Aires, se destaca que la negociación es fundamental en la abogacía. Los abogados desempeñan un papel esencial en las negociaciones de la Sociedad.-

Ahora bien, donde puede residir la incompatibilidad total o parcial de los intereses de los abogados y su cliente?

Mnookin (V. ob. Cit.) habla de la gestión de tres tensiones, y plantea justamente como una de las tensiones existentes y a gestionar, la del “agente” o negociador y su cliente, agente que podríamos asimilar al abogado de parte.

No cabe duda que el abogado y su cliente son dos personas diferentes, y como tales tienen cada uno de ellos intereses diferentes y propios, el problema no es que los intereses sean diferentes, sino la complejidad de que sean incompatibles de manera total (supuesto más improbable) o bien parcial.-

El patrocinio es un requisito legal insoslayable, tanto en la instancia judicial como en la instancia de la mediación prejudicial objeto de la ley.

Ahora bien, mucho se ha hablado de las dificultades o complejidades que presenta esta posible existencia de intereses diferentes y parcialmente incompatibles de los abogados con la parte (costos del patrocinio, de los sistemas de control, las cuestiones de personalidad beligerante, etc.), pero lo que debiera reforzarse, sobre todo en temáticas como las que nos ocupan, es en las ventajas que en la mesa de mediación nos aporta la existencia y la presencia del abogado de parte.-

Las principales ventajas que podríamos enunciar consisten en:

1.-los conocimientos especializados y específicos del derecho y del sistema legal (¿qué leyes y procedimientos legales son aplicables al caso?);

2.-los recursos (por su reputación y relaciones, y por la existencia lógica de negociaciones repetitivas que podrían predisponerlos a una mayor colaboración para trabajar sobre la identificación de los intereses y en especial en la posibilidad de la creación de valor, así como en generar empatía entre las partes)

3.-las ventajas estratégicas de su presencia en la mesa de negociación, con relación al Mediador, y con relación a la parte (estrategia del bueno y el malo; agente de la realidad).-

4.-las destrezas de negociación, y aquí podríamos destacar la importancia de su rol en la planificación de su negociación, lo que lleva como presupuesto necesario el análisis con su cliente de las alternativas al acuerdo, actuar como agente de la realidad de la parte, y colaborar con el en determinar el valor de reserva y su valor de aspiración en el juego de la negociación. ¿Cuáles son los costos de la negociación y las preferencias de riesgo del cliente? ¿Y el costo del no acuerdo?

No cabe duda que es un desafío que debemos de manera ineludible enfrentar, el de fortalecer y fomentar la formación de un abogado que asesorará a la parte de la mediación, con un perfil que permita llevar adelante un proceso donde se puedan identificar los intereses recursos y capacidades de la otra parte, generar mediante la interacción opciones de creación de valor, procesos de empatía, donde se puedan realizar procesos de colaboración, y especialmente tratar de disolver y si no fuera posible, de gestionar, los posibles choques de intereses entre cada parte con su abogado, reducir la tendencia beligerante, y disminuir la tendencia beligerante (especialmente en la distribución del valor) antes mencionada en los informes tanto de las percepciones de los propios abogados de la matrícula, como de los jueces que interactúan.-

Así la discusión que debiera darse en estos ámbitos es también la de cuál es el perfil del abogado-mediador que puede llevar adelante la consecución de los fines de justicia perseguidos por la legislación, sus características, facultades, y capacidades. Recordamos que el art. 1º de la ley 13951 en su parte final establece que la Mediación se caracteriza por los principios de neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y consentimiento informado. Ahora bien, ¿qué alcance tendrán estos principios? Recordemos ya lo planteado antes como discusión de parte de los propios agentes del poder judicial sobre el alcance del principio dispositivo, y la posibilidad o no de sanear las omisiones de las partes. ¿Qué influencia puede tener este planteo sobre los alcances de los principios de neutralidad e imparcialidad?

Estos mediadores-abogados se encuentran en su hacer alcanzados por supuesto por las previsiones del ejercicio de la abogacía (ley 5177 y modif.) así como por el Código de Ética atinente a la profesión, todo lo cual debe compatibilizarse e interpretarse a la luz de las particularidades del ejercicio profesional del abogado en su rol de mediador.

No cabe duda que en la formación de los mediadores y en el contralor del hacer de los mismos se encuentra la clave y la llave para lograr obtener mediaciones útiles para gestionar los conflictos que se dan hoy día en nuestra sociedad.

Tenemos particularidades de relevancia en el modelo de mediación planteado en la ley 13.951, otros actores del ámbito jurídico, que toman intervención una vez finalizada con éxito la mediación, a los fines de la homologación judicial del acuerdo como requisito de validez, los jueces competentes.-

Esto requiere del mediador y no solo de los abogados de parte un hacer ya no solo desde su rol de operador del conflicto sino también desde su rol de operador del derecho, gestionando el acuerdo de manera tal que el mismo pueda ser razonablemente homologable en instancia judicial. Debemos en este contexto dejar de lado quizás la vieja discusión del poder absoluto de las partes en el contenido del acuerdo, esto toda vez que la ley 13951 en su art. 19 que el acuerdo se someterá a la homologación del Juzgado sorteado, el que la otorgará cuando entienda que el mismo representa una justa composición de los intereses de las partes. Esto a través de una resolución fundada homologando o rechazando el acuerdo, dentro del plazo de diez (10) días contados a partir de su elevación, y pudiendo formular observaciones al acuerdo, devolviendo las actuaciones al Mediador para que, en un plazo no mayor de diez (10) días, intente lograr un nuevo acuerdo que contenga las observaciones señaladas. (arts. 20 y 21) y en el supuesto que se deniegue la homologación, quedará expedita para las partes la vía judicial.(art. 22).-

Así el mediador de esta ley deberá no solo realizar su actividad de gestión del conflicto, sino que en el caso de un acuerdo deberá conjuntamente con los abogados de las partes, velar ya no solo por la eficacia del acuerdo respecto de la voluntad de las partes y lo negociado por las mismas, sino también, prever que los requisitos formales y materiales del convenio permitan que el mismo pueda ser homologable, es decir, que pueda reflejar lo que las partes negociaron y que este contenido implique una justa composición de los intereses de las partes.

Adquiere así una relevancia explícita la necesidad de que el perfil del mediador de la ley 13.951 subsuma los requisitos deseables también del perfil del abogado en lo atinente a los conocimientos, formación y experiencia profesional.

NOTAS

1) Perfil del Abogado Bonaerense – Vol.1 y 2 – Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales CIJUSO – La Plata, diciembre 2000.-

XVI Conferencia Nacional de Abogados

- 2) Perfil del Abogado Bonaerense – Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales CIJUSO – La Plata, 1996.-
- 3) Resolver Conflictos y Alcanzar Acuerdos (Mnookin, Peppet, Tulumello) – Gedisa – 2000
- 4) El arte y la ciencia de la negociación – Raiffa, Howard – Ed. Fondo de Cultura Económica / Economía Contemporánea

**GESTIÓN, ADMINISTRACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.
MEDIOS ALTERNATIVOS. MEDIACIÓN, ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN.
ROL DEL ABOGADO. CUESTIONES DE ÉTICA.**

Dra. MARIA CRISTINA CAVALLI

COLEGIO PUBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL

RESUMEN DE LA PROPUESTA

Estamos transitando una experiencia altamente positiva.... Ver renovada una institución que pueda cambiar la cultura de la resolución de los conflictos a nivel social es algo digno de ser tenido en cuenta. Decimos renovada por que la participación de un tercero en la resolución de un conflicto es tan antigua como el ser humano. Las consideraciones y análisis que a continuación queremos compartir, son el producto de la experiencia cosechada a lo largo de más de 12 años de ejercicio, estudio y práctica de la mediación y la apertura al conocimiento de otras ciencias y otras disciplinas.

Los profundos cambios que afectan en la actualidad a la sociedad, las crisis que se observan en distintos países y el cambio del estado “protector” que de proteccionista ha pasado a estado delegante, plantean la necesidad de que sean todos los actores sociales los que se envuelvan en la solución de los problemas que les afectan.

Hoy se habla de retomar el protagonismo, volver a los principios de cooperación, de participación y desterrar el individualismo que se apoderó de muchas generaciones.

Nos encontramos ante un dilema, debemos encontrar nuevos caminos, nuevos lenguajes que se adecuen al cambio cultural que se ha ido operando.

Vivimos una época de incertidumbres y de asombros, es el tiempo de las grandes transformaciones. Solo pensar en el crecimiento matemático de la población en el mundo nos llena de incógnitas en cuanto a las fuentes de alimentos, ecosistemas, etc.

Este aumento de la población se ve complementado con las migraciones, el borramiento (desaparición) de fronteras y lo transcultural.

La era que nos toca vivir es evidentemente de reformas de tipo legal e interés social en los modos en que la gente maneja sus diferencias y la mediación, como método RAD se han convertido en un prominente tema de debate y de cambio, en las políticas públicas.

Estamos en el cambio de paradigma.

Advertimos, sin embargo; por la práctica generada en estos más de doce años, que la mediación debe tener identidad propia en cada sociedad que se aplique, pues ello está relacionado con el desarrollo, mantenimiento, éxito y arraigo de la institución.

Desarrollo

El conflicto que antes se veía como algo negativo y que debía evitarse a toda costa, hoy se valora como un aporte al desarrollo, como algo positivo, y como el ideograma chino expresa “el conflicto es una oportunidad para crecer”.

Una de las características que distingue al pensamiento contemporáneo acerca de la resolución de disputas y el manejo de conflictos es la crítica al aspecto formal, legal y adversarial de muchos de los procedimientos legales especialmente el arbitraje y el juicio, pues no poseen suficientes herramientas conceptuales para considerar otros componentes de los conflictos como son los afectivos, sociales y culturales.

En el Foro en Resolución de Conflictos de la Red de América Latina, realizado en Colombia en junio de

2007 se destacó que los sistemas judiciales atraviesan una profunda crisis.

Así lo han evidenciado las encuestas realizadas para medir la opinión de la ciudadanía en varios países latinoamericanos durante la última década, Sus resultados han sido alarmantes y elocuentes. Baste algunos ejemplos que así lo indican: la realizada por el Instituto Gallup en el Argentina (1994) con el soporte de la Agencia Internacional para el Desarrollo (AID), arrojó que: “Se advierte una opinión general predominantemente negativa (40% regular, 49% mala o muy mala); la gran mayoría de la población no encuentra aspectos positivos en la justicia argentina (80%); los aspectos negativos (35%) son la lentitud y la burocracia, mientras que para el resto además no es justa, es parcial, privilegia a los ricos, es corrupta, es impune, es dependiente, politizada, hay amiguismo, existen leyes blandas, poco severas, desactualizadas (entre el 9% y 4%). A lo anterior se le suma que se indicó como problemas perentorios la excesiva lentitud/demora en resolver las causas judiciales (65%) y la corrupción (57%)”.¹ A más de seis años de aquella encuesta la percepción ciudadana sobre la justicia argentina sigue siendo negativa y se afirma que, además, existen indicadores objetivos que no harían pasar al Poder Judicial el test sobre las características indispensables que tiene que tener una organización en una economía contemporánea, competente y eficiente.¹

Como respuesta a ello la mediación prolifera a un ritmo rápido y penetra en nuevas áreas de la vida social.

La vida en comunidad genera infinitas interacciones ente los individuos que la componen.

Las redes sociales cada vez más complejas debido a la informática, la ciencia y la tecnología, producen cambios a ritmo frenético y se multiplican los conflictos.

El movimiento conocido como Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos es una propuesta más que válida en este cambio cultural y sostenemos además que la mediación tiene que ser una experiencia educativa.

¹ Alvarez, Gladys: Stella “Mediación y Acceso a Justicia”. Ed. Rubinzal. 2005. Buenos Aires.-

¹ El muestreo de opinión fue preparado y encargado por un grupo de organizaciones no gubernamentales – Poder Ciudadano, Conciencia, Fundación Libra, entre otras – financiado por la Agencia para el Desarrollo Internacional (AID) con la participación como organizadora y administradora de la Fundación La Ley, Buenos Aires, 1995.

¹ Investigación UBACYT – CONICET, dirigida por Ana I. Piaggi de Vanossi, Poder Judicial, Desarrollo Económico y Competitividad en la Argentina I, Buenos Aires, ed. Depalma, 1999, p.

Reseña de la experiencia en nuestro país

El 4 de octubre de 1995 se sancionó la Ley 24.573, que estableció por diez años, en la Capital, la mediación prejudicial obligatoria antes de la iniciación del juicio en casos de justicia civil y comercial. Pero la experiencia comenzó en el año 1993 en la Ciudad de Buenos Aires, por ONGs, impulsada por grupo de jueces y autoridades del Poder Ejecutivo

Un estudio cuya fuente la encontramos en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos determina que se redujo en un 30 % los casos en tribunales y que el 60% de las personas que recurrieron a la mediación no fueron a juicio, otros datos indican que de 1.075.847 reclamos judiciales 190.449 fueron tratados en mediación, lo que representa un 36%. Asimismo los que decidieron continuar con la instancia judicial, luego de haber pasado por la instancia de mediación fueron el 38,5% del total, con lo que la mediación desactivó el 61,5%. Estos datos son entre los años 1995/2006.

Las partes acceden a la mediación por sorteo efectuado por las Cámaras respectivas, o por elección privada de una lista de ocho mediadores, sin interposición de demanda.

Los mediadores prestan sus servicios en sus oficinas particulares.

El acuerdo, de celebrarse, ante estos mediadores, posee el valor de sentencia judicial. Solo se necesita homologación cuando estén involucrados menores o incapaces.

La reducción de costos en relación a un juicio es notable: en la mediación oficial sólo se debe pagar 25 pesos en concepto de arancel - contribución al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-, los gastos que irroguen las notificaciones a las partes, más otros \$ 40 por gastos administrativos. En el caso de la Mediación privada, la tasa se reduce a \$ 15. En ambos casos hay que considerar que los honorarios del mediador pueden acordarse entre las partes y supletoriamente rigen los fijados por ley, que los establece por el monto del reclamo en cuestión, de la siguiente forma:

- 1) asuntos en los que se encuentren involucrados montos hasta 1.500 pesos, 200 pesos,
- 2) asuntos de monto superior a 1.500 pesos y hasta 3.000 pesos, 300 pesos,
- 3) asuntos de monto superior a 3.000 pesos y hasta 6.000 pesos, 600 pesos,
- 4) asuntos cuyo monto sea superior a 6.000 pesos y hasta 30.000 pesos o se trate de asuntos en los que no se determinó en el formulario de requerimiento, 900 pesos,
- 5) por último aquellos asuntos a partir de 30.000 pesos, 1.200 pesos.

De esta forma reclamamos de bajos montos que antes de la ley no eran considerados o se abandonaban pues el costo judicial no justificaba la tarea, indican las estadísticas que han tenido la siguiente acogida: el 58,/% de ellos han resultado con acuerdo

En la actualidad encontramos leyes de mediación en nueve provincias argentinas con diferentes experiencias. El Congreso Nacional extendió por dos años este sistema -al aprobar la Ley 26.094- que permitió a miles de personas resolver sus conflictos de manera rápida y económica sin pasar por tribunales.

“De las 24 provincias más del 80% han implementado programas de mediación ligados al servicio de Justicia, dictando normas de rango legislativo más del 70%. El resto normas acordadas por los tribunales. Más de la mitad de los programas –el 58%- establecen la mediación voluntaria y gratuita –el 52,62%-. Las temáticas comprendidas se asimilan a las del Programa Nacional mencionado, aunque algunas provincias han comenzado a desarrollar la mediación en conflictos penales con adultos Rio Negro; Chaco; Prov. De Bs.As. Con menores infractores Mendoza y Neuquén.

El Registro de Mediadores mayoritariamente, lo administran los Tribunales Superiores de Justicia. En algunos los mediadores constituyen un grupo de profesionales pagados por el Poder Judicial; en otros pagados por las partes.

Muchos consejos profesionales tienen centros de mediación, la Universidad de Bs.As. con el patrocinio jurídico gratuito, ofrece el servicio a personas de bajos recursos.

También la mediación alcanzó otros ámbitos como el educacional, creando a partir del año 1995 el Programa de Mediación Escolar, en el ámbito de la Ciudad de Bs.As., habiendo capacitado hasta el 2005 como mediadores escolares a más de 1951 alumnos (niños entre 10 y 12 años), 3,255 docentes, directivos y personal educativo.

En el mes de noviembre de 2003 a nivel Nacional, se lanzó el Plan Nacional de Mediación Escolar, del que formamos parte las presentantes de este trabajo, invitando a las provincias a unirse para trabajar activamente desde la escuela, enfocándose en nuevas estrategias de prevención de conflictos, de la violencia y mejoramiento de la convivencia escolar apostando a que introduciendo la mediación en las escuelas, se ayudaría a manejar adecuadamente los conflictos y favorecería el aprendizaje de los estudiantes educándolos para la democracia, la paz y los derechos humanos.

Existen en la actualidad varias provincias, que han dictado su ley de mediación escolar.

En el país hay 4.141 mediadores abogados matriculados, que han completado una capacitación de 100 horas aprobado un examen inscriptos en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, los que a su vez deben realizar capacitación continúa anual (20 horas). No todos se encuentran en ejercicio por diversas razones; falta del pago de la matrícula, no cumplir con la capacitación, etc.

Destacando que quienes han cumplido sólo con la reglamentación impuesta por el Ministerio, tienen en la actualidad más de 240 horas de capacitación, sin contar con los abogados mediadores entusiastas con la institución que hoy llegan a tener más de 1000 horas de capacitación y mediaciones diarias dentro de su experiencia.

Existe además en nuestro país abundante literatura que refleja la experiencia obtenida en los distintos ámbitos donde la institución se ha ido desarrollando e imponiéndose fuertemente.

Básicamente, lo que propone la **mediación** es que las partes en conflicto intenten resolver su disputa con la colaboración de un tercero neutral, con la garantía legal de la confidencialidad acelerando tiempos, abaratando costos y aliviando, a su vez, al congestionado sistema judicial.

La mediación permite eludir los largos plazos de la burocracia judicial.

En general, cuando un juicio promedio en Argentina dura cuatro años, la mediación se maneja en unas pocas reuniones.

La provincia de Buenos Aires ya tiene su Ley de Mediación y falta el Decreto Reglamentario. A nivel Nacional nos encontramos con el proyecto de Mediación de la Nación con media sanción de la Cámara de Diputados. Se espera lograr que la nueva Ley de Mediación sea satisfactoria para los intereses de los Abogados Mediadores Prejudiciales y de la sociedad toda.

Mediación y cambio Social

En las negociaciones laborales e internacionales, la mediación se utilizaba tradicionalmente. Hoy el planteamiento de su utilización lo encontramos en las cuestiones de divorcio, en conflictos familiares, civiles, y comerciales, en planeamientos medioambientales y en el desarrollo de procedimientos y reglamentaciones gubernamentales, en el deporte, en temas penales etc.

Dentro de las organizaciones, la mediación es parte de muchos procedimientos por quejas y agravios, y se la recomienda como complemento de los modos más convencionales de toma de decisiones en el ámbito directivo.

El análisis del fenómeno de la mediación se puede encontrar en disciplinas como antropología, Ciencias de la comunicación, teoría de la toma de decisión económica, ciencias políticas, psicología, sociología y otras áreas también, incluyendo las relaciones industriales, internacionales, la administración y el derecho.

Las diferentes disciplinas se están abocando al “estudio del conflicto”. En consecuencia, los conocimientos desarrollados en un campo son utilizados cada vez más por otros. En la mayoría de los estudios sobre la Resolución Alternativa de Disputas en los contextos legales, por ejemplo, el concepto de “litigar” como un proceso es utilizado por antropólogos, sociólogos, quienes ya dejaron el estudio individualista respecto de las concepciones positivistas de la conducta y la estructura, para poner un énfasis mayor en los individuos y en los miembros de grupos y su “construcción” de las sociedades que habitan.

Basándose principalmente en los estudios de campos observacionales, los antropólogos enfatizan la importancia de un contexto social, especialmente la cultura, para comprender qué tipos de disputas se llevan a la mediación, cómo median los mediadores y qué tipos de acuerdo logran.

En este trabajo, la relación entre el mediador y la estructura social de la comunidad indica que los mediadores, como personas con poder y autoridad, practican la mediación como complemento de sus otros roles sociales, lo que nos lleva a enunciar que la mediación es un cambio cultural.-

Un aporte significativo del estudio antropológico de la negociación y la mediación es la concepción dinámica de las disputas.

Es decir, las disputas no son acontecimientos estáticos; por el contrario, se transforman y traducen a medida que las partes con diferentes intereses se involucran cada vez más y se afirman en sus intereses. Poniendo en evidencia que los mediadores median de manera distinta en las diferentes culturas.

Es posible considerar la cultura no sólo en el nivel social, sino también en las comunidades, organizaciones y ocupaciones.

El estudio de las diferencias culturales sugiere que quienes están en conflicto, por lo general, comienzan la mediación con “marcos” culturales bastantes diferentes, que, a su vez, forman su experiencia.

Enfrentados en la mesa, estos diferentes marcos pueden llevar a malentendidos, confusión, escalada del conflicto.

Es posible argumentar que, con definiciones amplias de cultura en mente, la mayoría de los mediadores trabajan de manera transcultural aun cuando pertenecen a una sociedad.

La diversidad creciente dentro de comunidades y organizaciones, y el deseo de traer a la mesa a grupos anteriormente privados de derechos implica que probablemente las partes actúen según distintos entendimientos culturales.

Los mediadores más efectivos son aquellos que pueden traducir a través de estos límites culturales. La cultura ha resultado un tema difícil para estudiar en negociación. Es evidente que los individuos no manifiestan la identidad cultural de manera uniforme; la socialización, educación y otras experiencias también moldean el entendimiento.

El Rol del Abogado Mediador como Instrumento de Cambio

Se sostiene que la mediación se desarrolla en distintas etapas:

- 1) La comunicación acerca de las cuestiones del proceso y los intercambios de información en los primeros segmentos (por ejemplo, establecer una agenda y normas de conducta),
- 2) Discusiones respecto de soluciones alternativas y posibles en las fases intermedias y
- 3) conversaciones acerca de los acuerdos en las últimas fases.

La evidencia surgida de los estudios sobre la comunicación también sugiere que una mejor comprensión de la motivación de las partes para mediar y llegar a un acuerdo es un indicador de la predisposición de las partes para trabajar en dirección a un acuerdo integrador.

El Abogado mediador se transforma en la persona que maneja el sentido entre los que se encuentran inmersos en el conflicto, cada uno de ellos puede estar actuando desde distintos sistemas de creencias, valores y comunicación por lo que podemos definir a la mediación como un encuentro problemático entre mediadores y partes, en el que prevalecen las diferentes interpretaciones de la situación y los posibles resultados.

Los mediadores son facilitadores, que utilizan sus capacidades profesionales para contener la carga emocional del conflicto y centrar a los litigantes en el objetivo del acuerdo, mientras que dejan la determinación del resultado concreto a las partes.

Es el mediador el que maneja las características principales de la interacción, organiza ajustadamente los tiempos y la manera en que las partes presentan las cuestiones, discute lo que se podría considerar temas ajenos al conflicto, controla la conducta emocional y sugiere posibles acuerdos.

...” un mediador puede brindar una variedad de servicios analíticos a fin de lograr que los litigantes se involucren en la resolución conjunta de problemas. Dada su posición especial, los mediadores tienen conocimiento de las creencias, valores, aspiraciones e intereses de cada parte; pueden utilizar esta información, junto con su propia capacidad analítica, para lograr que las partes lleguen a acuerdos aceptables a los que no pueden acceder por sí solos. Raiffa (1982) “

Los mediadores contribuyen al facilitar el flujo de información, fomentar la creatividad, no permitir la escalada del conflicto y aliviar los costos del movimiento.

En primer lugar, cuando las partes no están de acuerdo con respecto a cuestiones de principios y/o cuando su relación es particularmente hostil y dominada por el conflicto, resulta más difícil para ellas llegar a un acuerdo. Además, en situaciones donde la intensidad del conflicto es alta, los mediadores utilizan tácticas más variadas y directivas.

De la misma manera, cierto tipo de cuestiones presentan más dificultades para los mediadores; las disputas por cuestiones de dinero, por lo general, son más fáciles de resolver que aquellas donde están en juego cuestiones más básicas de privilegios y derechos.

El valor de la conducta ética del abogado en Mediación

En el ejercicio de su profesión el abogado debe defender y representar los intereses de sus clientes en el

marco del litigio. El abogado debe analizar y comprender cual es el conflicto entre las partes como nudo central del problema a resolver.

Es recurrente que al colega se lo vea como adversario y la estrategia elegida por el abogado, a veces no coincide con el modo en que los clientes sienten o piensan sus problemas.

La actualización profesional, el conocimiento del proceso de negociación y mediación por parte del abogado implica un desafío, porque su rol en la mediación es de fundamental importancia:

Es quien asesora a su cliente acerca de sus derechos y obligaciones y lo asiste para una mejor satisfacción de los intereses posibles.

La Ley de Mediación 24.573 dispone que es obligatorio que las partes concurran a la audiencia de mediación prejudicial asistidos por un letrado, en caso contrario se considera como si la parte nunca hubiese comparecido a la citación.

El propósito de dicha norma ha sido proteger los derechos e intereses de las partes por igual, es decir que no se produzca un desequilibrio de poder.

Por ello es deber del mediador no continuar con la mediación en los casos en que una de las partes se presente a la audiencia sin asistencia letrada.

Esto no se exige en las mediaciones comunitarias, donde las partes pueden asistir solas y sin representación.

Resulta importante que el abogado mantenga una comunicación real, directa y efectiva con su cliente, contando con el tiempo suficiente para poder conocer y estar informado sobre los temas a tratar en mediación.

Su actuación se basa en:

- Redactar la pretensión en el formulario de inicio (mediación por sorteo).
- Elegir junto a su cliente al mediador (mediación privada).
- Ayudar a su cliente a darle forma y encuadre legal a su pretensión.

Durante el desarrollo de la mediación el abogado comparte con su cliente las variantes que posiblemente se planteen en oportunidad de las negociaciones

No debemos perder de vista el tema de la especificidad del conflicto. Hay situaciones en donde el conocimiento de determinados temas es nulo o escaso por parte del abogado de parte, por lo que es conveniente solicitar la colaboración de expertos cuando sea necesario, si el tema se basa en cuestiones técnicas de difícil comprensión y acuerdo para las partes

El abogado debe orientar a su cliente para que tome conciencia sobre sus posibilidades para el supuesto de no llegar a un acuerdo, analizar con su cliente su MAAN y en su caso las posibilidades de prosperar en el juicio respetando en todo momento la voluntad de su cliente

En cuanto a su actitud frente al Mediador se hace necesario que acompañe las directivas y determinaciones del mediador en lo que se refiere al desarrollo del procedimiento, colaborando con el mediador y el colega de la otra parte para llegar a un acuerdo mutuamente beneficioso.

-Entender el **proceso para negociar en la Mediación.**

-Conocer **tácticas y estrategias** a aplicar en una negociación.

-Conocer diferentes **estilos de negociación** y valorar su **aplicación** en diferentes situaciones.

-Saber **cómo negociar.**

Dentro de su actualización profesional y ante el auge creciente de la Mediación consideramos importante que los abogados se interioricen de las:

-Características y peculiaridades del proceso de mediación.

-Que Identifiquen el problema objetivo, separándolo de las personas.

- Analicen los Intereses y opciones para la solución del conflicto.
- Que tengan pautas objetivas en la evaluación del caso, y las soluciones posibles, viables y realizables.
- Que tengan en cuenta la trascendencia de lograr escuchar y de conseguir ser escuchado.

También será necesario que el abogado de la parte explique la MAAN y el PAAN suyo y el de la otra parte

Debe asegurarse de que el acuerdo reúna los requisitos de validez legal y de certeza para que el mismo pueda ser satisfecho en ejecución judicial si es necesario.

Por último, es interesante recordar artículos del Código de Ética del profesional Abogado donde se expresa:

*Art. 14. Dignidad y Ecuanimidad.

Todo abogado debe respetar la dignidad de sus colegas y hacer que se la respete. No debe compartir la maledicencia del cliente hacia su anterior abogado ni respecto del que represente o patrocine a la contraparte.

Debe abstenerse de expresiones indebidas o injuriosas respecto de sus colegas, así como aludir a antecedentes personales, ideológicos, políticos, religiosos o raciales que puedan resultar ofensivos o discriminatorios. Los sentimientos hostiles que puedan existir entre los clientes no deben influir en la conducta y disposición de los abogados entre sí.

*Art. 19. Deber de Fidelidad.

El abogado observará los siguientes deberes:

a) Decir la verdad a su cliente, no crearle falsas expectativas, ni magnificar las dificultades, o garantizarle el buen resultado de su gestión profesional y atender los intereses confiados con celo, saber y dedicación...

La Mediación es una intervención interpersonal, por lo que implica de una u otra manera parámetros éticos. Como consecuencia, las cuestiones éticas se rigen por los códigos existentes, reglamentaciones de las profesiones de origen, y por la práctica del mediador. En EEUU, si es abogado se aplicará lo aprobado por la American Bar Association. De igual forma muchas de las Instituciones se rigen por los llamados Modelo Estandar de Conducta para Mediadores.

Podemos entonces diferenciar la actuación del mediador y el respeto al procedimiento.

El mediador cumple con su deber ético observando un comportamiento acorde con lo que se espera de él en el desempeño de su función:

- Conociendo la tecnología del proceso.
- Observando una conducta imparcial y objetiva.
- No imponiendo sino ayudando a razonar.
- Intentando lograr un acuerdo beneficioso para ambas partes.
- Respetando su deber de confidencialidad y neutralidad.
- No teniendo ningún interés con ninguna de las partes ni con el conflicto en sí mismo.

El mediador debe ser un tercero neutral Pro-activo. La pro-actividad no va en contra de la ética cuando:

- Colabora en la generación de ideas.
- Ayuda a analizar propuestas.
- Da tiempo para la reflexión.
- Es un buen traductor de los dichos de las partes.
- Es eficaz en el manejo de la agenda.
- Está atento a los acuerdos posibles.
- Promueve el respeto recíproco.

-Compromete su talento y sus habilidades en pos del éxito del proceso.

Conclusiones

Se desprende por la práctica, que los acuerdos logrados a través de la mediación son más justos y equitativos que los logrados a través de un juicio.

La existencia de programas comunitarios y de los juzgados que derivan las disputas sociales e interpersonales a la mediación también expande el alcance del Estado hacia nuevos campos de la vida social.

Esto significa que a fin de aliviar a los tribunales de determinados casos, se movilizan más recursos del Estado para contribuir al control social.

Además, en cuanto a las características fundamentales de los programas, tipos de casos, empleo de profesionales, participación, etc., el procedimiento informal muestra la alternativa a la resolución judicial.

Una crítica sobre la mediación nos previene de las múltiples dimensiones del poder que se manejan en ella.

Por lo general, consideramos el poder del mediador y cómo se moviliza esa influencia.

Los profesionales discuten el modo de manejar las desigualdades de poder entre las partes y hasta qué punto es responsabilidad de los mediadores ser neutrales respecto de estas diferencias o compensarlas con la defensa.

El trabajo de los politólogos desarrolla este debate e incita a realizar futuras investigaciones respecto de la naturaleza del poder y el rol de la mediación en el manejo de la desigualdad de poder.

A fin de mejorar la tarea que vienen desempeñando los mediadores (facilitar la comunicación entre las partes, concentrarse en la agenda y ayudar a las partes a enfrentar la realidad de su situación), deberían asegurarse además de que la información respecto de las preferencias y prioridades se transmita.

Para contrarrestar las suposiciones simplificadas que cada parte hace respecto de la otra, los mediadores pueden ayudar a que cada uno entienda las razones y los fundamentos de las posiciones tomadas.

El encuadrar las opciones de manera positiva, mantener a las personas dentro de la tarea y acceder a la información disponible para que pueda ser utilizada para generar opciones son algunas de las técnicas que los mediadores utilizan para mejorar la posibilidad de acuerdos integradores, diagnosticar el origen del impasse y elegir las estrategias apropiadas para cada problema conforman la esencia de un procedimiento efectivo y la de un procesamiento correcto de la información.

Una característica típica que define la mediación es que los mediadores no tienen la autoridad formal para resolver los conflictos, las partes controlan el proceso y aceptan en esos términos las sugerencias que le interesan para llegar a un acuerdo.

A pesar de que los mediadores no tienen la autoridad formal, tienen considerables recursos para influir en lo que sucede en la mediación.

Una consideración final nos lleva a decir que, en quienes hemos comprendido la importancia y dimensión de la mediación, se ha operado en nosotros un cambio personal y cultural. Aunque algunos se resisten todavía y nos critican o critican la institución desvalorizándola.

Es importante para su sostenimiento la búsqueda de la excelencia profesional por medio de la capacitación.

Ello lo lograremos comprometiéndonos cada vez más y en el día a día de su práctica, en su análisis, desarrollo y expansión a las diferentes culturas respetando a los profesionales y a la Institución de la Mediación.

**GESTIÓN, ADMINISTRACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.
MEDIOS ALTERNATIVOS. MEDIACIÓN, ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN.
ROL DEL ABOGADO**

DRA. MARÍA BELÉN ORTIZ ISAIA
MENDOZA

INTRODUCCIÓN

Los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflicto (M.A.R.C) son procesos solucionadores de conflictos por sí mismo o por medio de terceros, ejecutados fuera del ámbito judicial.

Los Mecanismos Alternos de Resolución de Conflictos son medios para resolver conflictos interpersonales o grupales.

Constituyen una segunda vía independiente, equivalente y paralela al poder judicial, orientados a la solución privada de los conflictos.

La filosofía de estas vías es refractaria al sistema de administración de justicia monopolizado por el Estado, pues descansan en la autodeterminación de las partes y son veloces, económicos, no requieren de formalidades estrictas, flexibles, voluntarios, obtienen resultados, no generan precedentes, mejora las relaciones entre los conflictuados, se lleva a cabo en un clima no adversarial, miran el futuro y no el pasado, están orientados hacia los intereses y no a las posiciones.

Con los M.A.R.C. no se busca suplantar o abolir al Poder Judicial sino brindar nuevas vías, esto es, agregar más vías a las que ya existen, consecuentemente genera más opciones a las cuales se puede acudir. Así la labor del Poder judicial será compartido por la justicia coexistencial con la que se elimina el monopolio de la administración de Justicia por el Estado que es una de las causas que ha generado la crisis del Poder judicial pues como todos los conflictos desembocaban en el Poder Judicial se genera su congestión demora y mala calidad de la justicia.

Existe la creencia errónea que los M.A.R.C. constituyen la panacea que va a solucionar los crecientes problemas que agudizan actualmente la administración de justicia, ello no es así pues no todos los conflictos sino cierta categoría de conflictos son los que pueden ser canalizados a los M.A.R.C. como conflicto familiar, de menores, de vecindad, de coexistencialidad, de menor cuantía, individuales, de trabajo, patrimoniales, civiles, mercantiles, de los consumidores e intereses difusos excepto aquellos conflictos que por incontrovertible razones deben ser compuestos en justicia concreta a través de la aplicación del derecho.

Hay nuevas tendencias y orientaciones socioculturales que se marcan por la dinámica de los procesos de reforma y modernización de los sistemas de justicia que de a poco se están poniendo en marcha. Sus urgencias y mayores desafíos tienen que ver con la capacidad del sistema para conocer, asumir y resolver las solicitudes y disputas ciudadanas. El perfeccionamiento y la consolidación de las democracias requieren de sociedades integradas y Estados de Derecho con instituciones legitimadas socialmente.

Los sistemas de justicia, y los procesos de reforma a la justicia, deben comprender tanto el mejoramiento de las instancias judiciales y jurisdiccionales como el acceso a la administración de justicia y el beneficio para todos de la convivencia pacífica.

Los "sistemas de justicia" y los "planes de justicia" deben integrar y comprender en una sola y gran estrategia estos objetivos. Las modalidades de resolución de conflictos, las expresiones concretas para la desjudicialización de los conflictos, las diferentes realidades de justicia local y comunitaria, no son "alternativas" en el sentido de opuestas y contradictorias al sistema de justicia. Ellas pueden ser consideradas

y promovidas como parte integrante del sistema y de los planes de justicia. La revisión conceptual basada en análisis de la realidad empírica de los procesos viene demostrando que no es posible "separar para hacer contradictorias" las llamadas "justicia formal y justicia informal".

El Sistema de justicia es uno sólo. Las estrategias pueden ser diversas, hay una franja de alternativas que serán elegidas teniendo en cuenta el conflicto a tratar. Las diferentes expresiones de este fenómeno conocido como MARC (Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflicto) se hacen cada vez más presentes en nuestro país. Ellos vienen siendo propuestos y promovidos, principalmente, por diferentes sectores de la sociedad civil. La consideración y valoración de los MARC, por parte de la institucionalidad gubernamental tanto del sector justicia como del sector educación, no ha sido suficiente. Su sustentabilidad y la participación y la satisfacción ciudadanas en los procesos democráticos requieren de una construcción social de la justicia, cada vez más cercana y accesible para las personas.

La consideración y valoración de las múltiples experiencias y prácticas de MARC necesitan de importantes procesos previos de evaluación y sistematización. La coordinación, la complementariedad y colaboración entre unas y otras es posible, pero requiere el saber y poder identificarlas y conocerlas. Será el tiempo, la experiencia, y la evolución la que pondrá de resalto la importancia y necesidad de estos sistemas de resolución de conflictos.

A continuación delimitaremos algunos de los más utilizados mecanismos alternativos de resolución de conflictos, sus diferencias y la utilización en el caso concreto.

MEDIACIÓN

Entendida como el "procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado recíprocamente aceptable", la mediación, aunque mencionada como MARC, no ha sido objeto de tratamientos homogéneos en las normativas legales y reglamentarias establecidas en el país.

La mediación, de forma genérica, es un método alternativo de solución de conflictos al que se someten las partes de manera voluntaria, con la asistencia de un tercero neutral, el mediador.

Constituye un ejercicio de racionalidad y madurez, puesto que en lugar de dejar en manos de otra persona o institución la resolución del conflicto, las partes reconocen la existencia de un problema y, aunando sus voluntades, intentan llegar a un acuerdo consensuado, de modo que la solución será siempre aceptada por ambas, nunca será impuesta externamente, por lo que en caso de acuerdo, la forma de llevarlo a cabo será mucho más efectiva y asumida por las partes en conflicto.

Este procedimiento ha sido instituido con carácter obligatorio y previo a todo juicio, así lo expresa la ley 24.573 en su artículo primero.

El mediador no tiene ningún poder de decisión sobre el o los temas en disputa.

No impone solución, no sugiere soluciones.

Tanto las partes cuanto el mediador pueden interrumpir el proceso a voluntad en cualquier momento.

En los contratos, se pueden incorporar cláusulas de aplicación de la mediación, ante un supuesto conflicto de interpretación.

En Mediación, básicamente se tratan todo tipo de problemas, disputas o conflictos que enfrentan o separan a las partes. Pueden ser diferencias tanto menores como importantes

Pueden ser problemas comerciales (un contrato de alquiler), familiares (un divorcio), penales (un resarcimiento económico), escolares (absentismo escolar), de vecindad (ruidos molestos), de consumidores. La mediación como la vida misma difícilmente excluya una temática, distinto es que el caso puntual admita o no la mediación, es decir sea mediable.

Es sin lugar a dudas el método de resolución alternativa de conflictos más novedoso y porque ha demostrado un gran porcentaje de éxito allí donde ha intervenido.

De más en más aparece como importante la utilización de la Mediación en conflictos temáticos específicos, de familia, medio ambientales, escolares, vecinales, comunitarios y de consumidores.

EL ARBITRAJE

El arbitraje está contemplado en la legislación de todos los países y con la misma comprensión: "las partes de común acuerdo someten sus controversias futuras y presentes al conocimiento de árbitros o tribunales de arbitraje". El ámbito de aplicación del arbitraje está generalmente referido a asuntos susceptibles de transacción, de carácter patrimonial, y en materias de carácter civil y comercial. En nuestra legislación se incluye también a casos y conflictos laborales (negociaciones colectivas). También se observa la aplicación del arbitraje en las relaciones comerciales internacionales.

El arbitraje es esencialmente voluntario, aunque hay materias en que se prescribe legalmente el arbitraje como forzoso (partición de bienes en herencia - negociación colectiva - etc.). Los procedimientos son relativamente simplificados, y cuando se refieren a la selección y nombramiento del árbitro, las legislaciones exigen que se trate de personas hábiles y capaces para comparecer en juicio. En general se distingue entre "árbitros en equidad" o amigables componedores y "árbitros de derecho", que deben ser abogados.

El arbitraje como método de resolución de conflictos está bastante desarrollado en el ámbito privado y comercial, siendo las Cámaras de Comercio (o las Asociaciones Gremiales y Empresariales) las que más lo utilizan. En muchos casos las normativas y reglamentos internos que se han dado los Centros de Arbitraje en cuanto a requisitos y selección de los árbitros, procedimientos y materias de competencia, políticas de promoción y difusión institucional y otros, vienen restringiendo el beneficio del acceso a éstos espacios para un determinado, y reducido, sector de la población.

El procedimiento general de arbitraje, de modo muy sencillo consiste en lo siguiente:

Designación del árbitro: Según el acuerdo de arbitraje celebrado por las partes, o conforme al reglamento de la institución administradora del arbitraje,

Aceptación del cargo por parte del árbitro: Se le hace saber su nombramiento.

Notificación a las partes de la designación de árbitro

Análisis del caso y determinación del procedimiento, el cual se elige según las características y la materia del caso. Existe la posibilidad de que se abra a etapa de ofrecimiento y desahogo de pruebas, y la expresión de alegatos.

Es decir, que el árbitro establece las normas de procedimiento que las partes han de cumplir (a veces las partes pueden decidir parcialmente que normas se han de seguir), y finalmente emite un laudo arbitral (equivalente a una sentencia judicial) vinculante (de obligado cumplimiento) o no vinculante (según se pacte inicialmente) para las partes, que pone fin a la controversia llevada a su conocimiento.

De ordinario las partes acuden al arbitraje con asesoramiento letrado, a pesar de ello, no es un proceso judicial, la diferencia más importante es que mientras un Juez determina quién es el responsable y/o culpable que a de pagar por lo ocurrido.

El rol que cumple es árbitro es limitarse a señalar cuál es, a su criterio, la solución más justa para poner fin al conflicto.

LA CONCILIACIÓN

Entendida en general como "el intento de un tercero de lograr un entendimiento entre las partes de una contienda o juicio, que implica recíprocas concesiones para llegar a un acuerdo razonable para ambas", la conciliación se hace obligatoria para determinados procedimientos judiciales. Es el caso de varias legislaciones que la contemplan como etapa o trámite obligatorio en contiendas y juicios relativos a materias civiles, de familia, laborales, de menores, de faltas y de policía local, y también en la Justicia de Paz.

La conciliación (sea extra, pre o judicial) termina efectivamente con un acuerdo conciliatorio, avenimiento o transacción, que tiene fuerza legal y produce los efectos de una sentencia.

Existen dos tipos de conciliación: la conciliación extrajudicial y la conciliación judicial.

La conciliación extrajudicial es un medio alternativo al proceso judicial, es decir, mediante ésta las partes resuelven sus problemas sin tener que acudir a un juicio. Resulta un mecanismo flexible, donde el tercero que actúa o interviene puede ser cualquier persona y el acuerdo al que llegan las partes suele ser un acuerdo de tipo transaccional. Es decir, es homologable a una transacción.

La conciliación judicial es un medio alternativo a la resolución del conflicto mediante una sentencia; en este sentido es una forma especial de conclusión del proceso judicial. El tercero que dirige esta clase conciliación es naturalmente el juez de la causa, que además de proponer bases de arreglo, homologa o convalida lo acordado por las partes, otorgándole eficacia de cosa juzgada, dentro del marco de la legalidad.

CARACTERISTICAS

Es polémica, en determinados casos la utilización de los M.A.R.C, es que la sociedad actual sigue siendo conservadora y al momento de plantearle nuevos horizontes, cambios significativos en un ámbito de tanto recelos como es el derecho piensan que la falta de rigidez en el tratamiento de conflictos, llevará a soluciones inexactas. Por suerte ese es un sector de nuestra sociedad, existen aquellos que todavía creen en la justicia, que se puede mejorar y superar día a día.

Como todas las cosas de la vida tienen un lado positivo y uno negativo, con un listado de las ventajas y desventajas que presentan, ayudará a una reflexión sobre el tema.

CARACTERES VENTAJOSOS

1.-Participación activa las partes en la resolución de sus conflictos: Es la principal característica, las partes se sienten satisfechas al desempeñar un papel más activo como el de juez en la solución de sus conflictos. Son los protagonistas principales del proceso.

2.-Informales

Son menos formales que los procesos judiciales extremadamente ritualistas y formalistas.

3.-Económicos

Son mecanismos más baratos que los Procesos Judiciales, por que permiten ahorro de dinero, haciendo la Justicia más accesible a todos.

4.-Rápidos

Son mecanismos a través de los cuales se ahorra tiempo ya que el conflicto se resuelve en menos tiempo en comparación con el proceso judicial. Con los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos se resuelve en horas o días los conflictos en comparación al Proceso Judicial en años. El acuerdo que se alcanza mediante los M.A.R.C promete resultados más rápidos que los tradicionales procesos Judiciales lentos y largos.

5.-Soluciones satisfactorias para ambas partes

Las decisiones que adoptan conjuntamente las partes en conflicto pueden adaptarse a la medida de las necesidades de cada una de ellas. Las propias partes tienen mayores probabilidades para encontrar soluciones satisfactorias para ambas partes que los extraños.

6.- Continuidad de las relaciones

Los acuerdos alcanzados mediante esta vía tienen mayor probabilidad de preservar las relaciones entre las partes que los combates judiciales, donde muchas veces las partes terminan más enemigas que antes del proceso judicial.

7.- Más posibilidades de cumplimiento de las soluciones

Por que la solución ha sido generada por ambas partes es cumplible en casi 100% que cuando lo impone un tercero

8.- No busca la verdad real

El objetivo de los M.A.R.C auto compositivos no es hallar la verdad, cual de ellos tiene la razón como en el Proceso Judicial, sino lo que interesa es reconciliar intereses.

9.- Previene la violencia por manos propias

Los MARC mantiene una posición intermedia entre no hacer nada o la violencia.

10.- No adversarial

Los autocompositivos como la negociación, mediación, conciliación son no adversariales por que se desarrolla en una atmósfera positiva, pacífica y no violenta, colaborativa y de mutuo desarrollo, en la que una parte no ve al otro un enemigo sino al amigo que necesita para encontrar la mejor forma de satisfacer sus intereses.

11.- Sin posicionamientos

En los M.A.R.C. autocompositivos las partes se concentran en los intereses y no en las posiciones como ocurre en el Proceso Judicial.

12.- Deseo de solución

Con los M.A.R.C. se busca lo que realmente quieren las partes, sus necesidades subyacentes, sus sentimientos.

13.- Confidencialidad.

La confidencialidad implica que el cúmulo de información a la que acceden es neutral en las sesiones privadas o conjuntas no saldrán de ese ámbito, salvo que la otra parte autorice o en caso de estar obligado por la Ley u orden Público.

CARACTERES DESVENTAJOSOS

1.- No genera precedentes.

Los acuerdos a los que se llegan no ocasionan modelos de comportamiento para otras personas que pueden enfrentar un conflicto similar.

2.- No se castiga

No se castigan con infracciones a los infractores de los acuerdo.

3.- Necesidad de abogados

No elimina la necesidad que intervenga un Abogado para aconsejar o participar en la negociación.

El aporte que se deja a través del presente trabajo lo queremos enmarcar como Propuestas y Sugerencias a tener en cuenta para un mayor perfeccionamiento y aplicación de los útiles y accesibles métodos de resolución de conflictos. Sin dudas se avisa un futuro de nuevos surgimientos de soluciones para esta tan lenta, escasa y débil justicia

PROPUESTAS Y SUGERENCIAS

1. Incorporación y consolidación de los MARC en las políticas y planes de justicia.

Estas políticas y planes podrían considerar:

a. La difusión de los MARC, ya sea a través de campañas comunicacionales o de foros nacionales y regionales, a fin de darlos a conocer y promover su aceptación y desarrollo.

La investigación de los MARC a partir de experiencias y programas en desarrollo. Estas investigaciones deberían referirse y buscar principalmente la ejecución de muestreos y monitoreos de los programas en curso; la sistematización y re-elaboraciones conceptuales necesarias de los MARC y de sus aplicaciones concretas, tanto en el campo de la llamada "justicia formal" como de la llamada "justicia informal"; la medición de resultados y la confección de registros estadísticos que incluyan los niveles de cumplimiento de los acuerdos alcanzados mediante los MARC;

La educación y capacitación, estas deben referirse tanto a la implementación de sistemas y programas de formación y de capacitación para los niveles escolares, técnicos y universitarios, como a la nece-

saría capacitación de los jueces, colaboradores de justicia y funcionarios de la administración pública que en el desarrollo de sus labores deben prestar el servicio de asistencia jurídica y abogados en la práctica cotidiana.

Se sugiere la celebración de convenios y acuerdos de trabajo específicos con los Ministerios de Educación y entidades responsables de la educación escolar, universitaria y profesionales.

2. Legislación específica sobre los MARC

Aplicación de la legislación vigente y perfeccionamiento de éstas, por lo que deberían ponderarse las características que deberían tener los MARC, como por ejemplo, su obligatoriedad en ciertas materias; su onerosidad o gratuidad; los requisitos de forma; la aceptación y legitimación social y legal de los acuerdos; la confidencialidad, la imparcialidad y la relativa neutralidad de los mediadores, conciliadores, defensores y/o jueces de paz.

CONCLUSIÓN

Aunque es verdad que la sociedad hoy en día se ha abierto a incorporar modales, costumbres e ideologías nuevas, con respecto a los métodos alternativos de resolución de conflictos siguen siendo bastante prejuiciosa. Las causales son variadas puede ser por ignorancia sobre el tema, por miedo al cambio, por sentirse más seguros con un procedimiento donde dirima un juez, muchas son las excusas para introducir de manera normal estos procedimientos a la vida cotidiana.

Pero pese a estas dificultades, el camino está abierto. La mediación, la conciliación o el arbitraje, como técnicas para resolver conflictos, no se agotan en las cuestiones particulares que se le proponen. Puede utilizarse como herramienta para prevenir o resolver problemas sociales de alta significación para la comunidad y el Estado.

El beneficio más grande de los métodos de resolución de conflictos, es la posibilidad de multiplicarse, por lo que éstas deben ser ejercidas no solamente por el profesional, sino por miembros de la comunidad, potenciando la creación de redes sociales para el manejo del conflicto social. Es hora que los ciudadanos comunes tengan presente que si ellos se involucran y se comprometen en la cuestión pública, desde el lugar que sea, el beneficio será para toda la comunidad, incluidos ellos mismos. Un primer paso para empezar a generar esta conciencia es la difusión de los medios alternativos de resolución de conflictos.

Hay que ser cuidadosos a la hora de insertar estos métodos en la comunidad, ya que se debe hacer un estudio responsable, pormenorizado y serio, que posibilite un panorama de la situación en cada especialización, formando un diagnóstico previo sobre la dinámica de relaciones en el sistema de abordaje del conflicto. No podemos pensar que un modelo sirva de solución a todos los conflictos en general.

O podemos olvidar el valioso papel que tiene el mediador, el árbitro o el conciliador en el marco de esta escena, el cual al momento de actuar debe reflexionar sobre su ideología, conceptos morales y religiosos, incluyendo sus prejuicios, para evitar que influyan al momento de realizar su trabajo. Pese a esto, reafirmamos que los protagonistas de la historia son las partes que abren su mente y su corazón, predispuestos a entablar un canal de comunicación, disponiendo su confianza por sobre todo lo demás. Es la necesidad de sentirse escuchadas, comprendidas y guiadas las que llevan a las partes a incursionar en los métodos alternativos de resolución de conflictos.

“Para servir verdaderamente a la paz, la libertad de cada ser humano y de cada comunidad, debe respetarse. Hay que saber respetar la ideas de los otros aunque sea muy opuestas a las nuestras. Hay que saber escuchar y luego discernir, pero desde el respeto.” (Papa Juan Pablo II)

¿MIRANDO EL ÁRBOL O EL BOSQUE?

CLAVES PARA LA GESTIÓN DE CONFLICTOS EN EMPRESAS FAMILIARES

Dr. **RENÉ LLAPUR**

COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO

- 1- Presentación
- 2- Conflicto
- 3- Creciente importancia de las empresas familiares
- 4- Cultura familiar y valores. Fortalezas y debilidades,
- 5- Un conflicto en una sociedad conyugal: El caso Sandra y Esteban
- 6- Interacción entre los tres sistemas en las empresas familiares
- 7- Perduración de las empresas familiares
- 8- Dilema del profesional de gestión de conflictos frente a las consultas
- 9- Cambio de paradigmas en la profesión
- 10- Conclusiones

“El verdadero viaje de descubrimiento no consiste en buscar nuevos paisajes, sino nuevos ojos”.
Marcel Proust

1- PRESENTACIÓN

Se considera empresas familiares a aquellas controladas por un grupo familiar, el que interviene también en su gestión¹. Existen características específicas de las empresas familiares que surgen de la intersección del plano empresario y del familiar. Con solo mirar algunos datos insoslayables se puede percibir la creciente importancia de las empresas familiares.

En la presente ponencia desarrollaremos algunas claves para gestionar adecuadamente los conflictos derivados o propios de este tipo de organizaciones. Mostraremos como un conflicto frecuente en las empresas familiares, como es el divorcio vincular de un socio de la misma, puede ser tratado profesionalmente de distintas maneras. En función del enfoque profesional que se le brinde al caso, serán diferentes los resultados para el profesional y para el cliente. Mientras que una mirada más estrecha solo mira el árbol, otra mirada más abarcadora mira el bosque y tiene en cuenta todas las implicancias de una resolución cooperativa de un caso. Para ello será extremadamente importante considerar la interacción entre los tres sistemas de las empresas familiares, la cultura propia de la organización, además de ver las fortalezas y debilidades propias de estas organizaciones.

En caso de ser posible, creemos firmemente que los procesos de asesoramiento y asistencia de profesionales del derecho (abogados, jueces, y también los miembros del poder judicial, etc.) deben tener en cuenta las fortalezas y las debilidades propias de las empresas familiares, para procurar que ese conflicto se transforme en una oportunidad para la sustentabilidad de la empresa y para una relación más armónica entre sus miembros, de cara al futuro.

¹ Presentación de la Dra. Liliana Hers en UCEMA, Protocolo sobre empresas familiares. 2009

2- CONFLICTO

El conflicto forma parte de nuestra vida cotidiana en forma inevitable, tanto en personas como en organizaciones. Se produce conflicto inter-personal cuando dos personas tienen una diferente percepción de sus intereses, ya sea por escasez de recursos, expectativas, valores o creencias diferentes sobre una situación, etc.

Si el conflicto es inevitable, es mucho más inevitable en una empresa u organización familiar, donde tres sistemas se yuxtaponen, y así se hace más compleja la situación.

Según la personalidad de cada uno y según el contexto, generalmente un conflicto provoca algunas de las siguientes actitudes en las personas, como por ejemplo: acomodarse, evitar, competir, colaborar o bien cooperar.

Tipos de conflictos para considerar

Se consideran algunos tipos de conflicto propio de las empresas familiares, como por ejemplo:

- El divorcio vincular o la muerte de un socio
- La disolución de una sociedad conyugal o comercial,
- la salida de un propietario de la empresa familiar de la misma (compraventa de acciones),
- el despido de un pariente político
- la remuneración similar o diferente de los miembros de la empresa, etc.

3- CRECIENTE IMPORTANCIA DE LAS EMPRESAS FAMILIARES ²

Hay una característica específica de las empresas familiares que surge de la intersección del plano empresario y el familiar. En la Argentina un 70% de las empresas tiene origen familiar, incluidas las firmas que cotizan en la bolsa de comercio. En Chile un 75%, en Brasil un 90% y en España un 75%.

4- CULTURA FAMILIAR Y VALORES. FORTALEZAS Y DEBILIDADES

La Cultura Familiar es el conjunto de valores, usos y actitudes que definen el quehacer de una familia. En el caso de las familias empresarias, dicha cultura suele estar fuertemente marcada por la personalidad y manera de hacer del fundador, aunque evoluciona a través de las generaciones. La cultura de la familia suele tener un reflejo en la empresa, y a su vez, la cultura de la empresa tiene influencia en la familia. Dicha cultura, aunque existente, es muchas veces desconocida por los propios miembros de la familia, que la incorporan de forma automática a su carácter a través de la educación formal e informal que reciben de la generación precedente. Identificarla y conocerla es de gran utilidad para fomentar la unión entre familiares, el compromiso con la empresa y el respeto y reconocimiento de su valor más allá del patrimonio.

Algunas fortalezas propias de las organizaciones familiares que suelen impregnar los fundadores son: el compromiso por parte de los miembros, la flexibilidad, el afecto hacia la firma, protección de miembros familiares, la cultura del trabajo, la rapidez en la toma de decisiones, etc. Algunas ventajas competitivas de esta cultura organizacional son, entre otras, la capacidad de postergar ganancias inmediatas por la necesidad de reinversión, una mayor fidelidad del personal, etc.

Por el contrario, algunas de estas fortalezas pueden convertirse con el paso del tiempo en debilidades. Algunas de estas son: la informalidad en la toma de decisiones y la falta de planificación consecuente, la dificultad en separar los ámbitos familiar y profesional, la confusión de la propiedad con la capacidad de gestión, la escasa capacidad de financiación externa, la falta de riesgo razonable en la toma de decisiones, etc.

² Información obtenida del curso Problemática interdisciplinaria de empresas familiares, Escuela Judicial, noviembre de 2009, dictado por el Dr. Ricardo Lucarelli.

5- UN CONFLICTO EN UNA SOCIEDAD CONYUGAL: EL CASO SANDRA Y ESTEBAN ³

Entre otros, hemos ayudado a resolver un asunto de una empresa familiar. Sandra y Esteban estaban casados y tenían dos hijos. Luego de varios años de matrimonio, se produjo la separación de hecho entre ellos, por decisión de Sandra. Luego de la separación, Esteban pasó varios meses en estado de depresión y en la cama, sin aportar en forma significativa para su trabajo. Esteban era uno de los socios mayoritarios y fundador de una firma dedicada a la gastronomía en la provincia de Córdoba. Sandra era una socia minoritaria pero que no trabajaba en la firma.

Cansada por la situación de “incertidumbre económica”, Sandra realizó un reclamo desproporcionado, según el abogado de Esteban. Frente a la magnitud del reclamo, que amenazaba con dividir la empresa y quizá venderla, el abogado de Esteban le aconsejó a éste no arriesgar sus activos en un proceso adversarial y resolver sus diferencias por medios no adversariales. Así fue como llegó el caso a nosotros. Convocamos a las partes y a sus letrados, quienes tuvieron un rol muy importante, sobre todo en las últimas reuniones, dándole el marco legal más conveniente al acuerdo, según los intereses de las partes.

Necesidades de Sandra y Esteban

Sandra, que por varios años no había trabajado fuera de la casa, necesitaba tener una pronta seguridad económica, que le permitiera independizarse de Esteban.

Esteban, que había trabajado mucho para llegar a esa situación patrimonial, quería resguardar los bienes (la casa y la firma gastronómica) para los hijos. Más aún, temía que se pudiera vender la firma o que dejara de funcionar. No quería que un acuerdo con su ex cónyuge implicara una descapitalización de la firma, fuente de un buen pasar para la familia en esos años. La situación implicaba asumir un cambio importante, teniendo en cuenta una disminución en la calidad de vida de ambos, porque ambos estaban viviendo en casas separadas desde un tiempo anterior al inicio de la mediación.

Acuerdo en mediación

Luego de varios encuentros de mediación, con la imprescindible ayuda de sus abogados de parte, Sandra y Esteban lograron un acuerdo satisfactorio para ambos. Ambos convinieron en preservar el pleno funcionamiento de la empresa, teniendo en cuenta el futuro de los hijos. Ello dio tranquilidad empresarial a Esteban, dado que pudo preservar la empresa y hacerla crecer, tal como había estado ocurriendo en los últimos años.

Sandra, por otra parte, obtuvo un compromiso de pago de Esteban, por un plazo razonable. Además, consiguió una importante suma que le permitió emprender en forma inmediata un camino en forma independiente en lo profesional.

En relación a las herramientas utilizadas para ayudar a Sandra y Esteban a llegar a un acuerdo, facilitamos la comunicación un mediador y una co-mediadora en un marco de respeto mutuo y de no agresión. Hicimos preguntas abiertas que permitieron a Sandra y Esteban visualizar su futuro en forma salvable y beneficiosa para ambos. Utilizamos el role play y la técnica del espejo, para hacerles ver la percepción que teníamos de su interacción conyugal. Mediante las mismas, Sandra y Esteban se focalizaron en lograr un acuerdo que procurara un beneficio mutuo y el de los hijos en términos razonables para todos los involucrados.

6- INTERACCIÓN ENTRE LOS TRES SISTEMAS EN LAS EMPRESAS FAMILIARES

En las empresas familiares, existen tres sistemas que coexisten, que son la familia empresaria, la propiedad de la empresa y la gestión de la misma.⁴ La interacción entre los tres sistemas es una forma clásica

³ Si bien el caso es real, los nombres han sido modificados para preservar la identidad de las partes.

⁴ Idem 2

sica de representar las diversas posiciones que los miembros de una familia pueden tener en relación a la empresa, según sean simplemente familiares y/o propietarios, o además trabajen en la empresa.

Por ejemplo puede existir un miembro de la familia y accionista de la empresa pero que no trabaje en ella (es el caso de los accionistas pasivos, como por ejemplo Sandra en el ejemplo mencionado). Por otra parte, puede existir un miembro de la familia que trabaje en la empresa y sea accionista de la misma (suele ser la situación de los directivos de la Empresa Familiar o líderes familiares, como Esteban en el caso). Estos son algunos de los ejemplos que se dan, para explicar la yuxtaposición de los diversos roles entre los miembros de la empresa familiar. Esos lugares o roles suelen tener necesidades y aspiraciones diferentes, que suelen ser fuente de conflicto entre las personas que los ocupan, como fue el caso de Sandra y Esteban.

7- PERDURACIÓN DE LAS EMPRESAS FAMILIARES

En todo el mundo, se estima que las empresas familiares representan entre un 45 y un 70% del producto bruto interno y emplean a un 75% de la población económicamente activa.

Mientras las empresas familiares muestran un más alto desempeño que sus contrapartes no familiares en términos de ventas, ganancias y otras medidas de crecimiento, sólo entre el 25 y el 30 por ciento continúan hasta la segunda generación y sólo entre el 5 y el 15 por ciento continúan hasta la tercera generación en manos de los descendientes del fundador. Esto se debe a diferentes razones, como por ejemplo: la crisis de liderazgo luego de la muerte del fundador (una de las más importantes), la falta de planificación sobre la empresa, la resistencia al cambio y a la profesionalización, etc.

8- DILEMA DEL PROFESIONAL DE GESTIÓN DE CONFLICTOS FRENTE A LAS CONSULTAS

¿Cuál es el rol del profesional consultado por miembros de una empresa familiar que afrontan un conflicto? ¿Cómo crear valor y ayudar a los clientes de una empresa familiar? ¿Qué conviene más: ayudar a mantener la sustentabilidad de la misma y/o a procurar cierta armonía entre los vínculos entre familiares? ¿Cómo integrar este doble desafío en una actuación profesional superadora, integradora, abarcadora del mundo familiar y del mundo empresarial?

9- CAMBIO DE PARADIGMAS EN LA PROFESIÓN

Para estar mejor preparado para afrontar estos dilemas o desafíos, es importante que el profesional del derecho tenga en cuenta un cambio de paradigmas en la forma de gestionar conflictos. En un enfoque muy tradicional de gestionar conflictos, el fundamento de la creación de valor estaba basado sólo en aspectos centrados en lo numérico, cuantitativo, racional, lógico y analítico, basado en lo concreto y en las pruebas cuya consecuencia era la sentencia del juez; y en aspectos focalizados en lo normativo, y en los procedimientos, basado en las normas, lo cual se reflejaba en la competencia de planificar y organizar el proceso desde el profesional. En este último tiempo se están desarrollando a nivel profesional un cambio de paradigmas, en virtud del cual se supone que existen aspectos de la capacidad intelectual que tienen que ver con la intuición, la creatividad, la integración, lo conceptual, con base en las ideas.

Una consecuencia de ello es la capacidad de imaginar nuevas situaciones y de adaptarse al cambio, para tener una visión sistémica, trabajar en equipo y para tener en cuenta aspectos relacionados con lo vincular, la relación interpersonal, la comunicación, la persuasión, basado en las emociones. Todo ello refleja en una capacidad de comunicarse más adecuada.

Esto implicaría que existen dos campos de actuación profesional: la primera sería la actuación profesional racional, que cubre aquellos aspectos tradicionales primero mencionados. La segunda sería una actuación profesional emocional, que abarca aquellos otros aspectos mencionados en la última parte del párrafo anterior.

Definido ello, surge que de las competencias básicas de actuación profesional (Organizar y Dirigir) y que claramente se encontraban enmarcadas en los aspectos tradicionales de gestión profesional, hoy hay

una competencia que se sigue utilizando, que es Organizar. Sin embargo, la otra competencia, para Dirigir personas, que se redefine y pasa al campo de la actuación profesional llamada emocional, concibiéndose como Liderar.

Dado que las situaciones de conflictos propias de este tipo de organizaciones (empresas familiares) no son únicas sino que pueden significar relaciones de mucho tiempo y de mucha importancia emocional y patrimonial para las partes involucradas, parece muy conveniente que el profesional incorpore la ayuda de diferentes disciplinas según las partes y la complejidad del asunto consultado. De esta forma, será más efectivo su rol profesional. Distintos saberes y disciplinas lo ayudarán a gestionar mejor el conflicto, que muchas veces es la base del pleito judicial. Así, será más útil para mantener la sustentabilidad de la empresa familiar y/o para mejorar (o por lo menos no deteriorar) los vínculos entre familiares.

En el caso mencionado, el abogado que asesoró a Esteban, dado que conocía a ambas partes, pudo organizar y liderar un proceso de gestión del conflicto interdisciplinario, con ayuda de otros profesionales. Como consecuencia de ello, su rol profesional fue mucho más efectivo y logró impulsar un acuerdo que tuvo dos importantísimos efectos en el sistema conyugal. El primero de ellos fue garantizar el normal desenvolvimiento de la actividad empresarial, previamente comprometido por las amenazas de Sandra.

El segundo fue facilitar a Sandra un camino para poder desarrollarse en forma independiente. Un beneficio secundario de este acuerdo fue un la satisfacción manifestada por las partes. La misma se manifestaba en dialogo armónico entre Sandra y Esteban, sobre decisiones concernientes a los chicos.

10- CONCLUSIONES

“La vida sólo puede ser comprendida mirando para atrás, mas sólo puede ser vivida mirando para adelante.” Soren Kierkegaard

Como se ha visto en este caso de Sandra y Esteban, el cambio de paradigmas en la profesion implica mirar los conflictos de una manera diferente, que permita obtener beneficios a todas las partes involucradas y no solamente al cliente de la consulta original. Para ello es importante aprovechar el saber de otras disciplinas, para hacer un trabajo más efectivo y satisfactorio frente a los clientes.

Ello será posible si también se ayuda a las partes a participar en sus propios acuerdos y a no reemplazarlas, aprovechando sus fortalezas. Debajo de todo conflicto de empresas familiares hay varias personas y sistemas involucrados. Resolver bien estas situaciones tiene efectos muy beneficiosos en la sociedad. La continuidad de la empresa familiar en buenos términos puede ser la continuidad de la salud económica de la familia

Como profesionales del derecho, podemos mirar solamente el árbol o también el bosque. Así, será importante no solo priorizar el derecho sino también las necesidades de las partes en conflicto, para tener en cuenta todo lo que implica la salud de una empresa familiar para una comunidad.

BIBLIOGRAFÍA

Barugel Ernesto A, “La Governancia en las Empresas de Familia: Un Código de Buenas Prácticas para la Supervivencia”, Documento de Trabajo CEMA, Buenos Aires, junio 2009.

Hers Liliana: “La Protección del Secreto Industrial” , “La Propiedad Intelectual y los Activos Intangibles”, “El Protocolo, una Constitución para la Empresa”, 2008 en <http://www.estudiohers.com.ar/interes.htm>

LA ABOGACÍA Y SU MISIÓN.
**LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE EN ARGENTINA. EL PROCEDIMIENTO
ARBITRAL. PROCESO Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL. EL DEBIDO
PROCESO COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.
LAS MODERNAS TENDENCIAS EN LA MATERIA. DETERMINACIÓN
DEL PROCEDIMIENTO.
EXCLUSIÓN DE LOS TRIBUNALES DEL ESTADO**

Dr. HÉCTOR OSCAR MÉNDEZ
COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PLATA

RESUMEN DE CONTENIDO. CONCLUSIONES PROPUESTAS.

1.) Es necesaria la pronta actualización de la regulación legal del arbitraje, actualmente contemplada en los Códigos Procesales, adoptando los lineamientos de la Ley Modelo de Arbitraje de las Naciones Unidas (1985), como lo ha hecho la mayoría de los países del mundo.

2.) Si bien el principio de la autonomía de la voluntad es la base del arbitraje y de la regulación de su procedimiento, resulta necesario que la ley establezca el inderogable respeto de las reglas del debido proceso arbitral.

3.) Debe prohibirse la intervención de la justicia estatal salvo en los casos y supuestos expresamente establecidos en la ley.

I.- LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE EN ARGENTINA.

La República Argentina registra un notorio atraso en la regulación legal del arbitraje tanto interno como internacional. Junto con Uruguay, son los dos únicos países iberoamericanos que mantienen una obsoleta normativa no adecuada a los lineamientos de la “Ley Modelo” de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional¹ de 1.985 que fuera adoptada por la mayoría de los países del mundo. Lo contempla dentro de los Códigos Procesales, sobre la base de un esquema decimonónico, notoriamente desactualizado y alejado de los modernos lineamientos en la materia.²

Con excepción del moderno C.P.C.y C de Río Negro³, los demás Códigos procesales del país con-

¹ Conocida como ley CNUDMI o ley UNCITRAL en su expresión anglosajona

² La codificación decimonónica europea no miró con buenos ojos al arbitraje, tal vez como consecuencia de un rechazo a las ideas excesivamente libertarias de la Revolución Francesa. De allí pasó a la legislación colonial de inspiración española, y a nuestros códigos procesales de resorte local, que no lograron emanciparla del típico proceso judicial ni de la intervención de la justicia en muchas de sus etapas, y se mantiene como tal hasta nuestros días. Esa dificultad inicial y la constante y necesaria recurrencia a la justicia para poder realizar un arbitraje se traslada y visualiza en todos y cada uno de los principales aspectos, tanto en la formalización inicial del acuerdo de arbitraje manteniendo la hoy superada división entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral; en la designación y constitución de los árbitros, en los recursos frente al laudo arbitral, etc.. Todo ello como consecuencia de una excesiva judicialización de esta vía consensual y alternativa de resolución de conflictos, que precisamente pretende ser una instancia distinta a la judicial a la que las partes decidieron no recurrir, prorrogándola a favor esa justicia privada, generalmente por su decisión voluntaria -antes o después de suscitado un conflicto- y otras menos por decisión del propio legislador (arbitraje obligatorio legal o forzoso).

³ Ley 4142 del 28-XI-2006 aprobando un nuevo Código Procesal Civil y Comercial que en el Libro IV-arts. 736/777, regula el nuevo proceso arbitral.

servan una redacción anticuada y obsoleta del llamado arbitraje independiente, de árbitros de parte, o arbitraje “ad hoc” donde cada una de las partes elige libremente su árbitro. Aunque en realidad esta es la forma de arbitraje menos utilizada, toda vez que -independientemente de la complejidad del trámite de designación del árbitro tercero- el nombramiento de los árbitros por cada una de las partes, provoca que éstos pierdan su necesaria independencia, convirtiéndose como señalara ALSINA en verdaderos “defensores de las partes” desnaturalizando desde el inicio su función.⁴ Por esa razón, el laudo es producto de la decisión definitiva del árbitro tercero, designado en la generalidad de los casos por vía judicial, lo cual complica, demora y dificulta el arbitraje, desde el inicio mismo, desnaturalizando su esencia.⁵

Este tipo de arbitraje “ad hoc”, por sus complejidades e ineficacia, ha sido desplazado en la praxis arbitral, tanto en la órbita local (arbitraje interno o doméstico), como internacional, por el arbitraje “institucional o administrado”⁶, donde en general, la designación de los árbitros queda al menos en primera instancia, a cargo de esta entidad, generalmente en profesionales especializados y de amplio reconocimiento y experiencia en la materia, con lo cual se evita esa dificultad inicial de la parcialidad.⁷ El ejemplo del arbitraje institucional de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, como pionera en lo doméstico, junto con otras entidades arbitrales entre las que se encuentran algunos Tribunales Arbitrales de los Colegios de Abogados⁸ o de la Corte Internacional de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en París o la London Court International en materia de arbitraje comercial internacional -entre otros-, con su vasta experiencia en el tema, son muestras elocuentes de las bondades del arbitraje institucional.

El arbitraje mundial adquirió vigor y trascendencia como consecuencia de dos instrumentos convencionales internacionales fundamentales: la Convención de Nueva York de 1.958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras⁹, y la citada Ley Modelo de 1985, adoptados por la mayoría de los países del mundo, principalmente por el auge y desarrollo del arbitraje institucional tanto interno como internacional, logrando un notorio avance en las últimas dos décadas del siglo XX.¹⁰

⁴ ALSINA Hugo, “Derecho Procesal Civil y Comercial”, Ed. Ediar. Bs. As., 1.955, vol. VII, pag. 21, parag. 3, “b”.

⁵ Artículos 743; 744 del C.P.C. y C.N.

⁶ La institución organizadora de ese arbitraje estable o permanente, generalmente entidad de derecho privado o de derecho público y de bien común, se encarga también del dictado de las reglas particulares de procedimiento a través de reglamentos de arbitraje conocidos de antemano y la administración general del arbitraje.

⁷ Observa ALSINA, al reseñar las críticas que se han formulado al arbitraje, fundamentalmente al “ad hoc”, que cuando la designación de los árbitros recaer en quien ninguna vinculación tiene con las partes, como en los casos en que el nombramiento del árbitro tercero se confía a un extraño, la eficacia del procedimiento es fácilmente apreciable -ob. cit. loc. cit.-.

⁸ Como los de San Isidro, Mar del Plata, Bahía Blanca, Lomas de Zamora, La Plata, Asociación de Abogados y Colegio Público de Abogados

⁹ A la fecha de este trabajo han suscripto esta convención 24 países, y son parte de la misma 134. Puesta en vigencia el 7 de junio de 1.959. En la órbita Iberoamericana, se encuentra en vigencia en los siguientes países, desde las fechas que se indican: Bolivia (12 de junio de 1.989), Brasil (23 de junio de 2.002), Chile (3 de diciembre de 1.975), Colombia (24 de diciembre de 1.979), Costa Rica (24 de enero de 1.988), Cuba (30 de marzo de 1.975), Ecuador (3 de abril de 1.962), República Dominicana (10 de Julio de 2.002), El Salvador (27 de mayo de 1.998); España (10 de agosto de 1.977); Guatemala (19 de junio de 1.984), Honduras (1 de enero de 2.001), Méjico (13 de julio de 1.971), Panamá (8 de enero de 1.985), Paraguay (6 de enero de 1.998), Perú (5 de octubre de 1.988), Portugal (16 de enero de 1.995); Uruguay (28 de junio de 1.983); Venezuela (9 de mayo de 1.995), mientras que Nicaragua es el único país que aun no lo ha suscripto; Argentina, firmó este tratado el 26 de agosto de 1.958, lo ratificó el 14 de marzo de 1.989 por Ley 23.619 (entrando en vigor el 12 de junio de 1.989). De acuerdo a lo establecido en el artículo 2 de la citada Ley, Argentina efectuó las siguientes reservas: (1) El Estado solo aplicará la Convención al reconocimiento y o ejecución de laudos dictados en el territorio del otro Estado Contratante únicamente; (2) El Estado aplicará la convención solo a las controversias derivadas de relaciones jurídicas sean o no contractuales, consideradas como mercantiles por el derecho interno. (7) La presente convención se interpretará de conformidad con los principios y reglas de la Constitución Nacional en vigor o con los que resultaran de las reformas impuestas por la Constitución.

¹⁰ En tal sentido, la Convención de Nueva York fue pionera en el reconocimiento expreso del arbitraje institucional o administrado, al establecer que la expresión “sentencia arbitral” cuya fácil y rápida ejecución internacional pretende, no solo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados (árbitros “ad hoc” o “arbitraje independiente”), sino también las sentencias dictadas por los “órganos arbitrales permanentes” a los que las partes se hayan sometido -art. 1.2- seguido por la Ley Modelo -art. 2.a)-

La experiencia indica también que la necesaria independencia e imparcialidad del árbitro, su profesionalidad y especialidad¹¹, como tercero ajeno a las partes que ha de resolver la situación de conflicto patrimonial suscitada entre ellos, es el cimiento sobre el que se asienta el sistema arbitral, y cuando el mismo falla, se pierde la confianza y razón de ser del mismo. Por ello ese principio cardinal ha de ser preservado de modo primordial y severo, evitando cualquier duda al respecto, mediante un amplio y flexible sistema de excusaciones y recusaciones, evitando la intervención de árbitros que puedan ser siquiera sospechados de cualquier vicio de parcialidad, sobremanera en el arbitraje institucional o administrado, donde corresponde a las entidades vigilar por el sagrado e indudable respeto del mismo.¹²

II.- EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Es de trascendental importancia en el arbitraje, como proceso que es, la regulación especial de las normas de procedimiento. El CPC y C de la Nación seguido por el de la Prov. de Bs.As. y por otras varias provincias fija diferentes normas de procedimiento para el arbitraje de derecho (al que indebidamente denomina Juicio Arbitral) y de equidad (o Juicio de Amigables Compondores). Respecto del arbitraje de derecho si bien se prevé la libertad de las partes para convenir lo que estimen procedente (art. 741 inc.1 C.P.C. y C.N), se contempla que en caso de que no hubiese acuerdo en tal sentido, los árbitros (a los que el Código, también en anticuada terminología llama “Jueces Árbitros”), deberán observar el trámite del juicio ordinario o sumario (sic), según lo estableciere, teniendo en cuenta la naturaleza e importancia económica de la causa, en decisión irrecurrible (art. 751 del C.P.C. y C.N.).¹³ Ello hace que en la práctica del arbitraje “ad hoc” donde generalmente las partes se limitan a acordar la solución arbitral a sus diferencias, pero sin especificar lo relativo al procedimiento, los árbitros se vean obligados a respetar las normas del proceso ordinario, que resultan manifiestamente incompatibles con los objetivos u finalidad del arbitraje.

Por ello, la tendencia mundial no diferencia el procedimiento para ambos tipos de arbitraje -salvo en lo que hace a la forma del dictado de la sentencia arbitral y los recursos contra la misma- regulándolo en general en leyes especiales -y otras veces en los Códigos Procesales como en Francia- evitando su remisión a los Códigos Procesales, en tanto se considera que el arbitraje si bien se trata de un proceso¹⁴,

¹¹ Cabe tener en cuenta que la particularidad del arbitraje y la tendencia advertida a su caracterización como contrato y privilegiando la autonomía de la voluntad, ha provocado que en muchas legislaciones, y sobremanera en el arbitraje internacional, aunque éste fuese de derecho, no se exija la condición de abogado para ser árbitro, desconociendo el carácter predominantemente procesal y publicístico del arbitraje. Aspecto éste a tener en cuenta en oportunidad de la modificación de la actual regulación procesal que tampoco exige esa condición en el arbitraje de derecho, dando lugar a interpretaciones dispares.

¹² Este tema es de suma importancia y actual gravitancia en la órbita del arbitraje internacional, en particular en materia de arbitraje de Inversiones, derivado de la Convención de Washington de 1.965, que creara el CIADI en la seno del Banco Mundial, y de diferentes Tratados Bilaterales de Inversión (57) suscriptos por la República Argentina con diferentes países en la última década del siglo XX, donde actualmente es demandada por inversores extranjeros en mas de 30 arbitrajes. Las autoridades argentinas han cuestionado en algunos casos la imparcialidad de alguno de los árbitros, por su vinculación con las empresas demandantes o estudios que intervinieran por las mismas. El 18 de marzo de 1965, a iniciativa del Banco Mundial se aprobó en Washington el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, creando el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones” (conocido por sus siglas CIADI) ante la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado de lograr medios de solución de controversias adecuados (conciliación y arbitraje) para los inversores privados extranjeros y para los estados receptores de las inversiones.

Se ha dicho que el convenio estableció ese centro de solución de controversias con el objeto de proporcionar a los inversores extranjeros medios de solución de controversias -la conciliación y el arbitraje- a los que pudieran recurrir para reclamar contra el Estado receptor por los daños causados a su inversión, como así también que las controversias sobre inversiones de esa clase queden al margen de cualquier tipo de politización, posibilitando el flujo de capitales desde los países más desarrollados a los que están en desarrollo.

¹³ No obstante, luego de la derogación del trámite del juicio sumario de los arts. 320, 486/487 del C.P.C. y C.N. en virtud de la Ley 25.488, solo devendrá aplicable el del juicio ordinario.

¹⁴ Conocida es la antigua postura antagónica respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje, entre aquellos que ubicándolo como un instituto jusprivatista concluyen respecto a la concepción contractualista del mismo, estimándolo como un contrato, mientras que otros, desde

éste por sus propias características y esencia es diferente del típico proceso judicial contencioso o adversarial, dejando libertad a las partes para fijar las reglas de procedimiento, sin perjuicio de respetar las normas inderogables que hacen al debido proceso legal, según lo dispongan cada una de las normativas.

Este problema como se vio, no se advierte en el arbitraje institucional o administrado, donde los reglamentos de arbitraje aprobados por las entidades organizadoras o administradoras del arbitraje, tienen normas de procedimiento, que en general, y con diferentes soluciones resultan adecuadas a esos lineamientos y objetivos propios y especiales del arbitraje, que lo diferencian del típico procedimiento adversarial judicial.

III.- PROCESO Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL:

Es necesario no confundir el proceso arbitral con los procedimientos arbitrales, en tanto el primero, como todo proceso, se encuentra configurado por un conjunto de actos que son necesarios, en cada caso, para obtener una decisión de un caso concreto por parte de determinados órganos -en el caso arbitrales-. Así por ejemplo el proceso arbitral se diferencia sustancialmente del judicial, porque los órganos que lo resuelven son diferentes siendo privados en el primero, y estatales o públicos en el segundo, por contar con reglas de procedimiento obligatorias establecidas por ley en el primero y contractualmente en el segundo, etc.

El procedimiento arbitral en cambio constituye cada una de las fases o etapas que puede comprender el proceso en cada caso, -por ejemplo con o sin impugnaciones- según lo hubieran dispuesto -en primer lugar- las partes de acuerdo al principio dispositivo emanado de la autonomía de la voluntad, según la normativa vigente, conviniendo en forma expresa determinadas reglas particulares a las que se deberá sujetar ese arbitraje, o mediante el sometimiento al reglamento de una entidad organizadora de arbitrajes (arbitraje institucional) con o sin modificaciones particulares dispuestas por las partes o a determinado procedimiento legal.

IV.- EL DEBIDO PROCESO COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Si bien como se vio, en el proceso arbitral a diferencia del judicial, las partes pueden fijar las reglas a la que deberá ajustarse el procedimiento arbitral en cada caso, esa facultad no es ni puede ser absoluta, en tanto debe adecuarse al marco normativo aplicable y respetando siempre las garantías procesales esenciales.

Como bien observa RIVERA¹⁵, si bien las partes son libres de establecer las reglas procedimentales (o de procedimiento) que estimen conducentes y los árbitros tienen poderes para dirigir el procedimiento, existe una garantía inderogable que es la del debido proceso y que se manifiesta en que las partes deben ser tratadas de manera igualitaria, han de tener la posibilidad de exponer suficientemente su caso, producir prueba y controvertir la ofrecida por la otra.

No obstante, la tendencia mundial pareciera enderezarse a conferir cada vez mayor extensión a la

una visión juspublicista lo consideran como un instituto procesal, de carácter jurisdiccional. También la existencia de una tercer postura ecléctica, que si bien señala que existe un contenido contractual en el nacimiento del arbitraje, éste adquiere un concepción jurisdiccional tanto en su desarrollo como fundamentalmente en su objetivo o producto final, que es un laudo cuyos caracteres se paralelizan con los de una sentencia judicial.

Y si bien en los últimos tiempos pareció triunfar la segunda postura (publicista o jurisdiccional), o la tercera (mixta o ecléctica), pareciera que la globalización y sus efectos en la última década del siglo XX como así también el avance de la concepción economicista por encima del derecho, podrían haber influenciado en el tema de forma tal que distinguida doctrina especializada en Arbitraje Comercial Internacional, busque reverdecer la primera, resaltando el carácter esencialmente contractual del arbitraje, y la inconveniencia de analizar el mismo como un instituto procesal. Véase en tal sentido, la reciente obra colectiva "El Contrato de Arbitraje", Director Académico Eduardo Silva Romero; Coordinador Académico Fabricio Mantilla Espinosa, ed Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de Jurisprudencia Ed. Legis, Colombia, 2.005.

¹⁵ RIVERA, Julio César "Arbitraje Comercial. Internacional y doméstico". Lexis Nexis, 2007

autonomía de la voluntad y menos a la regulación Estatal, confiriendo amplias facultades regulatorias a las partes, con pocas o escasas normas legales inderogables en muy limitadas cuestiones.

Obviamente, esas nuevas orientaciones excesivamente privatistas comienzan a flaquear cuando se plantea cualquier cuestión relacionada con el particular desarrollo del proceso arbitral, en cuyo caso no se puede evitar que entren en juego necesariamente ciertos principios procesales fundamentales como los del debido proceso, que si bien adquieren características particulares en el proceso arbitral, son indiscutiblemente procesales y no convencionales o contractuales.

El principio del debido proceso, enraizado en nuestro sistema institucional en el art.18 de la Constitución Nacional, forma parte también de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre¹⁶ y de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)¹⁷ que gozan de la misma jerarquía supralegal que los derechos y garantías constitucionales según lo establecido por el art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional.¹⁸

Recuerda RIVERA, que se discute en Europa si las convenciones internacionales de derechos humanos se aplican al arbitraje. En tal sentido, algunos autores con motivo de lo establecido en el art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, consideran que ésta es un tratado que no es fuente de reglas de derecho, enunciando tan solo obligaciones de los Estados.¹⁹

Advierte que de todos modos, aunque la convención no sea aplicable, si lo son las garantías que ella incluye en la noción de *procés equitable*, con lo cual el resultado práctico es el mismo, como así también que recientemente la Corte de Casación francesa -dejando de lado una opinión anterior contraria-, ha resuelto que el derecho de acceso a la justicia establecido en el art. 6 es violado si la parte no puede obtener la integración de un Tribunal Arbitral.²⁰

Como bien destaca CREMADES, la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos es aplicable en cualquier ámbito, incluido el arbitraje. En ningún caso un procedimiento arbitral podrá denegar a las partes este derecho, por lo cual los árbitros deberán resolver todos los asuntos que se les sometan, otorgándoles a las dos partes una igualdad de oportunidades para hacer valer sus pretensiones, en tanto es un derecho que las constituciones reconocen a todas las personas, físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas y es vinculante para el conjunto de los ciudadanos. El arbitraje, como

¹⁶ Art. XVIII

¹⁷ Art. 8.1

¹⁸ También se encuentra reconocido en el art. 10 Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el art 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4-XI-1.950, y en el art. 14 el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14). En el orden constitucional se encuentra rezeptado en general en todos los Estados que rezeptan el Estado de Derecho, vgr Enmienda VI de la Constitución de los EEUU de Norteamérica; 24.1 de la Constitución Española(1.978) etc.

CLAY Thomas, "L'Impartialité de l'arbitre", en "L'Impartialité du juge est de l'arbitre. Étude de droit comparé, sous la direction de Jacques Van Comperonelle et Giuseppe Tarzia," Bruylant, Bruselas, 2.006, pag. 209), destaca que, con motivo de lo establecido en el art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, se sostiene que ésta es un tratado que no es fuente de reglas de derecho, enunciando tan solo obligaciones de los Estados.

Aunque advierte que de todos modos el autor citado sostiene que aunque la convención no sea aplicable, si lo son las garantías que ella incluye en la noción de *procés equitable*, con lo cual el resultado práctico es el mismo, como así también que recientemente la Corte de Casación francesa dejando de lado una opinión anterior contraria, ha resuelto en fecha reciente que el derecho de acceso a la justicia establecido en el art.6 es violado si la parte no puede obtener la integración de un Tribunal Arbitral (sent del 1-II-2.005, in re "Ewtat d'Israel v.Société NIOC", Revue de l'arbitrage, 2.005-693, con nota de Horatia Muir Watt)-ob cit. Parag. C, "Las convenciones internacionales de derechos humanos se aplican al arbitraje"? pag 324.

Coincidimos con RIVERA en que en función del expreso ensamble constitucional del derecho internacional de los derechos humanos en nuestra Constitución Nacional, esa duda no se puede plantear en nuestro medio, donde la doctrina coincide en que el derecho convencional de los derechos humanos causa derechos que los ciudadanos pueden ejercer y cuya protección pueden reclamar directamente ante los tribunales de sus países, resultando directamente operativos, sin necesidad de ley interna que reglamente su ejercicio.

¹⁹ Ob cit loc cit, parag.c) Las convenciones internacionales de derechos humanos ¿se aplican al arbitraje?, pag.324

²⁰ Sent del 1-II-2.005, in re "Etat d'Israel v.Société NIOC", Revue de l'arbitrage, 2.005-693, con nota de Horatia Muir Watt

equivalente de la función jurisdicción ejercida por los jueces y tribunales, obliga a los árbitros a garantizar esos derechos fundamentales, incluido el derecho al debido proceso, los cuales forman parte del orden público español. La posibilidad de anulación del laudo ante el juez competente (y el de su equivalencia con una sentencia judicial en cuanto a sus efectos ejecutorios) suponen un control estatal y equiparan el procedimiento arbitral, en garantías procesales, al sustanciado ante los órganos judiciales.

Este principio se satisface permitiéndole actuar a la demandada en el proceso, para lo cual se deberán cumplir unos derechos determinados: (i) la representación letrada; (ii) el conocimiento previo de la demanda; (iii) el contestar a la demanda y (iv) la última palabra en la fase de alegaciones y conclusiones.²¹

Coincidimos con RIVERA en que en función del expreso ensamble constitucional del derecho internacional de los derechos humanos en nuestra Constitución Nacional, esa duda no se puede plantear en nuestro medio, donde la doctrina coincide en que el derecho convencional de los derechos humanos causa derechos que los ciudadanos pueden ejercer y cuya protección pueden reclamar directamente ante los tribunales de sus países, resultando directamente operativos, sin necesidad de ley interna que reglamente su ejercicio.

Cuenta además con sólido respaldo y reconocimiento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los demás tribunales inferiores del país, sean federales o provinciales, exigiendo el cumplimiento y respeto de esos principios que hacen al debido proceso adjetivo, y del pronunciamiento que se dicte, en todo tipo de procesos.

Entre otros aspectos relevantes, este principio obliga al respeto del acceso efectivo a la jurisdicción judicial²² la igualdad de tratamiento, el derecho a ser oído y a probar los hechos en que se funda su pretensión o defensa, y con respecto al pronunciamiento, que la sentencia cuente con fundamentos serios.

Destaca MORELLO, que el proceso justo constitucional presupone, involucra, contiene, se integra y despliega a través del acceso a la jurisdicción sin obstáculos que en los hechos le vedan el derecho a ser *oído*; a gestionar y practicar prueba pertinente; a *alegar*; a una *sentencia suficientemente motivada*; a que el proceso sea rápido y se lo defina en un plazo razonable; a proponer los recursos (en el caso del arbitraje posibles o previstos); a que las garantías de bilateralidad (audiencia) y de contradicción sean tangibles, así como que la posibilidad de ejercer los actos y actividades con asistencia técnica adecuada y que el contenido de la defensa no se satisfagan solo formalmente sino de manera efectiva y con la utilidad que procura el Preámbulo de la constitución a fin de asegurar la tutela cierta de los derechos.²³

V.- LAS MODERNAS TENDENCIAS EN LA MATERIA

Mas allá de la situación vernácula, lo cierto es que las modernas concepciones en materia de arbitraje, transitan por otras galaxias absolutamente distintas. El artículo 18 de la Ley Modelo establece como marco procesal básico, la autonomía de la voluntad de las partes, y -en su defecto, las facultades de los árbitros- partiendo del respeto inexcusable, tanto en el arbitraje de derecho como de equidad de dos principios básicos que hacen al debido proceso arbitral dentro del cual las partes y los árbitros, en su caso, pueden operar libremente: a) el de trato igualitario a las partes y b) el de plena oportunidad para hacer valer sus derechos.

El procedimiento arbitral, a diferencia del judicial estatal, se encuentra moldeado por la voluntad,

²¹ Ob cit Añade que el art.24 (1) de la Ley Española –principios de igualdad, audiencia y contradicción-, establece en disposición idéntica al art. 18 de la ley Modelo CNUDMI que deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

²² Que cuenta con expresa recepción en el art. 15 de la Constitución de la Provincia de Bs.As. (1.994), al señalar que “la Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia...”.

²³ “El Proceso Justo” Ed. Platense, La Plata, 1.994, Capítulo XII. Los materiales con los que se construye la garantía en la praxis actual” parag. IV. “Fijación del concepto”, pag. 265

en acuerdo consensual de las partes, pero preservando los lineamientos básicos antes indicados del respeto a las reglas del debido proceso, mediante el trato igualitario de las partes y la plena oportunidad de éstas de hacer valer y probar, sin formalidades y a su costa e interés, todos sus derechos, sin perjuicio de las amplias facultades probatorias e instructorias de que están dotados los árbitros, con la sola sujeción a esas reglas, y a las específicas conferidas al arbitraje según la normativa legal o reglamentaria aplicable.²⁴

Se busca en suma, conjugar dos valores: la preservación de los principios elementales del proceso arbitral y la posibilidad de que las partes, árbitros o tribunales arbitrales, adopten un determinado procedimiento, siempre en consonancia con el cuadro hipotético que la legislación aplicable les ha reservado y la preservación de las reglas inderogables del debido proceso. De allí por qué se da tanto énfasis a los principios del contradictorio, igualdad de las partes, imparcialidad de los árbitros y su libre convencimiento. En gran medida, esa tendencia refleja la adecuación entre el principio de la autonomía de las partes para especificar las reglas que van a solucionar la cuestión surgida entre ellas y el objetivo de preservación de los principios generales o elementales del proceso, que deben ser respetados tanto en la esfera del proceso civil como el arbitraje.

Bajo la luz de esas premisas ha de desarrollarse el proceso arbitral considerando que sus principios basales son por cierto distintos a los del proceso judicial contencioso, fundamentalmente por su mayor informalidad (o más aún desformalización), flexibilidad e irritualidad²⁵ y por la mayor facultad de los árbitros para actuar como verdaderos directores del proceso con amplias facultades instructorias, para arribar a la verdad real, pero siempre sin descuidar las reglas esenciales del debido proceso arbitral.

En ese contexto, la irrevisibilidad judicial de la decisión o sentencia arbitral, en cuanto al mérito o fondo de la cuestión por las razones “in judicando” que fueren, por vía de apelación, es también un presupuesto hoy indiscutido, en tanto se considera que precisamente la prórroga de la jurisdicción para resolver el caso, de la órbita judicial a la arbitral, no amerita un segundo control por parte de la primera, salvo por cuestiones formales, de procedimiento o de violación de principios esenciales que hace al debido proceso y la defensa en juicio que se canalizan por vía de la acción judicial autónoma de nulidad ante la autoridad judicial competente, por motivos taxativamente determinados.²⁶

La Ley Española 60/2.003 trascendente referente iberoamericano en la materia, mantiene esos principios generales consagrados en el artículo 18 de la Ley Modelo, pero con una mejor técnica legislativa, los ubica bajo el título: Principios de igualdad, audiencia y contradicción.²⁷

²⁴ Nuestra jurisprudencia reconoce en tal sentido que en materia de arbitraje una falta esencial del procedimiento es aquella que conlleva un quebrantamiento serio e inequívoco de la garantía constitucional de la defensa en juicio, lo cual puede ocurrir cuando se omitan las formalidades prescriptas en el compromiso o en la ley procesal o se viola la bilateralidad del proceso –Cam.Nac.Com Sala C, in re “Cortes films Argentina S.A. v. Seb. Argentina” sent del 21-XI-2001, E.D. 196-620.

Sobre esa base, concluyó la Cámara que si bien las partes son libres en materia de arbitraje de establecer las reglas, procedimentales que estimasen conducentes y los árbitros tienen poderes para dirigir el procedimiento, existe una garantía inderogable que es la del debido proceso (arbitral), por lo que deben ser tratadas de manera igualitaria y tener la posibilidad de exponer suficientemente su caso, producir prueba y controvertir la ofrecida por la otra- RIVERA Julio c. “Recursos contra laudos arbitrales”, J.A. 2007-I-1268 y sig.

²⁵ En el proceso arbitral a diferencia del judicial no hay caducidades ni prescripciones, y las formas no prevalecen sobre la búsqueda de la verdad real, en forma rápida y desacralizada.

²⁶ En tal sentido, es elocuente la exposición de motivos de la Ley Española, al destacar en el apartado VIII, con respecto al título VII que regula la anulación y revisión del laudo, que “...se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros”, razón por la cual, habrán de extremarse los recaudos para evitar que a través del recurso o de la acción autónoma de anulación, se pretendan introducir cuestiones que lejos de abordar las concretas, taxativas y determinadas cuestiones formales o de procedimiento cometidas en la sentencia arbitral, pretendan en realidad reeditar en instancia judicial la revisión de lo resuelto en cuanto al fondo de la cuestión, cuestionando su eventual sinrazón o injusticia.

²⁷ Ley Española 60/2.003. Artículo 24 inc.1. En la exposición de motivos de la ley, al comentar el título V que regula las actuaciones arbitrales, se destaca que la ley vuelve a partir del principio de autonomía de la voluntad y establece como únicos límites al mismo y a la actuación de los árbitros el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad, que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es. -apartado VI-.

Agrega también en el mismo artículo, una regla de procedimiento que si bien se encontraba sobreentendida en la Ley Modelo, no había encontrado expresa recepción, estableciendo que los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.²⁸

VI.- DETERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

Desde esa óptica, la Ley Modelo establece respecto del procedimiento arbitral tres principios esenciales:

a) que con la sola sujeción a las disposiciones de dicha ley (esto es, de la ley aplicable al procedimiento arbitral de que se trate, en cuanto resulten de obligatorio respeto), las partes tienen absoluta libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones,²⁹

b) que a falta de acuerdo expreso al respecto el tribunal tendrá facultades para dirigir el procedimiento arbitral del modo que lo considere apropiado, con la sola sujeción a lo establecido en la ley aplicable al mismo, de modo imperativo,³⁰

c) que esa amplia facultad del tribunal como director del proceso incluye la de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas sin sujeción a regla alguna,³¹ aunque respetando los principios generales de igualdad de las partes, contradicción y plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

Pero esas amplias facultades, tanto de las partes como de los árbitros, solo tienen el marco infranqueable del respeto a las disposiciones inderogables de la ley estatal que resulte aplicable al procedimiento. Se ha dicho, con razón, que el procedimiento arbitral busca asociar dos valores: la preservación de principios elementales del proceso y la posibilidad de que las partes, árbitros o tribunales adoptaren un determinado procedimiento, siempre en consonancia con el cuadro hipotético que la legislación le reservó.

Cabe señalar al respecto que la antes citada Ley Española 60/2.003, establece una sutil modificación de redacción de la norma, volcándose más hacia un jusprivativismo tal vez excesivo, que se advierte en buena parte de la normativa de la última década del siglo pasado y de lo que va del presente, con el propósito de ensanchar el campo de actuación de la libre disposición de las partes, sin que ésta tenga que respetar las disposiciones inderogables de la ley, lo cual en nuestra apreciación puede resultar finalmente perjudicial para el arbitraje.

En tal sentido, dispone que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior (24) las partes podrán convenir libremente el procedimiento a que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones. De tal forma, el único límite que tienen en su libertad para reglar el procedimiento aplicable es el respeto a su igualdad, la oportunidad de hacer valer sus derechos (art. 24 inc.1) y la confidencialidad de las informaciones (art. 24 inc.2), pero no a las otras disposiciones inderogables que pueda disponer la ley aplicable al procedimiento.³²

Esa sutil diferencia se confirma, cuando se advierte que la ley Española solo obliga al respeto de

²⁸ Ley Española 60/2.003. Artículo 24 inc.2

²⁹ Artículo 19.1

³⁰ Artículo 19.1 primera parte

³¹ Artículo 19.2 segunda parte

³² Ley Española 60/2.003. Artículo 25 inc.1. En tal sentido, en la Exposición de motivos de la ley, se deja bien claro que garantizado el respeto a estas normas básicas, las reglas que sobre el procedimiento arbitral se establecen son dispositivas y resultan, por tanto, aplicables sólo si las partes nada han acordado directamente o por su aceptación de un arbitraje institucional o de un reglamento arbitral. De este modo, las opciones de política jurídica que subyacen a estos preceptos quedan subordinadas siempre a la voluntad de las partes. -apartado VI-.

la ley para el caso de que las partes no hubiesen logrado acuerdo respecto del procedimiento, en cuyo caso los árbitros podrán dirigir el arbitraje “con sujeción a lo dispuesto en esta Ley” (y no solo a los principios generales del debido proceso a que se refiere el art. 24.1).

Creemos que en este caso, la Ley Española -en postura que no compartimos- ha ido mas allá del lineamiento general de la Ley Modelo, que en atención a la indiscutible función jurisdiccional del arbitraje, reserva a la ley aplicable al procedimiento arbitral, el establecimiento de determinadas normas de procedimiento que considere necesario reglar en forma especial o precisando los principios generales del debido proceso, antes indicados. Se vuelca así hacia una postura mas contractualista (privatista) del arbitraje, en demérito de su trascendente función jurisdiccional (publicista), que seguramente no será compartida por todos y que corresponderá a la justicia española determinar en definitiva su viabilidad. Así también a la CNUDMI precisar debidamente tan importante cuestión, ratificando o rectificando el principio consagrado en el artículo 18.1 de la Ley Modelo.

Lo cierto es que a la luz de esa reciente normativa las partes podrán acordar en España, determinados aspectos de procedimiento en el arbitraje internacional, que en otros países no podrían, por así impedírsele las respectivas leyes regulatorias del mismo.

VII.- EXCLUSIÓN DE LOS TRIBUNALES DEL ESTADO

Tanto la Ley Modelo (art. 5), como la reciente Ley Española (art. 7), establecen el principio de que el ningún tribunal judicial intervendrá en los asuntos sometidos a arbitraje salvo en los casos en que la ley arbitral expresamente así lo disponga.

Con ello se pretende lograr la definitiva emancipación del arbitraje respecto de la tutoría de la justicia estatal, permitiéndole así desplegar todo su potencial respetando la intención y decisión inicial de las partes de prorrogar o desplazar la jurisdicción de la justicia estatal hacia la justicia arbitral (privada), en los asuntos patrimoniales de libre disposición en que no se encuentra comprometido el orden público.

NECESIDAD DE LA FORMACION EN ARBITRAJE DEL MEDIADOR.

Dras. ANA MARÍA BARGIELA - MARIA INÉS BURS

COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Abstract

La crisis terminal de la justicia, la demora judicial, hizo que se pensara en implementar la mediación como método alternativo a los tribunales tradicionales.-

El primer año de vigencia del instituto demostró con estadísticas el éxito del sistema.

Las estadísticas actuales de mediación muestran que un 34 o 35% de las mediaciones vuelven a juicio. Así, cuando una mediación va a cerrarse sin acuerdo, el mediador debería poder ofrecer a las partes someter su conflicto al **arbitraje** en todos aquellos casos en los que se trate de derechos disponibles para las partes (art. 21 del C. Civil) y en los que se pueda transar y no esté comprendido el orden público.- Para ello, el mediador debe tener formación en la materia, tema éste sobre el que se reflexiona en la ponencia.-

NECESIDAD DE LA FORMACION DEL MEDIADOR EN ARBITRAJE.

En la década del 90 la crisis terminal de la justicia, la situación de colapso por la que atravesaba la misma por la cantidad de causas acumuladas, impedía dar una respuesta adecuada a los conflictos de la sociedad.-

Para entender la demora judicial de la que hablamos, es útil observar las estadísticas de la Justicia para ese período, así vemos que:

En el Fuero Civil sólo se procesaba con resolución final el 10% de los casos, por lo que el congestionamiento llegaba al 90 %, dicho en otros términos, cada año quedaba un 90 % de insatisfechos.- ¹

Si observamos el Fuero Comercial: en el quinquenio 1990-1995, de 20.263 expedientes se pasó a 99.031, (hubo un 388,73% de aumento) ²

Se asignaron a cada Juzgado, 17 causas por día en promedio, es decir que, con 8 horas de trabajo cada juez tendría que haber dictado 2 sentencias por hora para tener el despacho al día.-

Estos números hablan por si mismos de la imposibilidad de la justicia de dar una respuesta adecuada a los conflictos de la sociedad.-

Por su parte, los justiciables, los legos, reclaman cada vez más una mayor participación en la solución de sus conflictos; ya que la justicia, no es algo que importa solamente a jueces y abogados sino que atañe a toda la sociedad. Todos sabemos que quieren decir las personas cuando expresan " NO HAY JUSTICIA" y en tal caso aluden a una decisión tardía, a una decisión injusta y que además es impuesta por un tercero neutral que es el juez.-

A partir de esta crisis del sistema judicial, en la década del 90, hace su aparición en nuestro país el instituto de la mediación. Se la declaró de Interés Nacional por el Decreto 1480/92 y finalmente, en octubre de 1995 se sancionó la Ley 24573 que entró en vigor en abril de 1996.-

¹ (cfr. "Alvarez, Gladys S; Highton, Elena y Jassan, Elías "Mediación y Justicia, pag. 15 (Ed. Depalma, Bs. As. 1996)

² (Cfr. Sec. Gral de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, publicado en el Suplemento Especial de La Ley, 7 de agosto de 1996).

En los días previos a su entrada en vigencia, las filas para iniciar demandas ante las Cámaras del Fuero Civil y Comercial eran interminables pues los abogados no querían pasar por ese instituto extraño del que nada se sabía.- Los días posteriores a su entrada en vigencia se sorteaban ante esas mismas Cámaras solamente 40 o 50 expedientes diarios.-

Los mediadores debimos trabajar con el discurso de apertura haciendo docencia de la mediación no sólo respecto de las partes, sino también de sus letrados.- A pesar de ese desconocimiento en los profesionales del Derecho y de la falta de práctica de los mediadores, porque se comenzó con conceptos teóricos sin una práctica que sustente a esa teoría, (y sin normas éticas en la legislación) en ese primer año, desde abril hasta diciembre de 1996, del 100% de casos sometidos a mediación, se obtuvo un 33% de ACUERDOS, un 33% terminó SIN ACUERDO y fue a la justicia y, el 33 o 34% restante no fue ninguna parte, tal vez por tratarse de meras aventuras judiciales.

En síntesis, el 1º año de vigencia de la mediación significó un 66 o 67 % de descongestionamiento para la justicia, lo que habla por sí mismo del éxito de la mediación.- Además estas estadísticas son absolutamente comprobables porque en el año 1996 sólo existía la mediación por sorteo ante las Cámaras de los Fueros respectivos.-

Las razones de su éxito se debieron en parte a que surgió como prejudicial y obligatoria y ello hizo que el instituto se difundiera en la comunidad.

Ahora bien, cabe preguntarnos que ocurre hoy.-

La carga de trabajo en los Juzgados Civiles es menor a la que hubiese habido de no existir la mediación obligatoria.

Hoy, la mediación vive fuera del ámbito judicial, la población accede a justicia a través de un método que solo envía un 2,4 % de ejecuciones de acuerdos por incumplimiento.

- Sobre 200.412 mediaciones de sorteo asignadas desde 1996, sólo 69.780 (34,82%) volvieron a los Tribunales, en tanto 131.432 causas no ingresaron al sistema judicial. (65,18%)

- En el año 2008 en el Fuero Civil se iniciaron 35, 19% menos causas que en 1995.

Cabe destacar que la población creció, el parque automotor creció y las crisis sociales exigieron un mayor acceso a justicia por parte de los justiciables.-

La RAD ha demostrado ser un verdadero filtro protector de la majestad de la justicia, a la que debe recurrirse como el último recurso y no como el primero disponible a estos fines.

En tal sentido, el Congreso de Magistrados que se reunió en Salta en 2007, convocando a 600 magistrados de distintas provincias, aconsejó desarrollar soluciones alternativas a los juicios (métodos RAD).- La Dra. Highton sostuvo que "Las encuestas muestran que el 85 % de la población tiene desconfianza de la Justicia, y eso se relaciona con que hay un consenso absoluto en que existe una importante demora. Es tarea nuestra revertirla".

A su vez, pensando en mejorar la situación existente, la Corte Suprema de Justicia dictó la Acordada 37/07 por la que se creó la Comisión de Acceso a Justicia cuya Presidente es la Dra. Elena Highton. Dicha Comisión impulsa los Métodos Alternativos, entre ellos la mediación y el arbitraje, para disminuir la litigiosidad y mejorar el servicio de justicia en las distintas jurisdicciones de nuestro país.-

A pesar de las recomendaciones efectuadas sobre la implementación de los métodos RAD, en el mes de agosto de 2009 la Justicia Comercial se declaró en "grave emergencia" por falta de juzgados y exceso de causas que se incrementan con motivo de las crisis nacionales e internacionales. El Fuero tiene la misma cantidad de Juzgados y personal desde hace 36 años. En los últimos 11 años el incremento de causas ascendió al 710,89 %. No obstante tener el mayor índice de expedientes resueltos (56,31 % de todos los juzgados de Primera Instancia de esta Ciudad), tienen el mayor número de expedientes en trámite.-

CAUSAS APTAS PARA EL ARBITRAJE

En el Fuero Comercial, sacando concursos y quiebras y ejecutivos por cobro de pesos, queda como

remanente una masa de 16.000 demandas nuevas por año, por conflictos comerciales, que son un mercado ideal para el arbitraje.

Podemos mencionar también dentro del Fuero Civil como aptos para el ARBITRAJE temas de:

- Daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual.
- Conflictos relativos a la propiedad horizontal.
- Incumplimientos de boletos de compra-venta,
- Temas vinculados a aspectos patrimoniales de la disolución de la sociedad conyugal, etc.

Cabe preguntarse que temperamento puede intentarse con ese porcentaje de mediaciones en las que no se arribó a un acuerdo, antes de acceder a la justicia.-

La respuesta que surge es que: cuando una mediación va a cerrarse sin acuerdo, el mediador debería ofrecer a las partes someter su conflicto al arbitraje en todos aquellos casos en los se trate de derechos disponibles para las partes (art. 21 del Código Civil) y en los que se pueda transar y no esté comprendido el orden público.

Quedarán excluidos en su caso, los siguientes temas:

- Cuestiones penales pero no, la indemnización del daño causado por un delito.
- Cuestiones sobre derecho de familia.
- Sucesiones
- Cosas que estén fuera del comercio
- Derechos que no puedan ser objeto de convención
- Cuestiones en las que esté interesado el orden público.

Es decir que, cuando no sea posible para las partes llegar a un acuerdo sobre el fondo del asunto, puede existir un grado de entendimiento que les permita convenir el sometimiento del conflicto a otro método: el arbitraje.-

Para ello el mediador deberá estar formado en arbitraje pues, deberá explicar a los abogados y a las partes, los beneficios que supondría someter el conflicto a arbitraje en lugar de ir a un litigio que demoraría años en su solución, con los riesgos y costas involucrados.-

Es decir, no siendo viable la autocomposición, se abren a las partes dos opciones:

- 1) ir al Poder judicial
- 2) ir al arbitraje con exclusión del Poder Judicial.

VENTAJAS DEL ARBITRAJE

Las ventajas del arbitraje frente al juicio serían las siguientes:

1.- celeridad 2.- confidencialidad 3.- especialización en el tema a decidir 4.- economía de recursos humanos y materiales 5.- menor enfrentamiento entre las partes 6.- mayor participación de las partes en el proceso 7.- inmediatez entre las partes y el árbitro.

Quedaría la Justicia como el reducto final para aquellos conflictos que no admitan soluciones consensuadas.-

No obstante, los abogados en general desconocen el arbitraje y tienen resistencia a pasar de un sistema conocido a uno desconocido. En general piensan que un laudo tiene un status jurídico inferior a la sentencia judicial.-

DEBER ETICO DEL MEDIADOR

Aconsejar el arbitraje es también un deber ético para los mediadores, pero para ello, como ya se ha dicho, deben tener los mismos formación en arbitraje para poder responder a las dudas y preguntas que podrían hacer los letrados y las partes.

En la Ley 24573 no tenemos previstas normas de ética, sería aconsejable que la futura legislación si las contemple.

Podemos citar a estos efectos el código de ética Anexo a la Ley de Mediación de la Provincia de Chaco (Ley 6051), que en su art. 15 establece que: " El mediador informará a las partes sobre otras formas de resolución alternativa de disputas cuando ello sea aconsejable".- (VER LEY PROV. BS.AS.)

El código de ética de ABA (American Bar Association) y el de la AAA (American Arbitration Association) también establecen como obligación del mediador, recomendar a las partes otros métodos RAD cuando resulten pertinentes.

Cabe destacar que el mediador también podría aconsejar a las partes distintas instituciones para derivar el arbitraje según el tipo de conflicto, (también podría tratarse de un árbitro único), debiendo en ambos casos manifestar expresamente que no recibirá honorario alguno por derivar el caso a otra institución o persona para que su investidura no se vea sospechada.-

FORMACION DEL MEDIADOR EN ARBITRAJE

Según lo expresado precedentemente, el mediador luego de haber intentado acercar a las partes en el proceso de mediación sin que las mismas hayan podido arribar a un acuerdo, tiene la posibilidad de sugerir, de ofrecer, de proponer a los intervinientes buscar la solución del conflicto a través de un proceso arbitral.-

A estos efectos, el mediador analizando el reclamo y el tipo de conflicto existente entre las partes, puede sugerirles la utilización de distintos procesos arbitrales que puedan ser aptos para el caso particular.-

A modo de ejemplo, si el asunto fuese una compraventa de acciones podría recomendarse la utilización del Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio, si se tratase de un tema relacionado al comercio de granos, podría sugerir la Bolsa de Cereales, para el caso de un tema relacionado con el Derecho de los Consumidores, podría aconsejar la utilización de los Tribunales Arbitrales de Consumo, etc.

Sería recomendable que el mediador cuente con un listado de distintas instituciones que administren los procesos de arbitraje y que pueda explicar a las partes las características de sus respectivos reglamentos, para que tomen una decisión informada.-

HONORARIO DEL MEDIADOR

Desde el punto de vista del honorario del mediador, se trataría de un ACUERDO PROCESAL, en los términos del art. 21. de la Ley 24573.- Este artículo al mencionar al acuerdo transaccional no distingue entre acuerdos parciales o totales, *sobre el fondo del asunto o sobre la decisión procesal* de las partes de someter el conflicto a otro método RAD, por lo que el mediador tiene en tal caso derecho a percibir el honorario que se ha devengado por su intervención en el proceso.-

POSIBILIDAD DEL MEDIADOR DE ACTUAR COMO ARBITRO

Otra reflexión que se impone es si el mediador podría actuar como árbitro en ese mismo proceso. Entendemos que no, porque el mediador ha sido depositario de la confidencialidad de las partes, y resulta difícil comprender como haría para resolver en una decisión final obligatoria quien ha conocido los pormenores del caso por las narrativas de las partes. El Código de Ética del CEMARC, (Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Argentina de Comercio) lo prohíbe expresamente y dice en su art. 25 que "...El Mediador está inhibido de ser designado árbitro, a menos que ambas partes así lo acuerden" Asimismo se entiende que se puede afectar la espontaneidad y la calidad de información que las partes proporcionen al mediador si piensan que va a ser la misma persona quien luego intervenga en su rol de árbitro.

INCORPORACION DE CLAUSULAS MED-ARB O ARB-MED - CLAUSULAS COMPROMISORIAS EN LOS CONTRATOS.

Sería de desear que los contratos que suscriban las partes así como se constituye domicilio, se pacta la competencia, se dispone la jurisdicción, incluyan **cláusulas Med-arb o arb-med, o cláusulas compromisorias** porque siempre es más fácil tener consenso en el disenso cuando no se ha producido el conflicto que, cuando el mismo se exterioriza.

A su vez, las cláusulas "ut supra" mencionadas, deben ser claras y completas para que su interpretación posterior no genere un nuevo conflicto.

REFLEXION FINAL.

El mediador tiene el deber ético de aconsejar el arbitraje cuando resulte pertinente, por ello, debe tener formación en este método para poder responder a las dudas y preguntas que podrían formularle los letrados y las partes.

Debe estimular e incentivar la difusión y utilización del arbitraje a fin de generar un nuevo paradigma cultural de dicho instituto.-

La mediación y el arbitraje como Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos posibilitarán desjudicializar los conflictos y permitirán a los justiciables acceder a una solución justa y equitativa, eficiente y ágil, sin necesidad de llegar a la Justicia tradicional, la que será entonces el reducto final para aquellos conflictos que no admitan soluciones consensuadas.-

PRESUPUESTOS Y PREJUICIOS DE DOS DEBATES. CONSIDERACIONES PARA UN NUEVO MODELO DE ABOGADO.

Dr. RAÚL CALVO SOLER (Ph. D.)

UNIVERSIDAD DE GIRONA

El desarrollo de los llamados métodos alternativos de resolución de conflictos, en adelante ADR (tal como son mencionados por la expresión inglesa “Alternative Dispute Resolution”) ha estado acompañado de un amplio debate que puede ser caracterizado desde una doble perspectiva; la externa y la interna.

En el debate externo el problema se plantea a partir de que estos métodos suponen una visión claramente pesimista de lo que significa el Derecho en general y el proceso judicial en particular. En este sentido, los ADR suponen una nueva metodología de resolución de conflictos que se basa en las siguientes premisas:

1. El Derecho, el proceso judicial y los ADR son instrumentos para resolver conflictos.

2. En ciertos casos las características del Derecho y del proceso judicial afectan la idoneidad y la viabilidad de la solución de un conflicto. Por el contrario, los ADR corrigen estas deficiencias y permiten la consecución de acuerdos idóneos y viables. Esta tesis tiene una versión más fuerte; para todos los casos de conflictos la solución mediante los ADR es ‘mejor’ que la solución mediante el proceso judicial.

Es en este contexto donde defensores y detractores de los ADR sostienen enfáticamente sus argumentos. Por un lado, sus defensores muestran las ventajas de estos métodos frente a la realidad del proceso judicial. Algunos de los avales argumentativos que suelen expresarse para defender la idoneidad y viabilidad de estos métodos son: la preservación de las relaciones entre los diferentes actores del conflicto, el aumento de las probabilidades de cumplimiento de los acuerdos y una reducción sustancial de los costes (tiempo, dinero). Por otro lado, los detractores de los ADR están preocupados, especialmente, por el carácter de ‘caja negra’ de estos métodos, ya que se puede observar cuando entra el conflicto en el sistema y el acuerdo que resulta pero no es posible ‘controlar’ el proceso que allí tiene lugar. Esta imposibilidad de control puede traer aparejadas algunas consecuencias no deseables: la vulneración de derechos, la aceptación de acuerdos subóptimos respecto de lo que se hubiese logrado a través de una sentencia judicial y las posibles alianzas, más o menos legítimas, que el tercero (mediador, conciliador, facilitador) puede desarrollar con uno de los actores en detrimento del otro.

Es curioso destacar que los debates que se podrían denominar externos entre defensores y detractores de estos métodos suelen mantener una estructura de discusión que dificulta enormemente lograr un acuerdo. Los defensores de los ADR oponen a las desventajas del proceso judicial tal y como es en la realidad las ventajas de los métodos alternativos tal y como deberían ser. Los detractores de los ADR a su vez confrontan la realidad de lo que los métodos son con un modelo ideal de proceso judicial.

Por su parte, el debate interno puede caracterizarse atendiendo a dos puntos centrales: en primer lugar, no es clara la línea que define a los ADR frente, ya no al Derecho o a la guerra, sino a métodos de carácter híbrido. Por ejemplo, no es claro en qué medida el arbitraje puede ser considerado dentro de la clase de los ‘métodos alternativos’. Este aspecto ha generado un argumento por parte de los detractores de los ADR que puede ser expresado en los siguientes términos: al definir ‘lo alternativo’ en términos negativos no resulta sencillo constatar si las virtudes que se les suponen se verifican o no en cada uno de los posibles métodos.

En segundo lugar, incluso en el ámbito de un método de ADR específico surgen serios problemas para identificar las propiedades que lo definen. Por ejemplo, uno de los métodos con los que tradicionalmente se ha identificado la noción de ADR es el de la mediación. Pues bien, es bastante común encontrar definiciones significativamente distintas cuando se intenta analizar qué es y en qué consiste este método.

En lo que sigue me propongo analizar algunos aspectos de estos dos niveles del debate (interno-externo) con la intención de poner de manifiesto ciertos problemas y presupuestos que obstan, en mi opinión, a un mejor desarrollo de ‘la resolución de este conflicto’.

I. LOS PROBLEMAS DESDE EL DEBATE INTERNO

La mediación es un ejemplo paradigmático de los problemas que han enmarcado el debate interno y que no han permitido, en mi opinión, un mejor asidero desde el que avanzar. He denominado en otro lugar (Calvo Soler, *Quo vadis mediación?*, 2009) a los efectos más perniciosos de este intrincado debate interno como *el efecto del martillo*, *el efecto de gigantes o nada*, y *el efecto del péndulo*.

* El *efecto del martillo* (“si todo lo que tienes es un martillo todo lo que verás son clavos”) ha provocado una constante modelización de los ADR en general, y de la mediación en particular, que nos ha llevado a una situación en la que realmente resulta difícil entender de qué estamos hablando; hay mediaciones que sirven para prevenir conflictos, otras para gestionarlos y otras para resolverlos. Hay mediaciones que transforman moralmente a toda una sociedad y mediaciones que se apartan de cualquier idea de transformación. Las hay que educan en valores y también las que criminalizan el uso de estos. Hay mediaciones para el perdón y para el castigo, mediaciones donde el tercero es alguien con poder frente a las partes y mediaciones donde el tercero carece de poder. Las hay para lograr que la gente se divorcie pacíficamente pero también están aquellas cuyo objetivo es la preservación del vínculo marital. Hay mediaciones donde el tercero propone soluciones y mediaciones donde sería contradictorio que el tercero hiciese estas propuestas. Y por último, hay mediadores que son un tercero y mediadores que son en realidad un actor más del conflicto. En definitiva, la mediación sirve para un roto y para un descosido. Creo que esto es así porque la mayoría de las reflexiones que se han planteado sobre la mediación están más vinculadas a la visión de la mediación como un hacer y no a la consideración del ‘ser del mediador’.

* Por su parte, el efecto de *gigantes o nada* (“somos enanos a hombros de gigantes”) ha conducido a que cada nuevo autor pretenda ser el nuevo constructor de un nuevo modelo de mediación o de resolución de conflictos; De la mediación basada en acuerdos, pasamos a la mediación basada en la transformación de las relaciones. En algún momento se nos presentó la idea sistémica como el paradigma del mediador pero también se nos habló de la mediación circular narrativa. Cuando creíamos que el suelo estaba, más o menos, asentado se comienza a discutir desde los diálogos apreciativos. Y, por si esto fuera poco, ahora también se nos insinúa la compatibilidad de todas las propuestas. Cada una de estas consideraciones ha sido presentada, o a veces simplemente entendida, como un nuevo gigante. Pero, hasta donde alcanzan mis lecturas, no ha habido una reflexión serena sobre la incompatibilidad de estas propuestas entre sí. ¿Son modelos de un concepto de mediación o estamos frente a distintas concepciones que giran en torno a un determinado concepto de mediación? ¿Cuál es el alcance real de la exclusión entre todas estas propuestas y todas las que pueden seguir viniendo? ¿Hay realmente un *desacuerdo teórico*, ahora que está de moda la discusión de este tema en los ámbitos científicos-filosóficos, entre los defensores de cada una de estas estructuras?

* El último de los efectos es el efecto del *péndulo* (“o conmigo o contra mí”) conforme al cual discutir a la mediación es defender al Derecho o viceversa. Quizás los que más directamente han sufrido este efecto son los propios abogados de forma tal que muchos de ellos han considerado que el ejercicio profesional los ponía en la tesitura de tener que optar entre el mundo jurídico y el mundo de la mediación. Por si esto fuera poco estos mismos abogados han debido batallar frente al fuerte alegato de sus coetáneos que los han visto como “profesionales que no entienden lo que es trabajar como abogado”.

Es obvio, en mi opinión, que nuestro manejo del debate interno, por no decir nuestro mal manejo del debate interno, le ha hecho un flaco favor a una mejor comprensión del debate externo. Por ejemplo, no es extraño que muchos autores que propugnan la defensa de un modelo de mediación lo hagan intentando, por un lado, enfrentar a otros modelos de mediación y, por el otro lado, pretendiendo oponerse o conciliarse, según la propuesta al uso, con la concepción jurídica de la resolución de conflictos. Esta dualidad le ha restado, en mi opinión, fuerza a las propuestas de los mediadores en el debate externo. Pero, en el mismo sentido, los presupuestos que subyacen al debate externo tampoco han ayudado a la hora de mejorar los resultados del debate interno. Hemos asumido, sin demasiada reflexión, que las críticas, y el alcance de las mismas, vertidas contra el Derecho y el Proceso judicial son aceptables. Especialmente aquellos que veníamos del mundo jurídico hemos supuesto que debíamos asumir las críticas al proceso judicial y al Derecho so pena de ser caracterizados como mediadores-poco-creíbles (“no hay mayor creyente que el converso”).

II. Los presupuestos del debate externo

En lo que se refiere al debate externo me parece que se ha partido de un conjunto de presupuestos que tampoco han ayudado a lograr un mejor enmarque del problema. Entre estos quizás los más destacados sean los siguientes.

1. *Hablar del Derecho es hablar del Proceso Judicial.*

No deja de ser sorprendente el grado de identificación que se suele otorgar, especialmente los abogados, a estos dos conceptos; ‘Derecho’ y ‘Proceso Judicial’. Obviamente esto está relacionado con una serie de causas que tienen como una de sus mayores expresiones su propia formación universitaria. Si piensan un momento en lo que ha sido su capacitación durante la carrera verán rápidamente (al menos en la mayoría de los casos) que ésta está relacionada directa y constantemente con el tema del proceso judicial. Es más, entonando mi propio *mea culpa* como profesor de Filosofía del Derecho, históricamente los protagonistas objeto del análisis filosófico jurídico han sido los legisladores y los jueces. Sin que haya habido una referencia explícita al otro gran actor del Derecho; el abogado. Dos ejemplos me servirán para mostrar esta cuestión; (a) en las asignaturas dogmáticas las referencias acerca de un artículo están relacionadas mayoritariamente con su interpretación judicial y (b) asignaturas como la de ‘argumentación jurídica’ suelen relacionarse con el tema de la justificación por parte del juez de sus sentencias. En un contexto de estas características no es extraño que los abogados conciban su actividad de manera limitada al proceso judicial. Sin embargo creo que la distinción entre estos dos conceptos es importante.

Creo que una forma de presentar la diferencia es la siguiente. En líneas generales, y dejando de lado algunas discusiones más particulares, podríamos decir que el Derecho es un conjunto de normas caracterizadas fundamentalmente por dos elementos; (a) son normas generales (resulta difícil hablar de Derecho allí donde las normas son dictadas de forma individual; caso por caso y para cada caso, algo así como una justicia del Cadí) y (b) entre este conjunto de normas hay algunas (no necesariamente todas) que vinculan su incumplimiento a un acto coactivo. En este sentido, la idea de generalidad y de coacción parecen ser propiedades comunes de la noción de Derecho. Además, el Derecho funciona como un instrumento al servicio de una específica configuración del Estado (Damáska, *Las caras de la justicia*, 1986) de forma tal que distintas concepciones del Estado implican distintas concepciones de lo que el Derecho es.

Por el contrario, el proceso judicial es un instrumento del Derecho; uno de los elementos que el Derecho tiene para cumplir con determinadas funciones sociales que le son asignadas. Es cierto que el desarrollo del proceso judicial está vinculado a las dos propiedades definitorias del Derecho (normas generales en las que el juez subsume el caso individual y sanciones que se ocupa de aplicar). Pero, basta darse cuenta de que un mismo conjunto de normas (Derecho) pueden implicar distintos tipos de Procesos judiciales para reconocer la diferencia entre ellos. Incluso podemos ir más allá en términos, si se quiere, de una utopía; podríamos concebir una sociedad en la que existiendo un Derecho no hubiese proceso judicial. Esto sería posible gracias a la madurez de sus ciudadanos; no se requeriría de una instancia especí-

fica para la aplicación de las normas ni para la aplicación de la sanción en caso de incumplimiento. Lo que pretendo señalar con esto no es que esto sea factible, cosa que no estoy en condiciones de defender, sino que no hay ningún problema conceptual en sostener una sociedad de estas características. Y, si esto es así, no tiene sentido identificar Derecho con Proceso Judicial.

2. La única función del Derecho es la resolución de conflictos.

Quizás relacionada con lo anterior surge el segundo presupuesto incorrecto; el Derecho tiene como única función la de resolver los conflictos. Esta confusión ha llevado a diferentes autores a aseverar, por ejemplo, que en un mundo sin conflictos no tendría sentido el Derecho. Ahora bien, creo que, para decirlo de una manera directa, sostener algo como esto es desconocer una amplia e histórica discusión acerca de las funciones sociales del Derecho (Véase a modo de ejemplo la bibliografía de Moreso y Vilajosana, *Introducción a la Teoría del Derecho*, 2004).

Es un lugar común, en este debate el reconocimiento de que el Derecho cumple con distintas funciones sociales. De entre ellas las más significativas son: alentar y desalentar ciertas conductas, proveer servicios, redistribuir bienes, propugnar la seguridad y la justicia, desarrollar un control social (integrador o regulador), coordinar nuestras conductas, entre otras.

En general, esta caracterización del Derecho suele deberse a dos razones; (a) el concepto de conflicto que se está defendiendo y/o (b) el debate interno en el que estamos desarrollando nuestra argumentación.

Algunas veces, la idea de que la única función social del Derecho es la resolución de conflictos está relacionada con una noción de conflicto caracterizada por su amplitud. Por ejemplo, si alguien entiende que un conflicto está vinculado con las potenciales aspiraciones u objetivos que una persona *debería* tener para desarrollar un específico plan de vida, y no con los objetivos que un actor tiene en un momento determinado, entonces diríamos que hay un conflicto entre un esclavo y su amo aún cuando el esclavo asuma efectivamente que ese es su lugar y que no pretende conseguir nada más de lo que tiene. En este sentido, y bajo esta noción de conflicto, pensar que el Derecho cumple con la función de Control Social, en alguna de sus múltiples acepciones, puede ser reconstruido efectivamente en términos de que la única función del Derecho es la resolución de conflictos; la del conflicto existente, aunque ninguna de las partes lo sepa, entre el esclavo y su amo.

Por supuesto, que esta manera de enfocar el tema es, a diferencia de la segunda posibilidad que ahora consideraré, absolutamente razonable. Pero, lo que está aquí en juego es la utilidad de un concepto de conflicto tan amplio en virtud del cual toda interacción actual o futura es fundamentalmente una situación de conflicto. No tengo posibilidades aquí de explicitar los inconvenientes que, en mi opinión, plantean estas nociones amplias de lo que un conflicto es. Simplemente diré que no me parece interesante una noción de conflicto que hace realmente difícil la idea de relaciones no conflictivas entre las personas. Claro está que no toda noción de conflicto conduce a esta confusión; por ejemplo, la noción de conflicto de autores como Freund o, entre nosotros, Entelman permite perfectamente diferenciar la diversidad de funciones sociales que puede cumplir el derecho; algunas relacionadas con situaciones conflictivas y otras con situaciones no conflictivas.

El segundo supuesto me parece mucho más problemático. La identificación del Derecho con la función de resolver conflictos puede ser el resultado de una incidencia del debate interno sobre el debate externo; como el punto de partida es el debate interno (una nueva propuesta de un modelo de mediación o una nueva defensa de los ADR en la resolución de conflictos) y en virtud del mencionado efecto del péndulo, acabamos observando al Derecho simplemente como uno de los métodos de resolución de conflictos. A partir de aquí se suele correr el riesgo de establecer una comparación total entre el Derecho y los ADR que no deja entrever las otras funciones que cumple esta institución (*"Hemos tirado al niño con el agua sucia"*) Es importante señalar que esto nada dice acerca de la posibilidad de discutir en qué medida y con qué alcance el Derecho puede cumplir con las funciones sociales indicadas. Pero, lo que no se sigue de esto es que la defensa del pape de los ADR, en general, y de la mediación, en particular, pueda

sustentarse exclusivamente en esta reducción inaceptable de lo que suponen los sistemas jurídicos para nuestras sociedades.

3. Resumen de la propuesta según los puntos 1 y 2

En resumen, lo que yo sostendría en este punto es lo siguiente:

- El Derecho cumple diversas funciones sociales, una de las cuales es la de resolver los conflictos que se plantean en nuestra sociedad. Por supuesto, esto no implica afirmar que la única institución que trabaja en el plano de la resolución de conflictos en nuestras sociedades sea el Derecho.

- La forma predominante de resolver conflictos que tiene el Derecho es a través del proceso judicial. Todo lo cual nada dice acerca de que ésta sea la única función posible del proceso judicial.

- Cuando el proceso judicial está pensado como un instrumento al servicio de la resolución de conflictos, éste actúa sobre la base de una serie de presupuestos y características. De entre todas estas características las que parecen ineludibles son: (a) hay un tercero (llamado juez) que es el que decide en base a reglas generales aplicables al caso individual o, como mínimo, debe indefectiblemente justificar sus decisiones en esas normas generales. Por supuesto, este tercero puede tener (o no) cierto margen interpretativo. Pero, sea como fuere al final debe respaldar su decisión en dichas normas generales. (b) La adjudicación de la solución sea de manera principal (esto es, el caso en que el juez decide con independencia de que los actores tengan una solución distinta) o secundaria (el juez decide sólo cuando los actores no han logrado un acuerdo) es independiente de la satisfacción que la misma produzca en las partes. En este sentido, un juez no puede justificar una solución en base al argumento de que ésta es la que más satisfará a ambas partes. Y (c) la ausencia de cumplimiento de la solución respaldada en normas generales lleva aparejada una respuesta institucional de ámbito coactivo. Alguien podría objetar que las características del proceso judicial son algunas más. Pero, en mi opinión, todas las demás son contingentes, esto es, sería posible pensar un sistema judicial que no cumpliera con ellas. Quizás un ejemplo paradigmático de este tipo de propiedades sea la de la adversariedad. Pero, simplemente baste recordar aquí que nuestros sistemas judiciales no siempre respondieron a esta pauta; como es el caso del sistema judicial inquisitorial.

- Así las cosas, para ciertos tipos de conflictos su resolución a través del proceso judicial puede resultar inútil, ineficaz y/o ineficiente. Y es en estos casos donde, al no ser operativo el proceso judicial, el Derecho deja de cumplir la función social de resolución de conflictos. Cuando esto ocurre, al Derecho le quedan distintas alternativas entre las cuales destacaré las siguientes; (a) Ignorar la situación y mantenerse en la propuesta del proceso judicial por tradición o desidia (y esto aún cuando no esté en juego el cumplimiento de otra función). (b) Asumir el abandono de la función de resolución de conflictos pero mantener al proceso judicial en tanto que hay otras posibles funciones sociales que efectivizar. O, finalmente, (c) buscar nuevos mecanismos a través de los cuales el Derecho pueda cumplir su función de resolución de conflictos.

4. Si queremos saber cuándo hay que usar al Proceso judicial para resolver conflictos debemos preguntarle al Derecho.

Una de las cosas que más me sorprenden del debate externo es la firme convicción de muchos juristas de que el Derecho es un criterio óptimo para establecer la mejor manera de resolver un conflicto. Esto se suele poner de manifiesto en frases como la siguiente; “no tiene sentido la mediación en estos casos porque no forman parte del Derecho dispositivo”. Yo creo que afirmaciones de este tipo se deben a un error o, en todo caso, a una mala construcción del argumento.

En el primer supuesto, el error sería el siguiente; si el Derecho es un instrumento al servicio, entre otras funciones, de la resolución de conflictos, ¿cómo puede, el mismo Derecho, dirimir aquello que es susceptible de ser resuelto mediante el proceso judicial? Para decirlo de otra manera; cómo puede simultáneamente el Derecho cumplir con el rol de un criterio que sirve para clasificar “qué conflicto se resuel-

ve con qué método” y a la vez ser uno de los métodos que estamos clasificando. En mi opinión, lo que aquí correspondería es desplazar al criterio jurídico. Lo que necesitamos son pautas vinculadas a una Teoría del conflicto que diriman la cuestión de qué debe (técnicamente) pasar por el proceso judicial y que no. Sólo criterios de este tenor pueden servir para fundamentar adecuadamente esta selección.

Ahora bien, podría ser que los defensores del rol del Derecho como criterio en realidad estén sosteniendo una idea bien distinta; cuando el Derecho establece la distinción entre lo que puede mediar y lo que no, entre lo que puede ser objeto de intervención por un ADR y lo que requiere del proceso judicial o entre lo que las partes pueden solucionar por sí mismas y lo que requiere de la intervención de un tercero, lo que se está poniendo de manifiesto es una específica jerarquización de las funciones sociales que le son atribuidas. En este sentido, no es que el Derecho dirima sobre la idoneidad del conflicto para ser resuelto por un método o por otro, sino que propugna una preferencia de algunas funciones sobre aquella referida a la de resolución de los conflictos. Por ejemplo, si se acepta esto que acabo de sostener tendría pleno sentido afirmar algo como lo siguiente; “Creo que un caso de violación es perfectamente mediable o negociable en base a la Teoría del conflicto que defiende. Lo que ocurre es que en este caso la función social que predomina en la intervención jurídica es la del control social y no la de resolución de conflictos”. Por supuesto, aquí la discusión será en qué medida cumple esa función prioritaria el proceso judicial y si la jerarquización establecida es adecuada o aceptable. Así que, en mi opinión, si es esto lo que se está diciendo, creo que no hay nada que reprochar al argumento (más allá, insisto, de la discusión ulterior sobre en qué medida se cumple la función o si es aceptable la jerarquización). Consecuentemente, ante una propuesta de estas características, deberíamos ser conscientes de que el argumento no está relacionado con la efectividad de un determinado ADR; no se discute si un método concreto es útil para un determinado tipo de conflictos. Y, por lo tanto, no hay una propuesta de análisis de la confrontación en el debate externo.

5. La función del abogado es la defensa de los intereses de su cliente en el proceso judicial.

Si el Derecho y el proceso judicial son la misma cosa, entonces formar a un abogado es preparar a un profesional para acudir al proceso judicial. Pero además, si la única función del Derecho es la de resolver los conflictos y esto es sólo posible en el plano jurídico mediante el proceso judicial (según el primer presupuesto), entonces los abogados se verán como resolutores de conflictos *sólo* en la medida en que se piensen como profesionales del litigio. Si alguien pretendiese proponerles otra manera de ejercer su desempeño profesional, los estaría obligando a elegir entre ser realmente un abogado o dedicarse a ‘otras cosas’ que, si bien están también en la égida de lo jurídico, no son propiamente el accionar de estos profesionales. Quizás sólo la fuerza de la compleja realidad del proceso judicial, y de sus múltiples problemas, puede haber generado algún breve resquicio por el que se han colado algunos quehaceres que van más allá del proceso judicial. Así no resulta extraño escuchar; “más vale una mala negociación que un buen juicio” o “yo lo que hago todo el día es negociar”. Pero, creo que en el fondo todas estas aseveraciones no son más que afirmaciones relacionadas con cómo se ven estos abogados dada la difícil realidad del proceso judicial (quisiera saber qué dirían estos mismos abogados sobre su actividad si se les plantease una situación óptima del proceso judicial).

Pues bien, creo que si se asume todas mis críticas a las identificaciones y reducciones acerca de lo que el Derecho es y de para lo que el Derecho sirve, entonces necesitamos revisar el papel del abogado en la resolución de los conflictos. Y, todo ello, con independencia de si el proceso judicial funciona a las mil maravillas o es un absoluto y total desastre.

Si el Derecho no se reduce al proceso judicial, entonces correspondería ampliar el alcance de la formación de los abogados más allá de lo que implica ir a litigar. Una visión amplia del Derecho propugna una visión amplia del profesional que desarrolla su actividad en este contexto. El rescate de la vieja concepción del jurista frente al cotidiano leguleyo sería, en mi opinión, un buen paso en esta dirección.

Si el Derecho cumple distintas funciones, algunas de las cuales van más allá de la resolución de conflictos, necesitamos abogados capaces de asumir este rol o de comprender las implicancias que están dadas en este menú de funciones. Por ejemplo, si una función del Derecho es dotar de seguridad a las interac-

ciones entre los particulares, no es de recibo el desarrollo de prácticas que contradicen esta función. Y, si el abogado es uno de los avalistas de este encargo, pues corresponderá formarlo para poder reaccionar ante este tipo de situaciones.

Pero, quizás donde el problema se pone más claramente de manifiesto es en el contexto de la función de la resolución de conflictos.

Creo que no sorprende a nadie si afirmo que la formación de un abogado está realmente apartada de lo que cabría exigirle para poder desarrollar esta actividad. Y esto es así tanto en el plano del proceso judicial, cuando sirve al cumplimiento de este requerimiento, como, y de manera aún más especial, cuando el Derecho propone nuevos métodos para trabajar en la resolución de los conflictos.

Si el proceso judicial sirve, bajo ciertos parámetros, para la resolución de conflictos, entonces necesitamos un abogado que comprenda el alcance de esta función en el contexto del propio proceso judicial. Esto requeriría un abogado cuyas destrezas apunten a este objetivo. Lo cual supondría, nuevamente, el abandono de ciertas prácticas que hacen del proceso judicial un fin en sí mismo. Habría que insistir más, durante el proceso de formación, en la idea de que el objetivo de nuestra profesión no es ir al litigio *ya que el proceso no es más que uno de los medios para la consolidación de la función encomendada; la resolución de conflictos*. Pero, creo que si intentásemos convencer a los usuarios de que nuestras prácticas en el proceso judicial tienen como objetivo la resolución del conflicto, la mayoría de los ciudadanos quedarían estupefactos antes tamaño reclamo.

Ahora bien, si la formación del abogado en el contexto de un proceso judicial visto como un mecanismo de resolución de conflictos ha sido una tarea realizada de manera esporádica, el tema de la formación de estos profesionales en el ámbito de aquellos métodos que el Derecho receta para cumplir con esta función, directamente, no ha existido (por supuesto, siempre hay excepciones a esta cuestión) Es claro que nuestros abogados desconocen, en general, lo que implica la práctica de la defensa de los intereses de sus clientes fuera de los templos judiciales. Basta observar el desarrollo profesional en un escenario de mediación para darse cuenta que la mayoría de los abogados ignoran los aspectos requeridos para desarrollar esa actividad. Esto puede ser, en mi opinión, la piedra angular en la que se dirima el éxito o el fracaso de la búsqueda del Derecho de nuevos métodos para la resolución de conflictos. Para evitar confusiones quisiera puntualizar lo siguiente: esto nada dice acerca del uso de esos mismos métodos en contextos no jurídicos, ni tampoco estoy tomando aquí partido por el debate sobre las incumbencias que se han planteado en diferentes países. *Lo único que sostengo es que si vamos a asumir esta función en relación a nuevos métodos, no es de recibo presentar a los abogados tal y como hoy en día los estamos formando.*

EL ROL DEL ABOGADO EN LA PREVENCIÓN, GESTIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS MEDIANTE EL EMPLEO DE LOS DENOMINADOS “MEDIOS ALTERNATIVOS”, CON ESPECIAL REFERENCIA AL ARBITRAJE.

DRA. MARÍA ROSA CATTANEO.
COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS DE CAPITAL FEDERAL

El rol del abogado en la prevención, gestión y resolución de conflictos mediante el empleo de los denominados “métodos complementarios, apropiados ó adecuados”, debe ser muy activo, amplio y abarcativo, y comprende mucho más que el rol tradicional de brindar a las partes el correspondiente asesoramiento jurídico legal, orientado a gestionar y resolver los conflictos exclusivamente mediante la vía judicial.

Actualmente ha surgido el desafío de emplear todos los conocimientos y metodologías posibles con el objetivo de hallar la vía más eficaz y eficiente para solucionar un conflicto, en el menor tiempo posible, con reducido o nulo costo, y de ser viable, manteniendo relaciones armónicas entre las partes involucradas.

La situación varía según el momento en que sea requerida la actuación profesional.

A. Si ya se ha producido el conflicto, los profesionales del derecho deben:

A.1) Informar y asesorar acerca de todas las metodologías existentes y posibles para solucionar el problema, indicando normativas vigentes y aconsejando que método(s) consideran conveniente emplear y como hacerlo en el caso de que se trata.

A.2) Posteriormente acompañar a su cliente como letrado patrocinante ó apoderado en el desarrollo del proceso elegido y hasta la culminación del mismo.

B) Si no se ha producido ningún conflicto, y se está en la etapa de negociaciones y redacción del contrato, los profesionales del derecho deben:

B.1.) Aconsejar la inclusión de cláusulas compromisorias contractuales que contemplen que, de producirse un determinado problema derivado del contrato, el mismo se solucionará recurriendo a alguno o varios de los diversos métodos “complementarios de resolución de conflictos”, en lugar de la tradicional cláusula de jurisdicción judicial.

C) Los abogados tienen además la misión de cumplir los diversos roles centrales en los precitados procesos, es decir, entre otras diversas funciones, deben actuar como árbitros, mediadores y conciliadores.

D) Para que los profesionales del derecho puedan cumplir adecuadamente todos los roles mencionados, se recomienda a la FACA y a todos los Colegios de Abogados nacionales e internacionales, desarrollar nuevas capacitaciones e intensificar las capacitaciones y-ó actualizaciones ya existentes relativas a estos métodos, organizando nuevos cursos, seminarios, conferencias y mesas redondas que difundan y profundicen en los temas de arbitraje, mediación, conciliación, pericia arbitral, y otros métodos de prevención, gestión y resolución pacífica de conflictos. Cabe tener presente que existimos abogados que nos hemos especializado en estos métodos y contamos con años de labor profesional y experiencia que ponemos al servicio de las instituciones y de nuestros colegas para enfrentar este desafío del siglo XXI.

EL ROL DEL ABOGADO EN LA PREVENCIÓN, GESTIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS MEDIANTE EL EMPLEO DE LOS DENOMINADOS “MEDIOS ALTERNATIVOS”, con especial referencia al Arbitraje.

1. INTRODUCCION:

El rol del abogado en la prevención, gestión y resolución de conflictos mediante el empleo de los denominados “medios alternativos” que, a mi juicio, resulta más apropiado denominar “métodos complementarios o adecuados” (1), debe ser muy activo y abarcativo y comprende mucho más que el tradicional rol de brindar a las partes el correspondiente asesoramiento jurídico legal (2). Además cabe tener presente que el referido rol varía según el momento en que se realice la actuación profesional, básicamente la misión del profesional del derecho es diferente según se trate o no de un caso en el cual existe o no conflicto, al momento de la referida actuación.

2. EXISTENCIA DE CONFLICTO AL MOMENTO DE LA ACTUACION PROFESIONAL.

Si ya se ha producido un determinado conflicto, es inherente al ejercicio de la profesión de abogado informar y asesorar a sus clientes acerca de todos los métodos existentes y posibles para solucionar dicho problema, indicando además si existe alguna obligación legal en cuanto al empleo de una determinada metodología de resolución, y también asesorarlos respecto de cual ó cuales metodologías aconsejan o creen conveniente emplear y cómo hacerlo en el caso de que se trata. Luego, una vez que el cliente decida – si el marco normativo vigente en la respectiva jurisdicción se lo permite (3) - a que método o métodos(4) desea ó cree conveniente recurrir, el abogado deberá cumplir su rol de asesor – y/ó representante - de las partes, si esto último es posible acorde con la metodología seleccionada (5).

3. INEXISTENCIA DE CONFLICTO AL MOMENTO DE LA ACTUACION PROFESIONAL.

Si no se ha producido ningún conflicto al momento de la consulta al profesional, y se trata de la etapa preventiva de conflictos que es habitualmente la etapa de redacción de los contratos, los abogados

(1) La doctrina moderna relativa a los denominados “métodos alternativos”, aconseja emplear los términos “complementarios, adecuados o apropiados”, dado que los precitados métodos no son una “alternativa a la actividad judicial”, sino que complementan la actividad judicial. O bien desde otra óptica, puede pensarse que se trata de seleccionar los métodos adecuados para prevenir y resolver un determinado conflicto. Por ello también las modernas corrientes se inclinan por el empleo de otros términos como “Métodos apropiados” ó “métodos adecuados”. En este último sentido se encuadra el Reglamento del Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de Rosario cuando dice: Será Secretario General el Director Académico del “Centro de Altos Estudios en Métodos Adecuados de Administración de Conflictos”.

(2) Este rol del abogado figura como conclusión de la ponencia del Dr Jorge Colombo Berra titulada “La partición anticipada de herencia por contrato de donación”, presentada en el tema V: Función de la Abogacía, XV Conferencia Nac. de Abogados organizada por la FACA, en Salta, días 20 y 21 de setiembre de 2007.

(3) Por ejemplo en el ámbito nacional, desde el año 1996, la Ley 24573 implantó la mediación prejudicial obligatoria para la mayoría de los conflictos civiles y para muchos conflictos comerciales. Entonces en estos casos no es posible la elección del primer método a emplear, porque la legislación compele al empleo de la mediación como previa al proceso judicial. Sin embargo si no se lograra un acuerdo o solo se lograra un acuerdo parcial en dicho proceso de mediación obligatoria, los abogados pueden asesorar y orientar a las partes a continuar con un proceso de arbitraje inapelable ó de pericia arbitral para solucionar definitivamente el conflicto sin necesidad de recurrir a la justicia.

(4) Se indica en plural puesto que muchas veces es aconsejable decidir “ab initio” una secuencia ó cadena de métodos a emplearse, por ejemplo mediación y, si no se alcanza el acuerdo total, arbitraje o pericia arbitral para que uno o más árbitros resuelvan los puntos no acordados-.

(5) Cabe señalar que no siempre es posible actuar como representantes o mandatarios de nuestros clientes. Por ello en cada caso deberá revisarse si esto es posible acorde con la metodología seleccionada. Recuérdese por ejemplo que a las audiencias de mediación prejudicial obligatoria que establece la ley 24573 en la jurisdicción de la CABA, cuando se trata de individuos involucrados, las partes deben asistir personalmente, con patrocinio letrado. También, según los preceptos de dicha ley, nunca puede presentarse a las audiencias de mediación el abogado en representación de su cliente, salvo que el cliente sea una persona jurídica. En tanto las partes siempre están obligadas a concurrir con patrocinio letrado, según lo establecido en la Ley 24573, lo cual refuerza la idea de que debe darse una adecuada y profunda capacitación a los abogados en estos temas.

también deben cumplir la misión de informar y brindar un adecuado y amplio asesoramiento a sus clientes, sean éstos individuos o empresas.

En esta etapa están obligados asimismo a proporcionar una amplia explicación de las diversas alternativas ó vías posibles de solución de eventuales conflictos que pudieran surgir a partir de dichos contratos, y aconsejando la mejor metodología de prevención y futuras soluciones de conflictos que los profesionales consideren adecuadas. . Por ello los profesionales del derecho deben aconsejar la inclusión de cláusulas contractuales que contemplen que en caso de producirse un determinado conflicto derivado de esa relación contractual, el mismo se solucionará recurriendo a la mediación ó el arbitraje- sea éste de derecho ó de amigable composición(6) -, o bien a la conciliación ó a la pericia arbitral(7), u otro método de prevención y resolución de conflictos apropiado para el caso de que se trate. Se postula que el profesional sugiera y recomiende la inclusión de dichas cláusulas compromisorias no solo al celebrar contratos, sino también al redactar Estatutos Societarios (8), Reglamentos de Cooperativas y Mutuales (9), y en todos los demás casos posibles.

4. LOS ABOGADOS COMO ARBITROS, MEDIADORES, CONCILIADORES y LETRADOS PATROCINANTES O MANDATARIOS EN DICHS PROCESOS.

Por otra parte, también debe considerarse que entre sus diversos roles, los abogados pueden y deben actuar como mediadores, conciliadores, árbitros, y hasta peritos árbitros, y además deben patrocinar o representar a las partes en dichos procedimientos (10), siendo fundamental e imprescindible la capacitación y actualización permanente y profundizada en el método específico, para el profesional que decida cumplir alguno de esos roles.

5. LA CAPACITACIÓN Y ACTUALIZACION PERMANENTE RESULTA INELUDIBLE.

Estos nuevos roles de los abogados, se diferencian claramente del rol tradicional, básicamente orientado a gestionar y resolver los conflictos exclusivamente mediante la vía judicial que tradicionalmente se enseñaba en los claustros universitarios, y aún se enseña en algunas de las principales Facultades de Derecho del país. Aquí hay que emplear todos los conocimientos posibles en aras de hallar la más eficiente y eficaz vía metodológica para la solución de un determinado conflicto.

El rol del abogado ha ido evolucionado en los últimos tiempos, al punto que actualmente se considera que tiene un importante deber en torno al desarrollo y afianzamiento de los métodos de prevención, gestión y resolución de conflictos., denominados “alternativos, complementarios o adecuados”, que se distinguen por agilizar la administración de justicia y permitir alcanzar la justicia a una mayor cantidad de justiciables.

(6) Para detalles sobre los tipos ó clases de arbitraje, véase por ejemplo: CATTANEO, MA ROSA, “El arbitraje en los conflictos comerciales”, Revista Aplicación Profesional, Editorial Aplicación Tributaria, abril, 1998; ó “Resolución de Conflictos para el año Y2K (2000)”, publicado en la Revista “Desarrollo y Gestión”, Editorial Errepar, noviembre 1999, entre otros.-

(7) Para detalles sobre el funcionamiento de la pericia arbitral, véase por ejemplo: CATTANEO, MA. ROSA, “La importancia de revitalizar la pericia arbitral”, trabajo presentado en el II Congreso Bonaerense de Derecho Comercial, celebrado en San Isidro Provincia de Bs. As., mayo 2006, o bien CATTANEO, MA ROSA: “El perito árbitro, un especialista que puede resolver conflictos”, Rev. de la Asociación Argentina de Peritos Navales, nro 28, mayo 2008, entre otros.

(8) Para dos modelos de cláusulas compromisorias arbitrales para incluir en los Estatutos Societarios, cuyo empleo propicia la IGJ, véase por ejemplo los anexos de la Resolución 4/2001 de la precitada Inspección General de Justicia.

(9) Al respecto debe tenerse presente que el INAES (Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social) ha autorizado en muchos casos de reglamentos de mutuales, que incluían la cláusula de resolución de posibles conflictos derivados de la ejecución de los mismos por arbitraje institucional., en lugar de la tradicional cláusula de jurisdicción de la justicia ordinaria.

(10) “En el arbitraje el abogado está llamado a desempeñar un papel fundamental, tanto en la función de árbitro como en la de patrocinante de las partes”, afirmó la Dra Ma Haydee Miguel en su artículo “Algunas Reflexiones acerca del Arbitraje y el papel del Abogado”, publicado en la Revista del Colegio Publico de Abogados de la CABA, julio 2001, nro 47,pág.36. La suscripta considera que esta afirmación debe extenderse y aplicarse también a la mediación, la conciliación y otros métodos de solución pacífica de conflictos.

Para cumplir todos estos nuevos roles los profesionales del derecho, deben capacitarse y-ó actualizarse en los precitados temas – puesto que los temas referidos a mediación, arbitraje, conciliación, pericia arbitral y otros métodos complementarios a la actividad judicial, generalmente no estaban – y en muchos casos todavía no están – previstos para ser desarrollados en los programas de formación de grado de la profesión.

Para asesorar adecuadamente en los diversos métodos existentes, los abogados deben conocer ampliamente los mismos, sus tipos y clases, los diversos Centros de Mediación, Conciliación ó de Resolución de Conflictos, los Tribunales Arbitrales existentes, así como sus principales características, similitudes y diferencias.

Es menester conocer las principales clases y tipos de Mediación y de Arbitraje que existen, los diversos Centros de Mediación y Arbitraje Institucionales ubicados en la jurisdicción en que se actúa así como en jurisdicciones aledañas o cercanas a la misma. Para ello, si la formación de grado no incluyera dichos conocimientos deben capacitarse en relación a los mismos, y si la incluyera, deben actualizar periódicamente sus conocimientos, dado el creciente desarrollo que están teniendo metodologías como la mediación, la conciliación, el arbitraje y la pericia arbitral en los últimos tiempos.

Dada la reducida extensión asignada a esta ponencia y su desarrollo por los organizadores de este XVI Congreso Nacional de Abogados (máximo diez carillas), en lo que sigue analizaré someramente los principales conocimientos relativos al arbitraje que los abogados necesitan tener a fin de cumplir adecuadamente su rol de asesores en prevención, gestión y resolución de conflictos, dejando de lado expresamente y por los motivos antes expuestos, los conocimientos sobre otros métodos tales como la mediación y la conciliación – aunque los tres métodos tienen ventajas y similitudes que comparten-, y tampoco incluiré comentarios sobre los conocimientos más profundizados de la metodología y proceso arbitral que deben tener aquellos profesionales que decidan desempeñarse como árbitros.

Precisamente la presente ponencia tiene por objetivo recomendar a la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) y a todos los Colegios de Abogados del país, desarrollar nuevas capacitaciones e intensificar las capacitaciones y-ó actualizaciones ya existentes relativas a métodos complementarios a la actividad judicial, organizando nuevos cursos, seminarios, conferencias y mesas redondas que difundan y profundicen en los temas de arbitraje, mediación, conciliación, y pericia arbitral, entre otros métodos de prevención, gestión y resolución pacífica de conflictos, para preparar más y mejor a los profesionales del derecho y posibilitarles así cumplir exitosamente su nuevo rol.

6. ASESORAMIENTO ACERCA DE LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE.

A título meramente enunciativo y no taxativo, a continuación se enuncian y analizan someramente algunos de los diversos temas que tienen que conocer los abogados para cumplir eficazmente su rol de asesorar a las partes en lo que se refiere al arbitraje y los procesos arbitrales, temas que deben necesariamente integrar las capacitaciones a que aludí precedentemente que es necesario ofrecer en forma inminente a los profesionales del derecho.

6.1. ASESORAMIENTO ACERCA DE LA ESPECIALIZACIÓN DE LOS ARBITROS.

Una de las ventajas más importantes del arbitraje que es imprescindible conocer para explicar a los clientes, es la especialización de los árbitros que son profesionales expertos en la materia de que se trate. Por ello en la gran mayoría de los Tribunales Arbitrales Institucionales se publican listas de los integrantes del Tribunal con el detalle de la especialidad de cada uno (v.gr.: Para el Tribunal Arbitral de la Defensoría del Pueblo de la CABA: ver página web de la Defensoría: www.defensoria.org.ar), y en diversos Colegios de Abogados los Tribunales Arbitrales están organizados en Salas (v.gr.: el Tribunal Arbitral del Colegio Público de Abogados de la CABA y el de San Isidro tienen su listado de árbitros agrupados en dos Salas: una Sala Civil y otra Comercial; en tanto el Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora, ofrecía hasta hace poco tiempo además de las dos Salas mencionadas, la Sala del Mercosur.).

La especialización de los árbitros que conocen los temas en profundidad permite acelerar la resolución de los procesos y cumplir los reducidos plazos previstos en la mayoría de los Reglamentos Arbitrales, con lo cual los problemas se resuelven en poco tiempo siendo ello muy ventajoso para los justiciables.

6.2. ASESORAMIENTO ACERCA DE LA CELERIDAD DEL ARBITRAJE.

Precisamente la celeridad del proceso arbitral implica una reducción importantísima del tiempo de trámite del proceso en relación con el proceso judicial. Esta ventaja debe ser conocida por los profesionales para asesorar adecuadamente.

En la mayoría de los países que cuentan con una legislación arbitral moderna, los principales plazos del proceso arbitral están enunciados en dicha normativa, en tanto en nuestro país, donde no contamos aún con una ley de arbitraje, existen algunas pocas referencias específicas a plazos de los juicios o procesos arbitrales en las legislaciones procesales civiles y comerciales vigentes.

Al respecto, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su Título II denominado “Juicio de Amigables Compondores”, del Libro VI: “Proceso Arbitral”, contiene el Artículo 770 (11) que establece que si las partes no hubiesen fijado el plazo para dictar el laudo, “los amigables compondores deberán pronunciar el mismo dentro de los tres meses de la última aceptación”.

Dada la aludida carencia de una ley de arbitraje específica, en nuestro país habitualmente los plazos del proceso arbitral están determinados en los Reglamentos Arbitrales Institucionales, razón por la cual los profesionales del derecho deben conocer lo estipulado al respecto en todos ellos, o al menos a la gran mayoría de ellos, para cumplir cabalmente su rol de asesores. En general la mayoría de los Reglamentos Arbitrales establecen plazos parciales para los distintos aspectos del proceso, y fijan taxativamente muy reducidos plazos, en general no prorrogables para laudar, luego de la presentación de los alegatos o de vencido el plazo para alegar (v.gr: el Reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Bs. As. establece en su Art. 58 que en el arbitraje de derecho los árbitros emitirán su laudo de acuerdo al plazo fijado en el compromiso arbitral, o en su defecto a los treinta días de dictada la providencia de autos para laudar, en tanto en el Reglamento del Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de Rosario se establece un plazo menor, que es dentro de los quince días posteriores a la entrega a los árbitros de los legajos o copias completas del Expte, incluyendo los alegatos, si hubieren sido presentados. (Art. 34)

6.3. ASESORAMIENTO RELATIVO A CLASES O TIPOS DE ARBITRAJE:

Para poder desempeñarse como asesores y letrados patrocinantes o apoderados de las partes en arbitraje, los abogados no solo deben conocer las clases más comunes o tipos de arbitraje que existen y sus diferencias fundamentales, por ejemplo arbitraje “ad hoc” y arbitraje institucional, arbitraje “de jure o de derecho” y de “amigable composición”(12), arbitraje voluntario y arbitraje forzoso o legal, entre otros tipos habitualmente empleados, sino que además deben conocer la normativa legal general y las normas supletorias de la voluntad de las partes, contenidas en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales Nacionales y Provinciales y en los Reglamentos Arbitrales vigentes en cada uno de los respectivos Tribunales Arbitrales existentes.

Como es sabido, dichas normas rigen para determinar el tipo de arbitraje con carácter supletorio, siempre que no existe manifestación expresa de la voluntad de las partes. Es menester conocerlas, dado que ello tiene importantes consecuencias jurídicas. Elegido un determinado Tribunal Arbitral Institucional, si el Tribunal ofrece arbitraje de derecho y de amigable composición, como sería el caso por ejemplo del Tribunal Arbitral de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

(11) Este Art. 770 se repite en la mayor parte de los Códigos procesales civiles y comerciales provinciales.

(12) En este caso los árbitros laudan según su leal saber y entender y resuelven según la equidad, y “ a verdad sabida y buena fe guardada”.

(CABA) (13), la omisión de la manifestación relativa al tipo de arbitraje que las partes eligen – si de derecho o de amigable composición- por descuido, olvido o falta de conocimiento de los asesores letrados de las partes, podría acarrear problemas graves, dado que a falta de manifestación expresa regirían los preceptos del Reglamento Institucional respectivo (en este caso de la Defensoría del Pueblo de la CABA). Precisamente allí se establece que si nada se hubiese estipulado, el arbitraje será de derecho, y solo será de equidad, si las partes expresamente así lo manifiestan (Art. 47 del respectivo Reglamento).

Cabe recapacitar respecto a las importantes consecuencias que se producirían si en un determinado caso concreto, fuera conveniente optar por un arbitraje de amigable composición - por carecer de legislación favorable el asunto a resolver u otros diversos motivos- y, por desconocimiento del Reglamento Institucional del Tribunal de que se trate, el letrado no aconsejara optar en el momento oportuno por el tipo de arbitraje que resultare adecuado para la parte que asesora, en este caso el Arbitraje de Amigable Composición, y el asunto se resolviera por arbitraje de derecho, resultando en un laudo arbitral adverso a su cliente.

En relación al tema precedente, es menester también considerar que la solución sería totalmente contrapuesta si se tratara de un Arbitraje “Ad Hoc”, o bien un Arbitraje Institucional donde el respectivo Reglamento Arbitral no contuviera una norma supletoria expresa respecto al tipo de arbitraje. En esos casos se aplicarían, con carácter supletorio las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Art 766 del CPCCN), ó el de la respectiva Provincia, que establecen una regla contraria a los preceptos mencionados, correspondiendo entonces que el arbitraje sea de “amigables componedores“ si las partes no efectúan manifestación expresa al respecto.

Como se comprende, el desconocimiento de las precitadas normas, que se traduciría en la falta de información a los clientes en relación a las mismas, puede producir graves consecuencias, acarreando perjuicios a los clientes, y eventuales problemas a los profesionales involucrados.

Por ello actualmente, con el creciente desarrollo de estos métodos se torna cada vez más imperiosa y muy necesaria la capacitación en temas de arbitraje general.

6.4. ASESORAMIENTO ACERCA DE LOS COSTOS RAZONABLES, REDUCIDOS O NULOS.

A fin de dar asesoramientos adecuados a sus clientes, los abogados deben conocer los costos comparativos de los distintos Tribunales Arbitrales existentes en la jurisdicción en que actúan y en las aledañas, dado que el dato de las erogaciones que deberá efectuar es siempre uno de los primeros que los clientes preguntan, y uno de los que indudablemente el profesional les debe proporcionar para ayudarlos en la toma de decisiones acerca de que metodología prefieren optar para solucionar su conflicto, en los casos en que la opción es posible.

El dato de los costos de un determinado Tribunal Arbitral, junto a la idoneidad y especialización de sus miembros, resulta de gran relevancia al momento de decidir si se recurrirá o no al arbitraje para prevenir, gestionar o resolver un conflicto eventual o ya determinado, y posteriormente en la elección del tipo de Arbitraje, y conformación del Tribunal seleccionado. Recuérdese también que en muchos casos puede optarse por uno o tres árbitros, lo cual puede redundar en aumento de los costos, aunque en general no proporcionalmente.

En cuanto se refiere a los honorarios de los árbitros y tasas administrativas que se cobran en el arbitraje institucional, tradicionalmente existió una corriente doctrinaria que consideraba que el honorario del árbitro debía ser alto, dado que se trata de profesionales especializados y con gran versación en el tema a arbitrar, entonces como se busca seleccionar a los mejores árbitros para un caso determinado, los hono-

(13) Cabe destacar que no existe esta posibilidad de opción en los Tribunales Arbitrales de los Colegios de Abogados de la provincia de Buenos Aires ni tampoco en el del Colegio Público de la CABA ó el Colegio de Abogados de Rosario porque dichos Tribunales Arbitrales ofrecen solo Arbitraje de Derecho, pero sí existe la posibilidad en el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Bs. As., y en muchos otros.

rarios de los mismos deberían ser elevados, siguiendo los parámetros establecidos en los Tribunales Arbitrales de las Cámaras de Comercio, y en especial el de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París, Francia.

Respecto al tema, otro grupo de juristas argentinos hemos sostenido la postura de la razonabilidad de los mismos (14), bregando desde hace más de una década porque las Instituciones Arbitrales los establecieran de forma tal de que no fueran excesivamente elevados y permitieran fomentar el desarrollo y difusión de esta metodología para solucionar conflictos.

Por otra parte, para incentivar el empleo del arbitraje y hacerlo accesible a todos los justiciables, en especial a los de menores recursos, en algunos casos se han fijado honorarios y aranceles institucionales reducidos, y hasta nulos, como ocurre con el Tribunal Arbitral de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires (CABA)(15).

Otra variante se encuentra en el Reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, que cuenta con tres árbitros permanentes cuyos sueldos son solventados por la precitada Institución, y por ello las partes están eximidas de abonar honorarios a dichos árbitros, en tanto la Bolsa de Comercio de Bs. As., sólo cobra a las partes un arancel institucional por el servicio de arbitraje.

Es decir que, como se ha reseñado, al establecerse los distintos Tribunales Arbitrales se fijan generalmente en sus Reglamentos honorarios y aranceles institucionales que pueden ser altos, razonables, reducidos y hasta nulos, razón por la cual es imprescindible para los profesionales del derecho conocer la denominada por la suscripta “Matriz de costos comparativos de los diferentes Tribunales Arbitrales” (16), instrumento con el que es muy útil contar y hasta resulta imprescindible para proporcionar adecuados asesoramientos en este aspecto de costos que nos ocupa.

6.5. ASESORAMIENTO ACERCA DE LA CONCILIACION y LA ORALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.

Las normativas modernas propician la conciliación en todas las etapas del procedimiento arbitral y especialmente en los inicios del mismo, cuando en la mayoría de los Reglamentos Arbitrales se prevé que el Tribunal en pleno (Caso del Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de Mar del Plata, Art. 26 del respectivo Reglamento) o el Presidente del Tribunal (tal el caso del Reglamento del Tribunal Arbitral del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la CABA), inste a las partes a lograr una conciliación en la denominada “audiencia de conciliación”.

Asimismo corresponde tener presente que el desarrollo del procedimiento arbitral contiene una gran dosis de oralidad, mucho mayor que la del proceso judicial tradicional donde la mayoría de las actuaciones son escritas. En el proceso arbitral se celebran diversas audiencias, tal el caso de la audiencia de selección de árbitros, la de conciliación, la de prueba ó de vista de causa y, en algunos casos la de alegar. Cabe considerar también que las impugnaciones a las pericias se deben contestar oralmente en la precitada audiencia de prueba, y en algunos casos se establece que los alegatos también son orales.

6.6. ACERCA DEL OFRECIMIENTO DE PRUEBA Y EL IMPULSO PROCESAL DE OFICIO EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.

(14) En tal sentido opinó Alejandro Garro en diversas reuniones celebradas en la Cámara de Comercio de Bs.As. durante el año 2000.

(15) Ver su Reglamento en www.defensoria.org.ar, donde las partes nada tienen que pagar por estos conceptos debido a que es un servicio que la Defensoría brinda a la Comunidad y por ende, no cobra aranceles institucionales y además la Defensoría abona los honorarios de los árbitros.

(16) Se sugiere elaborar la matriz incorporando a todos los componentes del costo del arbitraje, que son básicamente los aranceles administrativos o institucionales, los honorarios de los árbitros, los honorarios de los letrados y de los peritos, aunque no se comenta respecto de estos dos últimos conceptos porque habitualmente son pactados y abonados por cada parte, por lo tanto resultan comparativamente irrelevantes.

Cada Reglamento Arbitral tiene sus variantes en cuanto al procedimiento arbitral, y es menester conocerlas para actuar ante cada Tribunal o para seleccionar el Tribunal adecuado para un caso determinado.

Por ejemplo en cuanto al ofrecimiento de prueba, el Reglamento del Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de Mar del Plata en su Artículo 27 dispone que las pruebas deberán ofrecerse dentro del quinto día de fracasada la audiencia de conciliación, y no con la presentación de demanda y la contestación de la misma. De esta forma propicia y facilita que se celebren más conciliaciones.

Otros Reglamentos de Tribunales Arbitrales contienen distintas disposiciones al respecto, v.gr. el de la Defensoría del Pueblo de la CABA que especifica en los Arts 25 y 26 del Reglamento respectivo que con la demanda y con la contestación de la misma, las partes deben adjuntar la prueba documental y ofrecer todo el resto de la prueba, indicando así un momento procesal distinto que el del Tribunal anterior, hechos que debe ineludiblemente conocer el profesional del derecho que actúe ante dichos Tribunales, o asesore acerca del funcionamiento de los mismos.

Un aspecto relevante que diferencia al Arbitraje de la Justicia Ordinaria es que en algunos Reglamentos Arbitrales existe el impulso procesal de oficio de las actuaciones, con lo cual es necesario estar siempre activos una vez que se ha iniciado el proceso arbitral. En tanto, en otros Tribunales rige la caducidad de instancia. El Art. 36 del Reglamento del Colegio de Abogados de Rosario, establece respecto de este tema: “si el procedimiento no hubiera sido impulsado durante noventa días corridos sin tener en cuenta los días del mes de enero y la feria judicial de invierno, se intimará a las partes para que dentro del término de cinco días lo insten. Vencido este término sin que se hubiera efectuado o requerido la actuación idónea, el director del procedimiento declarará la caducidad del arbitraje.”

7. CONCLUSIONES:

Es menester capacitarse, actualizarse y conocer los temas reseñados precedentemente y muchos más, para cumplir la ineludible misión de los profesionales del derecho consistente en coadyuvar a una más eficiente y eficaz administración de justicia, propiciando el empleo creciente del arbitraje, la mediación, la conciliación, y otros métodos denominados complementarios que permiten alcanzar un mejor y más rápido servicio de justicia.

En este sentido, quienes nos hemos especializado en estos métodos a través de muchos años de labor profesional, ofrecemos nuestra experiencia, conocimiento colaboración y apoyo a las instituciones de abogados locales, nacionales e internacionales para implementar este desafío.

**GARANTÍAS Y DEBERES EN EL EJERCICIO PROFESIONAL.
EL VALOR DE LA SOLIDARIDAD Y DE LA EQUIDAD. LA SEGURIDAD Y
LA PREVISIÓN SOCIAL DE LOS ABOGADOS.**

LA PREVISIÓN SOCIAL Y LA SEGURIDAD SOCIAL DEL ABOGADO: UN IDEAL MUNDIAL

Dr. **HÉCTOR R. PÉREZ CATELLA**

CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL PARA ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

La colegiación legal y obligatoria nace por voluntad del legislador de la Provincia de Buenos Aires – República Argentina, a partir de la sanción de la Ley 5177 el 6 de noviembre de 1947. En la misma, queda expresada no solo la voluntad del legislador sino la del pueblo a la cual éste representa.

La Colegiación legal y obligatoria tiene soporte en 5 instituciones fundamentales que son a saber:

- a) Gobierno propio de la organización colegial con dirigencia elegida democráticamente, con ejercicio honorario y que tiene a su cargo el control de la matrícula;
- b) Estricto control de la ética profesional a través de los Tribunales de Disciplina con un régimen sancionatorio que puede llegar hasta la expulsión de la matrícula;
- c) Escalas arancelarias que definen el marco remuneratorio del abogado evitando la comercialización de sus servicios;
- d) Defensa gratuita de los pobres o carentes de recursos y finalmente;
- e) Creación de un Sistema de Previsión y Seguridad Social para los Abogados, en base a los postulados que en apartados se han de exponer.

La Colegiación Obligatoria para el ejercicio de la abogacía y la Previsión Social en manos del propio universo profesional han garantizado a la ciudadanía libertad e independencia para la defensa de sus derechos por parte de abogados que responden a esa premisa, que a través del patrocinio gratuito, acceso a la justicia para todos, que responde al principio de la defensa gratuita de los pobres y que fuera proclamado en el XXXV Congreso de la Unión Internacional de Abogados reunida en la ciudad de México en el año 1991.

De suyo, surge como imperativo para quienes ejercemos la profesión de abogar, saber que la misma emparente en forma directa al interés superior del derecho y la justicia, pues se trata más bien de funciones y prerrogativas de derecho público que de verdaderos derechos privados. Por ello Calamandrei en su libro “El elogio a los jueces”, enseñaba: “...El abogado que pretendiese ejercer su ministerio con imparcialidad, no sólo constituiría una embarazosa repetición del Juez sino que sería el peor enemigo de éste; porque no llenando su cometido que es la de oponer a la parcialidad del contradictor la reacción equilibradora de una parcialidad en sentido inverso, favorecería, creyendo ayudar a la justicia, el triunfo de la injusticia contraria...”

De allí que los abogados siempre rescatamos para la sociedad que aspira a la justicia, la necesidad de nuestra independencia, puesto que la libertad del hombre y su dignidad pasan precisamente por la independencia del abogado.

En tal sentido, es grato recordar a Raymundo Poincaré (Presidente de la República Francesa de 1913 a 1920), en su célebre discurso pronunciado con ocasión del centenario del restablecimiento de la Orden de Abogados en París cuando dijo: “En ninguna parte es más completa la libertad que en el Foro. La disciplina profesional es leve para los cuidadosos de su dignidad y apenas añade nada a los deberes que una

conciencia poco delicada se traza a sí misma. Desde que se crea por su trabajo una situación regular, el abogado no depende más que de sí mismo. Es el hombre libre, en toda la extensión de la palabra, sólo pesan sobre él servidumbres voluntarias; ninguna autoridad exterior detiene su actividad individual; a nadie da cuenta de sus opiniones, de sus palabras ni de sus actos; o tiene, de tejas abajo, otro señor que el Derecho. De ahí en el abogado un orgullo natural, a veces quisquilloso, y un desdén hacia todo lo que es oficial y jerarquizado”.

Es bueno recordar que este compromiso con la libertad e independencia del abogado fue consagrado en el marco del XXXII Congreso de la Unión Internacional de Abogados realizado en Quebec-Canadá 1987, y que se concreta en el art. 12, de la Carta de la Defensa, cuando dice: “Una defensa libre supone la libertad del defensor” y el art. 13 cuando en párrafo pertinente que se transcribe dice: “Ningún abogado deberá ser víctima o amenazado con sanciones penales, civiles, administrativas, económicas o de otro tipo por haber aconsejado o representado a un cliente o defendido su causa...”

De esta forma es bueno que se sepa, que cuando los abogados defendemos nuestras instituciones colegiales, lo hacemos para mantener un poder organizado que le asegure al pueblo mismo, la libertad e independencia del abogado, porque de su mano el ciudadano tendrá asegurada su libertad, su dignidad y los derechos humanos a través de la justicia en el estado de derecho.

También garantiza los principios apuntados, la Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

En 62 años de existencia, la Caja respondió eficientemente a su modelo que se instaló en los principios de la Solidaridad como fundamento ineludible de la Previsión Social; en el principio de la subsidiariedad del Estado, quizás precursora eficiente de los hoy llamados sistema privados, universalidad, aportes y beneficio de ley, autogestión con gobierno democrático y honorario por parte de sus propios afiliados, con consignas rígidas de eficiencia y bajo el lema de que si no hay aporte no hay beneficio; fue precursor también este modelo al establecer a partir de 1985 la obligatoriedad del universo profesional al sostenimiento del sistema, y en 1995 incorporó un sistema de capitalización al vigente sistema de reparto. De ello, dan cuenta las Leyes 10.268/85 y 11.625/95, que actualizan la Ley orgánica previsional de la Provincia de Buenos Aires 6716.

En 62 años nuestra Institución vivió en la democracia y en el facto, inflaciones e hiperinflaciones; emergencias tras emergencias, no han logrado conmover el sistema y sus administraciones, las que a la fecha mantuvieron siempre el nivel de las prestaciones y con fuentes de financiación genuina.

Por otra parte nuestro sistema da respuesta a una necesidad de la demanda social del pueblo de la provincia y de la sociedad civilizada que no es otra que lograr una justicia independiente y para ello se torna necesario tener un foro y una abogacía libre e independiente y para que esta abogacía logre esos objetivos es necesaria tenerla organizada al margen y sin injerencia de los poderes corporativos del estado o de las empresas privadas. Y ello es así porque de la mano de los abogados, libres e independientes el ciudadano accede a la justicia para defender su libertad y su dignidad.

Por ello el ejercicio de la abogacía no se compromete con la actividad comercial o con la actividad del mercado, los abogados no somos un precio somos una categoría cultural que debe ser optimizada y alimentada en esa dirección. La competencia debe estar dada en la mejor calidad de la prestación del servicio pero no, en la categorización o en la competencia porque cobre más o menos dinero por el servicio. De allí que como sabiamente la Constitución de la Nación Argentina consagra la intangibilidad de la remuneración de los jueces para asegurar su independencia, las leyes arancelarias aseguraron a los ciudadanos y habitantes de la provincia de Buenos Aires que demandan justicia la justa retribución del abogado a través de las escalas arancelarias de orden público, las cuales en un marco legal de absoluta prudencia aseguran una justa retribución para el abogado y para el tomador de servicios, que deberán abonarlos no como un valor arbitrario, sino como un valor establecido por Ley y al cual el propio Juez deberá someterse para asegurar justicia.

En definitiva, a partir de este valor de justa retribución, se logra asegurar para la independencia del abogado y libertad, un sistema de Previsión y Seguridad Social que hoy le brinda cobertura no solamen-

te en los riesgos clásicos de vejez, invalidez y muerte sino que también le asegura un prestigioso sistema de salud de alta eficiencia que le da cobertura aún en la alta complejidad, más el acompañamiento en un generoso régimen de subsidios que van desde el nacimiento, matrimonio, hijos discapacitados, adopciones, incapacidad total y transitoria, subsidio por edad avanzada, etc.

Todo esto se ha hecho exitosamente con el esfuerzo y el trabajo de la abogacía bonaerense y de la comunidad de justiciables a ella vinculada.

No ha habido impuesto o carga para la comunidad bonaerense a fin de sostener este exitoso Sistema de Previsión y Seguridad Social del Abogado.

En definitiva nuestro modelo se ha ido adecuando en los tiempos y se seguirá adaptando a las nuevas épocas, pero siempre desde nuestra propia experiencia y desde nuestras propias organizaciones porque somos nosotros, los abogados, los que en esta materia siempre hemos aportado las mejores soluciones.

Es por todo ello que convocamos a las organizaciones colegiales de la abogacía mundial a legitimar en Ley los principios de Solidaridad; Subsidiariedad del estado; gobierno y administración democrática por parte de los propios abogados, universalidad, obligatoriedad, beneficios y prestaciones de Ley, aranceles dados por Ley de orden público, aseguren al justiciable amparo a sus derechos, dignidad y libertad y fundamentalmente acceso a la justicia para todos.

Solo el abogado y el juez libre e independiente se lo podrán asegurar.

LA ABOGACÍA Y LA INTEGRACIÓN REGIONAL Y LATINOAMERICANA
El ejercicio profesional a nivel nacional, internacional y en zona de frontera.
La circulación de personas, bienes y servicios.
Los tratados de integración MERCOSUR y UNASUR.

Dr. HÉCTOR R. PÉREZ CATELLA

CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL PARA ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

En el marco de Derecho Comunitario, se torna necesario incorporar con contenidos precisos la legislación que ordene las relaciones de los abogados en el ejercicio profesional dentro de los países de la comunidad.

Es importante para ello considerar bajo que requisitos un abogado puede ejercer su profesión en virtud de un título académico emitido por una Universidad de un país de la Comunidad, y su matrícula habilitante para el ejercicio, por un Colegio de Abogados u otra autoridad de ese país. La pregunta es si ello basta para legitimar el ejercicio en cualquier país de la comunidad?, entiendo que no. Hace falta en mi criterio, que el ejercicio se legitime exclusivamente por la homologación de las condiciones académicas que deberá realizar el Colegio de Abogados o autoridad, con jurisdicción y competencia en el lugar donde ese abogado pretenda ejercer su profesión, ya sea en el marco del proceso judicial o bien de la consultoría, o del ejercicio “latu sensu” de la abogacía.

La Ley del lugar somete también en el ejercicio de la profesión, a la jurisdicción de los Tribunales de Disciplina, para el control ético y disciplinario de la actividad profesional y con efecto “erga homnes”, en los países de la Comunidad y sus organizaciones colegiales. Bajo esta óptica, debemos considerar la previsión y la seguridad social de los abogados, los cuales también deben someterse a la ley del lugar, a los fines de la aportación a los sistemas de previsión y seguridad social existentes en el mismo.

En definitiva, por la imposibilidad de encontrar condiciones uniformes y equivalentes entre las formaciones culturales, y organización para el ejercicio profesional, resulta aconsejable regir la materia por la ley del lugar.

Distinto sería el caso en materia de ejercicio profesional por aplicación del Derecho Comunitario y en el marco de actuación por ante los órganos de la Comunidad.

En este caso debe entenderse que los órganos de la Comunidad deben aceptar para legitimar las actuaciones profesionales los títulos y matrículas, conforme la habilitación del abogado en su país y lugar de matriculación.

El aporte al sistema de previsión y seguridad social, al igual que el impositivo o tributario, será también el de su país y lugar de matriculación.

EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LA LIBRE CIRCULACIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

DRA. LILIANA BERTONI
COLEGIO PÚBLICO DE CAPITAL FEDERAL

Abstract: Para encontrar el camino de convergencia de los distintos movimientos e intereses presentes en todo sistema de integración regional es necesario encontrar el camino que permita llegar a lograr el equilibrio necesario entre las distintas variables.

El presente trabajo enfoca su análisis en la necesidad existente de encontrar el camino que permita alcanzar el equilibrio entre la libre circulación y los derechos fundamentales.

La búsqueda de un equilibrio entre la libre circulación y los derechos fundamentales es una constante en los procesos de integración regional y mas de una vez suele encontrarse en el centro de una controversia, en el trabajo que se presenta seguidamente a modo de ejemplo se analiza sucintamente la controversia surgida entre Uruguay y Argentina en cuya base se encuentra el tema en cuestión.

Sumario: I.-Introducción. II.-El caso Uruguay- Argentina por la instalación de las plantas procesadoras de celulosa. III.-La visión del Gobierno Argentino. IV.-La pirámide jurídica ante la integración regional. V.-Conclusiones

I. Introducción

Analizar la libre circulación en su sentido amplio y considerar la perspectiva de los derechos ciudadanos respecto a este presupuesto básico de la construcción de todo espacio común, sobre todo aquel constituido a partir del acuerdo entre Estados con el fin de crear un espacio económicamente ampliado, implica introducirse en uno de los temas mas debatidos y controvertidos desde el surgimiento de los bloques integrados de países.

Sobre todo porque la integración económica de países como todo fenómeno regido por el Derecho se encuentra condicionada por una realidad política, económica, social y cultural, que conforma el ámbito en el cual debe aplicarse ese derecho. Pero además como la idea central de todo Tratado de integración económica es la expansión de los intercambios comerciales entre los países participantes, resulta necesario que en estos espacios puedan contarse con la prevalencia de las reglas de libertad, a partir de la cual la libre circulación de mercaderías, capitales, factores productivos y personas pasa a ser uno de los presupuestos fundamentales para constituir exitosamente una zona de libre comercio y mucho mas un mercado común.

En los procesos de integración complejos y avanzados la libertad de circulación se amplía, y alejándose de su origen claramente mercantilista se escapa de la esfera propiamente económica dando lugar a la necesidad de conjugar los instrumentos de liberalización de la economía con las garantías y coberturas que dentro del espacio común y en ocasiones comunitario deben brindarse a los ciudadanos respecto de los derechos sociales que le son inherentes.

La búsqueda de un equilibrio entre la libre circulación y los derechos fundamentales resulta entonces una constante en los procesos de integración regional y en ocasiones se encuentra presente en más de una controversia.

II.- El caso Uruguay- Argentina por la instalación de las plantas procesadoras de celulosa.

En la controversia entre Uruguay y Argentina presentada ante un Tribunal Ad-Hoc del Mercosur en el mes de Junio de 2006, el tema de la libre circulación constituyó su eje central sobre todo porque Argentina demandada por los impedimentos a la libre circulación dentro del espacio integrado Mercosur sostuvo que la manifestación de los ciudadanos de su país, como por ejemplo fue el conocido como “el abrazo solidario”, forma parte del ejercicio de un legítimo derecho firmemente consolidado en su legislación como el de la libre expresión del pensamiento y de reunión, con lo cual una represión de los mismos hubiese supuesto una lesión inaceptable al Derecho Público argentino.

En este sentido en su argumentación abundó sosteniendo y declarando la supremacía de los Derechos Humanos por sobre los Derechos que puedan surgir de un Tratado de Integración, afirmando que los Derechos Humanos en su país tienen rango constitucional en tanto las normas de integración revisten rango legal.

Con estas bases la representación de la República Argentina fundamentó su opinión, y en tal sentido invocó como precedente una sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el asunto «Schmidberger donde se planteaba precisamente esta cuestión.

Respecto a este caso europeo el Abogado General Jacobs, en sus conclusiones considero que la sentencia revestía gran interés porque fue esta la primera ocasión que el TJCE tuvo que pronunciarse sobre las alegaciones de un Estado miembro que había invocado la necesidad de proteger derechos fundamentales para justificar una restricción a la libre circulación de mercancías.

Argentina tomando como antecedente esta sentencia interpretó que los Derechos Humanos pueden justificar una restricción al ejercicio de los Derechos consagrados por un Tratado de Integración.

La controversia presentada ante el Tribunal europeo se ocasiono a partir del obstáculo al libre tránsito de mercancías intracomunitario, provocado por el bloqueo de la autopista del Brenner durante veintiocho horas por una manifestación de una Asociación de ecologistas, autorizada por las autoridades austríacas.

En este caso, las mercancías eran transportadas por la reclamante, la empresa Schmidberger, desde Alemania a Italia y viceversa, pero no se comercializaban en territorio austríaco, por tanto, no hacían más que transitar por dicho país, con lo cual el Tribunal consideró que el obstáculo producido por el bloqueo de la autopista afectaba, solo la libertad de tránsito de mercancías, principio ampliamente reconocido en la practica y en la legislación del espacio comunitario europeo.

El TJCE¹ analizando el conjunto de derechos que conforman el de libre circulación consideró que este debía completarse con referencias a los efectos derivados del reconocimiento y el funcionamiento de las otras libertades económicas comunitarias fundamentales que presuponen y fomentan otro tipo de movilidad laboral intracomunitaria. Se trata dijo el Tribunal en esa ocasión de una movilidad distinta, que se realiza a iniciativa no de los trabajadores individuales (“movilidad hacia el empleo”), sino del empleador y se configura como presupuesto indispensable de la garantía del disfrute, por parte de las empresas, de la libertad de establecimiento y, sobre todo, de libre prestación de servicios transnacionales (“movilidad dentro del empleo”).

Consecuentemente concluyó que el bloqueo en cuestión en este caso constituía una medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas contraria a los artículos 28 y 29 CE y a la libertad de tránsito así como al art.10 CE.

Sin embargo después de sopesar las circunstancias del asunto el Tribunal consideró justificada la medida por razones de protección de los Derechos Humanos² que por primera vez se invocaron directamente como objetivo de interés estatal y comunitario, ante lo cual el Tribunal estimó prevalecían, en este caso, sobre el principio fundamental de libre circulación de mercancías.

¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

² (artículos 10 y 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, a partir de ahora CEDH)

III. La visión del Gobierno Argentino

El Gobierno Argentino que asimila este caso europeo con la controversia planteada ante el Tribunal Ad-Hoc del Mercosur sostuvo que “las circunstancias determinaron una contraposición entre los derechos de libre expresión del pensamiento y de reunión por un lado y el derecho de libre circulación por otro”.

Pero paradójicamente, después de haber defendido esta posición, los representantes argentinos ante el Tribunal se ocupan en su presentación de demostrar que la libre circulación en el Mercosur y en la legislación que lo vincula con el país litigante en este caso, Uruguay, no se encuentra garantizada ni tampoco vigente en el proceso de integración regional que ambos países comparten.

En este sentido dejando el espíritu que impulsa todo proceso de integración y ateniéndose estrictamente a la legislación vigente en el Mercosur, Argentina analiza el estado actual del principio de libre circulación en el Mercosur sosteniendo ante todo que libre circulación de bienes establecida como uno de los fines del Tratado de Asunción, aun no se encuentra plenamente vigente.

Como ejemplo cita la libre circulación de servicios establecida en el Protocolo de Montevideo, vigente entre los Estados parte del Mercosur, el cual entiende, solo establece el compromiso de abstenerse de adoptar medidas gubernamentales que la afecten.

Respecto a la libertad de circulación que el Acuerdo de Transporte Internacional Terrestre (ATIT) que Uruguay entiende consagra la libertad de circulación, sostiene Argentina, solo establece criterios técnicos para otorgar permisos de circulación internacional de transportes.

Respecto a la libre circulación de personas que Uruguay entiende, fue lesionada por los cortes de ruta, Argentina sostiene que no esta aún operativa en el ámbito del Mercosur.

Sumado a ello, Argentina argumenta que el libre tránsito en cuanto este pueda afectar a los transportes de bienes desde y hacia terceros países tampoco esta vigente en el proceso de integración Mercosur. Y a modo de ejemplo abunda diciendo “que por el contrario esta libertad, si se encuentra operativa en la comunidad europea”.

Resulta entonces difícil imaginar cual es la similitud que Argentina encuentra con el caso dirimido ante el TJCE presentado como antecedente en sus argumentaciones ante el Tribunal Ad-Hoc del Mercosur.

Me pregunto entonces ante la inexistencia de uno de los elementos en contraposición como se puede en el presente caso en análisis, sostener la existencia de una contraposición entre la libre circulación y los derechos fundamentales.

Derechos Fundamentales que además solo se encuentran consagrados en la legislación internacional³ y nacional de los Estados en litigio, y no encuentran ninguna legislación expresa, documento, acta, carta o catálogo que los contenga dentro del espacio regional, ámbito donde se ventila la controversia en cuestión.

Sumado a ello, Argentina considera que las manifestaciones populares, que tienen el derecho de elegir el foro publico en el cual la protesta puede ejercer su mayor eficacia, encuentran sustento en el Derecho a la libre expresión del pensamiento y de reunión así como el Derecho de protesta, que es este un medio valido para exigir el cumplimiento de otros Derechos.

IV.- La pirámide jurídica ante la integración regional

Es importante destacar que según surge del escrito presentado por Argentina dando respuesta al reclamo de Uruguay, las normas de Derechos Humanos en ese país tienen rango constitucional y son superiores a las normas de Integración, que Argentina ha incorporado a su ordenamiento jurídico como

³ Legislación internacional, que si bien es aplicable dentro del Mercosur (articulo 34 Protocolo de Olivos) no forma parte del ordenamiento jurídico mercosureño como en el caso europeo.

normas que revisten rango legal, lo cual define claramente la pirámide jurídica existente en este país que puede suponer una dificultad importante al momento de profundizar las relaciones de integración con otros países.

Porque sostener que el cumplimiento de una obligación internacional como la asumida en un Tratado de integración que supone además un compromiso profundo a nivel regional y una obligación de un accionar mancomunado y conjunto en pos de un objetivo común, se encuentre supeditada o dependa de las posibilidades que otorga el propio Derecho interno “se contrapone con el principio que los Estados no pueden eludir sus compromisos internacionales invocando normas de su Derecho interno”⁴ a lo que el Tribunal agrega⁵ que debe tenerse presente que la aludida Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 forma parte del Derecho vigente en ambos países.

Argentina defendiendo su postura y justificando su actitud de respeto y tolerancia ante los reiterados cortes de ruta, sostuvo que toda otra acción realizada por el Estado argentino, mas allá de la disuasión “hubiera implicado reacciones difíciles de controlar ...y actos violentos por parte de los manifestantes” que hubiesen empeorado la situación.

Ante estas afirmaciones en los argumentos presentados por la Republica Argentina, que parecen fundamentar su actitud de respeto y tolerancia a los cortes de ruta en pos de la libertad de expresión, que como vemos abiertamente se contrapone y lesiona otro derecho como el de libre circulación, realmente no parecen encaminadas a dilucidar cual es el punto de equilibrio entre la libre circulación y los derechos fundamentales.

Pero la dificultad principal, de encontrar el camino hacia un acuerdo, a mi entender surge sobre todo de la falta de consolidación en el espacio integrado de los dos elementos principales tomados como contrapuestos, porque ello conduce a trabajar solo en el campo de las suposiciones y solo a proyectar el grado optimo que pueda resultar de la combinación de las distintas variables.

Por lo tanto resulta también difícil tomar como base las consideraciones de un Tribunal europeo que fundamenta su sentencia en una legislación consolidada tanto en el campo de la libertad de circulación como en el área de los derechos humanos.

El Tribunal Ad-hoc actuante en el presente caso, respecto a la Jurisprudencia europea, la considera como no admisible porque ninguno de los precedentes del TJCE invocados tanto en el reclamo de Uruguay como en la respuesta Argentina tiene afinidad con la legislación Mercosur. Como el mismo Tribunal sostiene, “no solo por la diferencia cualitativa que tiene el Derecho Comunitario Europeo de carácter supranacional respecto del Derecho del Mercosur, que es de índole interestatal, también por el hecho que la normativa aplicable es diferente de la que rige en el caso que incumbe al Tribunal analizar y además por la razón de la peculiaridad de los casos”.

Seguidamente el Tribunal explica que en el caso de la sentencia “Comisión de las Comunidades Europeas contra la República francesa s/ libre circulación de mercaderías”⁶ se trataba de la obstrucción por parte de particulares a la circulación de vehículos por el territorio francés provenientes de otro país de la Comunidad ,pero el móvil que guiaba a los particulares que protagonizaban el hecho era netamente discriminatorio contra el ingreso de la mercadería de otro de los países de la Comunidad, caso donde además se ejerció violencia sobre los conductores y la carga, que el Tribunal aclara y considera, no ha existido en el caso que nos ocupa.

Respecto de la sentencia en el caso “Eugen Schmidberger International Transporte und Planzuege c/ República de Austria”⁷ que comentamos en párrafos anteriores, el Tribunal del Mercosur considera exis-

⁴ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (art.27) “ Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado.....”

⁵ Ap.128 Laudo.

⁶ Asunto C-265/95

⁷ Asunto C-112/00

ten sustanciales diferencias, por una parte porque el objeto del reclamo, a diferencia del caso que se analiza, se trataba de una demanda por daños y perjuicios entablada directamente por un particular y no un reclamo declarativo de incumplimiento de un Estado contra otro Estado.

Pero por otra parte, se diferencia además por las características de los hechos, porque en tanto en el caso europeo el período de interrupción del tránsito fue tan solo de veintiocho horas y se trato de cortes previamente anunciados y autorizados por la autoridad con hora de inicio y terminación, en el caso presentado ante el Tribunal del Mercosur, los cortes que los ambientalistas realizaron en los puentes que unen Argentina con Uruguay duraron y se mantuvieron firmes durante tres meses, situación que después de emitido el laudo no ha podido ser resulta y mantiene las rutas de acceso al vecino país en manos de un puñado de asambleistas que hace que los cortes cumplan tres años sin demostrar voluntad de llegar a una conclusión en el asunto.

V.- Conclusiones

La integración económica de una Región es un proceso arduo y difícil de lograr, hacer que la libre circulación en general y el libre comercio en particular se conviertan en una realidad a lo largo de una vasta área geográfica conlleva una enorme cantidad de reformas y mas de las veces, decisiones difíciles de ser tomadas y asumidas por cada uno de los Estados participantes.

Los procesos de integración entre Estados son eminentemente evolutivos, se extienden en el tiempo y conviven con las dificultades que se van presentando en los ámbitos nacionales de los Estados inmersos en estos procesos, ya sea por las concesiones y reformas que estos Estados deben hacer en pos del proceso de asociación y dificultades en los ámbitos nacionales que surgen del devenir de acontecimientos políticos y económicos internos, que en el caso de las asociaciones económicas latinoamericanas suelen tener gran incidencia para la prosecución de estos procesos.

En el caso que analizamos en este trabajo mas allá de la cuestión central que es la libre circulación inherente a todo sistema de integración regional surgen dos cuestiones que son fundamentales para dar un giro positivo a la integración Mercosureña.

Una de ellas es la necesidad de recuperar la política de buena vecindad. La política de buena vecindad, no es un plan detallado, una teoría o una doctrina para mejorar las relaciones con los Estados linderos o los mas cercanos, es o supone la actitud necesaria para guiar las políticas y las acciones interregionales en estos complejos y confusos tiempos.

Por otra parte atento a que en un proceso de integración, la política comercial pasa a ser un instrumento que permite crear las condiciones adecuadas para el intercambio regional y que con una liberalización organizada y programada del comercio se puede generar una situación óptima para los factores de producción, contar con una política comercial y una política regional de inversiones que contemple las posibles ventajas que podrían obtenerse de las particulares situaciones bilaterales entre los países participantes permitiendo coordinar los beneficios obtenidos producto de esta bilateralidad estratégica se convierte en una cuestión central a ser resuelta en el Mercosur.

**EL ABOGADO FRENTE A LA INTEGRACIÓN REGIONAL.
SU ROL PROTAGÓNICO- LA NECESIDAD DE COMPRENDER LA GLOBALIZACIÓN Y LOS
DESAFÍOS QUE PLANTEA LA INTEGRACIÓN REGIONAL AL COMENZAR EL SIGLO XXI.
APUNTES E INFORMACIONES BIBLIOGRÁFICAS PARA SU ESTUDIO Y DEBATE.-**

Dr. JOSE CARLOS GUSTAVO DE PAULA

COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO

SÍNTESIS:

En respuesta a la Convocatoria de” Abogados a Pensar el país “, creemos necesario definir una estrategia de modelo y desarrollo a largo plazo.

En tal sentido, pensamos que la Argentina tiene su futuro destino condicionado a su integración regional en la América Sureña.

Así profundizar la integración con Brasil, es el primer paso necesario, el núcleo duro de la integración mercosureña y punto de partida para la integración con la América del Sur, en UNASUR. Pararse frente a la integración significa para el ABOGADO, asumir su Rol protagónico de elaborar y construir el Derecho de la Integración.-

Para ello es prioritario entender que la norma jurídica actúa como instrumento y factor determinante del proceso de integración. El Derecho desmantela viejas normativas y al mismo tiempo va creando nuevas tendientes a fomentar e incentivar el proceso de integración.-

Para contribuir al intercambio de ideas, y generar una discusión sobre ese destino de Argentina en la Integración de la América del Sur, es un paso previo comprender en profundidad la GLOBALIZACIÓN, teniendo en claro sus ventajas y desventajas.

Tener en claro como funciona esta ALDEA GLOBAL, la revolución tecnológica-científica producida en los últimos 30 años, la crisis financiera y luego económica y social global originada lentamente a comienzos del siglo XXI (hipotecas sub prime, securitización) y desde 2007 / 8 se extiende por el mundo, afectando a los países centrales

Y el papel de los Estados Continentes, los BRIC (Brasil-Rusia-India China) países de la Periferia, hoy emergentes, y que por su accionar sobrellevan el peso de la crisis y continúan su crecimiento. El Rol de CHINA en continuo crecimiento es fundamental. Volcada al mercado interno y a la construcción de su infraestructura en su interior, esta evitando que la crisis global se profundice.-

Con numerosas informaciones y notas bibliográficas, presentamos estas reflexiones, como apuntes para generar el debate.-

En este año 2010, conmemorando el Bicentenario del movimiento político social que desde México hasta el Río de la Plata, conmocionó a Hispano América y habida cuenta la protagónica actuación de los abogados que, en 1810 en Buenos Aires – impulsaron la gesta de Mayo, proponemos destacar en este siglo XXI, la necesidad de que la nueva generación de abogados estudie y se capacite para abordar los problemas y desafíos que trae la Integración Regional Latinoamericana, en este ámbito de Aldea Global., que ha conformado la globalización.-

Para el abordaje del tema lo desarrollaremos en tres capítulos, a saber:

1.- Siglo XXI - Escenario Global y Regional; **2.-**El Abogado y su Rol frente a la Integración Regional y **3.-** Notas Bibliográficas.-.

1 – SIGLO XXI - ESCENARIO GLOBAL y REGIONAL

Como consecuencia de la evolución ocurrida desde la terminación de la Segunda Guerra Mundial, organización de las Naciones Unidas, creación de organismos surgidos de los Acuerdos de Bretón Woods (FMI, Banco Mundial, GATT), se va construyendo un nuevo sistema comercial, monetario y financiero internacional, que ha sido caracterizado en un análisis sociológico, como un conjunto complejo, multifuncional y dinámico integrado por a) los actores, b) las interrelaciones entre dichos actores, c) los acontecimientos, actos, antecedentes y productos y d) las normas que gobiernan la interrelación. (1).

Como resultado de la evolución del último cuarto del siglo XX, se advierten varias tendencias, sobresaliendo claramente tres en el escenario mundial (2). a) la mayor interdependencia entre los países (Aldea Global) ; b) la transición de las formas de producción (a PosFordistas) ; c) La hegemonía del Capital Financiero.

a) -El creciente intercambio comercial va cambiando la escenografía mundial. Primero lentamente y luego más aceleradamente con la revolución científico tecnológica (Telecomunicaciones e informática) y la caída del “muro de Berlín “ configurándose lo que se conoce como “Aldea Global “. El Capitalismo se consolida y surge repotenciado en tres áreas geográficas EEUU y zona de influencia, Europa y Japón y zona del pacífico. Al mismo tiempo van surgiendo los Megabloques (NAFTA, UE, Japón y Tigres Asiáticos. Hace más de una década un conocido economista del M.I.T, asesor del presidente Clinton, autor de un exitoso libro sostenía que la guerra fría había terminado, pero una nueva y feroz batalla comenzaba y que era la contienda por el dominio económico entre Estados Unidos, Europa y Japón.(3)

Así la Democracia Liberal (En sus aspectos formales) en lo político y la Economía de Mercado en lo económico se extienden por el planeta. En el proceso de globalización, los estados Nacionales van abandonando el rol de actores centrales, aparecen otros actores. Surgen las Corporaciones, las Empresas Transnacionales, con un poderío económico muchas veces superior al de muchos Estados. Con ellas surge un nuevo profesional en auge: el economista. Es el tiempo que la Economía prevalece sobre el Derecho.- Es la Década de los Años 90. Joseph E:Stiglitz la inmortalizó como “ LOS FELICES 90” expresión feliz del título del Libro de su libro.- Por ello La crisis del estado Nación es un signo de época de fines de siglo XX. El margen de maniobra de los Estados Nacionales frente a la Globalización y sus relaciones con el Mercado son aspectos trascendentes que desvelan a políticos, economistas sociólogos e intelectuales tanto del Norte como del Sur. Con el auge de las tendencias neoliberales a escala mundial, convertidas en “pensamiento único “, se adoptaba una “visión fundamentalista de la globalización “ entendiéndose que las decisiones principales no las adoptan hoy las sociedades y sus Estados sino los agentes transnacionales (4). Esto es una visión pesimista y resignada.- Los ensayos y explicaciones sociológicas y políticas

-(1) ver el análisis sociológico desarrollado en la obra de Ileana DI GIOVANNI : “Derecho Internacional Económico y las Relaciones Económicas Internacionales “. Ed. Abeledo Perrot, Año 1992, página.11 y sig.- Asimismo en la misma obra se puede consultar la estructura y evolución del Comercio Mundial y el marco jurídico de las relaciones comerciales (pag.123 y sig.) y financieras internacionales (pag.175 y sig.),

Como asimismo el tratamiento y gestión de las deudas externas durante la década de los Años 80 (pag. 229 y sig.)-

-(2) ver, el esquema desarrollado en Conferencias de Dres. Walter Huggias y Jose Carlos Gustavo De Paula sobre “Sociología de la Integración Aspectos jurídicos, políticos, económicos y sociales” realizadas el 15 de Septiembre de 1999, en el Colegio de Abogados de Lomas de Zamora, organizadas por el Instituto de Sociología del Derecho y publicadas en la Revista del Colegio de Lomas de Zamora No. 32, Enero/ Marzo 2000, páginas 60/68.-

-(3) ver la obra del Lester THURLOW : “ La Guerra del Siglo XXI (Head to head) La batalla económica que se avecina entre Japón, Europa y Estados Unidos “, Javier Vergara editor, Bs As, 1992.- Predice las guerras comerciales del siglo XXI entre los grandes Megabloques. El autor ve la guerra como una competencia entre el Capitalismo centrado en el Consumidor (EEUU) y el capitalismo centrado en el productor (Japón, Europa).-

En su interesante obra señala que esta época se caracteriza porque las Empresas localizan sus establecimientos en distintas partes del mundo buscando la baja de los costos, y así “cualquier producto puede fabricarse en cualquier parte y venderse en todas partes “

-(4) ver obra de FERRER, Aldo: “Hechos y Ficciones de la Globalización –Argentina y el MERCOSUR en el Sistema Internacional “, Edición. Fondo Cultura Económica, 1997, Pag.24.- Asimismo puede consultarse la obra “ Argentina y Brasil en la Globalización - ¿ MERCOSUR o ALCA ? de los Dres. Aldo FERRER y Helio JAGUARIBE, Edición del Fondo de Cultura Economía, Año 2001.-

sobre la Globalización y sus consecuencias económicas, políticas, sociales y culturales, sobre el escenario mundial, señalan que la economía es dual. Regiones enteras del planeta, se encuentran con una insignificante participación del comercio internacional. Distintas escuelas de pensamiento han denominado a esa dualidad con los conceptos de Desarrollados/ Subdesarrollados, Centro/ Periferia, Norte/ Sur, entre las más conocidas. Pero por encima de los vocablos todas expresan la misma realidad: la desigualdad.- Así ocurre que las Empresas, las naciones se relacionan en pie de desigualdad.- Cabe destacar que la historia reciente de lo ocurrido en el escenario de la región ha desarrollado una abundante literatura desde enfoques diversos (5) que los abogados debemos conocer para nuestro análisis de la situación del MERCOSUR.

b) la transición de las formas de producción (de Tayloristas- Fordistas a Posfordistas), Concluye una época caracterizada por el esquema de producción cuyo paradigma Taylorista/Fordista era la fábrica Ford. (Producción en masa y en serie, con sus líneas de montaje). Es el fin de una época immortalizada en las imágenes de “Tiempos Modernos” la película del inolvidable Charles Chaplin.

En un trabajo anterior, hace más de diez años, mencionábamos que en el fenómeno de la globalización, hay por lo menos tres causas: la segmentación de los procesos productivos (Empresas localizan actividades en distintos países buscando ventajas), los costos decrecientes con el volumen de ventas (impulsan a las Empresas a buscar la escala mundial), la competencia tecnológica (lleva a la innovación permanente de procesos y productos). Debe tenerse en cuenta que no solamente se globaliza la economía. También se globaliza la tecnología. Hay una mayor interdependencia de los sistemas científicos nacionales, como consecuencia de la cooperación Inter.-empresas (especialmente en los sectores de Alta Tecnologías, como ser la microelectrónica, telecomunicaciones, biotecnología, robótica). También señalábamos que en la economía global se habla de centralismo, porque es precisamente en el centro, donde se concretan las decisiones sobre una base de escala mundial. Es decir que las decisiones estratégicas se toman en las casas matrices de las Empresas (localización estable), por lo que las filiales de dichas Empresas pasan a ser localizaciones inestables. Como habitantes de la Periferia, debemos tener muy en cuenta ello. La explicación debe buscarse en el rol de los Gerentes que deben justificar su presencia al frente de las filiales de Empresas Transnacionales, mostrando ganancias cada año. Así, las inversiones a largo plazo,, de riesgo, pueden implicar pérdidas durante un cierto periodo de tiempo y puede ser interpretado por la casa matriz, como una mala inversión. (Ejemplo típico son las inversiones en investigación y desarrollo). Como consecuencia de ello, es que el Centralismo promueve el cortoplacismo, y este a su vez refuerza el centralismo, por cuanto las inversiones de investigación y desarrollo se concentran en el centro, por el cortoplacismo imperante en la periferia.- Así el proceso globalizador y la lucha de poderes en el escenario internacional promueven el surgimiento de bloques regionales. Los estados de la periferia necesitan integrarse y encontrarse en mejor situación de negociar sus productos en el mercado internacional.(6). También mencionábamos que la revolución tecnológica, los satélites, los medios audio-

- (5) ver entre muchas otras, la obra de Octavio IANNI : “Teorías De la Globalización “editorial Siglo XXI, Año 1999, 4ta edición ; la obra de Zygmunt BAUMAN : “Globalización Consecuencias Humanas “, Fondo de Cultura Económica, 1998 ; la obra de Daniel GARCIA DELGADO : “Estado Nación y Globalización “, Edición Ariel, Bs As, Año 1998 ; la obra compilada por Emir SADER y Pablo GENTILI titulada : “ La Trama del neoliberalismo – Mercado, crisis y exclusión social “ Eudeba, Bs As 1999 ; la obra de Néstor GARCIA CANCLINI : “ La Globalización imaginada “, Edición Paidós, Año 1999 la obra de Celso FURTADO : “El Capitalismo Global “, Fondo de Cultura Económica, México, Año 1999 ; la obra compilada por Mario RAPOPORT titulada “ Globalización, Integración e Identidad Nacional “ Edición Grupo Editor Latinoamericano, Bs As, Año 1994; la obra compilada y editada por Naun MINSBURG y Héctor W. VALLE titulada : “ El impacto de la Globalización – La encrucijada económica del Siglo XXI”, Ediciones Letra Buena, Bs As Año 1994 ; la obra de Alberto Jorge LAPOLLA : “ Globalización, Neoliberalismo y Socialismo “, Editorial 21 SRL, Bs As, Año 1999 ; la obra de Ana ZAGARI, Susana PEREZ CANCIO y Alejandra GONZALEZ: “ Globalización – La Frontera de lo Político “, Ediciones del Signo, Bs As, Año 1997 ; la obra de Ignacio RAMONET : “ Un mundo sin rumbo – Crisis de fin de siglo “, Editorial Debate, Madrid, 3ra edición, Año 1998 ; la obra de Noam CHOMSKY : “ Política y Cultura a finales del siglo XX – Un panorama de las actuales tendencias “ Edición Ariel, Bs.As, Año 1995 ; y la obra editada y compilada por Le Monde Diplomatique (versión española) titulada “ Pensamiento Critico vs. Pensamiento Unico “ Editorial Debate, Madrid, 1998.-

- (6) ver artículo titulado: “ El MERCOSUR y el Abogado – Reflexiones e informaciones sobre el necesario protagonismo de la Abogacía “, de José Carlos Gustavo. De Paula, en la Revista Síntesis Forense No.74 de Abril 1993, pags.31 a 38, publicación del Colegio de Abogados de San Isidro.

visuales y la Televisión, traspasan las fronteras, entran en los hogares de millones de personas e influyen en las pautas culturales de la población. El estilo de vida de USA, su vestimenta, su comida, sus pautas culturales e ideológicas se expande por el planeta. Es lo que algunos sociólogos han llamado “ la MacDonalización de la Cultura “, como símbolo de la Empresa transnacional de comidas que había llegado hasta la ex URSS.- Toda esa información que viene por satélite provocó hace más de una década un gran debate en la Comunidad Europea, en defensa de su identidad cultural y se dictó una normativa de protección a sus medios audiovisuales, estableciendo porcentajes de difusión e impidiendo la entrada masiva de las series (enlatadas) televisivas norteamericanas. (7). Ese histórico debate Europeo fue ignorado y ocultado en la Argentina de los Años 90.-

c) la hegemonía total del capital financiero.- A la transición de las formas de producción, se le agrega la forma hegemónica que tomó el Capital Financiero. Cabe destacar que el capital financiero se independiza en dos aspectos. Se separa de la economía real y además del territorio nacional. Y aparece lo que algunos llaman economía virtual o simbólica.- Así los movimientos de capitales, los tipos de cambio, las tasas de interés, los Bonos, las acciones entran en la vorágine de las computadoras (Revolución tecnológica científica, la Telemática).- Los capitales golondrinas entran y salen de los países con solo apretar “enter” en las PC.- Como consecuencia de la independencia del capital financiero, este ha crecido más que la economía real, y a más velocidad.- Esa virtual hegemonía del Capital Financiero y su liberalización, ha provocado varias crisis en los últimos años en distintas partes del mundo. (Este Asiático, Rusia, Argentina). Así recientemente se ha afirmado que : “..la liberalización de los mercados de capitales y financieros contribuyó a las crisis financieras globales de los años noventa y puede ser devastadora en un pequeño país emergente “.....”los países en desarrollo de más éxito, los del este asiático, se abrieron al mundo de manera lenta y gradual. Estos países aprovecharon la globalización para expandir sus exportaciones, y como consecuencia crecieron más rápidamente. Pero desmantelaron sus barreras proteccionistas cuidadosa y sistemáticamente bajándolas sólo cuando se creaban los nuevos empleos.”...(8)

Resumiendo : En el escenario global y regional, al decir de un premio Nobel “ la Globalización no ha conseguido reducir la pobreza, pero tampoco garantizar la estabilidad..Las crisis en Asia y América Latina han amenazado las economías y la estabilidad de todos los países en desarrollo...” (9)... “Hay tres instituciones principales que gobiernan la globalización: el FMI (Fondo Monetario Internacional), el Banco Mundial y la OMC (Organización Mundial de Comercio)...” (10)

En América Latina, luego de los Años 80 - llamada la década perdida -, en los Años 90 se comienzan a aplicar masivamente las recetas neoliberales, del “Consenso de Washington” diseñado a fines de la década de los años 80 y fundado en políticas simplistas de la economía de mercado, rechazadas en los países industrializados mas avanzados, y que no prestaban atención a las cuestiones de distribución y equidad.- La austeridad fiscal, la privatización, y la desregulación y liberalización de mercados fueron los pilares fijados por el Consenso de Washington aplicadas en la región durante los años 90, llevaron a la actual situación de crisis en la región, habiendo sido la Argentina el paradigma, el modelo “exitoso de país en tránsito al primer mundo “, hasta que se produce la implosión (fines del 2001) de la Argentina, con la salida traumática de la convertibilidad, la configuración de una crisis social y política de características inéditas, de debilitamiento institucional y democrático, de pobreza creciente y de exclusión social, habiéndose consolidado la fractura de la sociedad con la mayoría de la población bajo la línea de la pobreza y la mayor desocupación de la historia. Ante el asombro del mundo, en los Foros sociales se ha proclamado que con la crisis de Argentina quedó enterrado el “neoliberalismo “en el cono sur de América.-

Así lo que se había denominado (durante la Guerra del Golfo) “la constitución de un nuevo orden mundial “ en las relaciones internacionales, para muchos estudiosos de los procesos históricos se trata de

- (7) Respecto de la globalización cultural, puede consultarse la excelente obra del brillante intelectual brasileño Renato ORTIZ : “ Mundialización y a Cultura “, Edición en español de Alianza editorial, con prologo de Aníbal Ford,, Bs As, 1997.-

- (8) (9) (10) ver la obra del economista Joseph E. STIGLITZ (Premio Nobel Economía 2001, ex Vicepresidente del Banco Mundial y ex asesor del presidente Clinton) de éxito editorial titulada : “ El malestar en la Globalización “, Edición Taurus, Bs As, Años 2002., Páginas 32,38,96 y 97.- Posteriormente, el autor publico otra obra de enorme éxito editorial, titulada “Los Felices 90 “ Ed. Taurus Argentina, Año 2003.-

un mito, habida cuenta que el fin de la bipolaridad (caída del muro de Berlín y la desintegración de la URSS) se ha sostenido que “se torno visible la ya existente multipolaridad económica en el plano político y los grados de libertad para las potencias nacionales o regionales que ofrece la ausencia de un enemigo único. Este proceso no ha dado lugar, en consecuencia, a un nuevo orden sino a un incremento de la inestabilidad y la imprevisibilidad que desvela a los politicólogos y estadistas” y en lugar de una paz universal “Kantiana”, prevalece un nuevo desorden internacional que se refleja en numerosos focos de conflicto en todo el mundo “ (11)

En el escenario global, si bien es cierto que en el periodo de la guerra fría el mundo estaba al borde del conflicto nuclear y ese peligro concluyo a fines de la década de los años 80, los estudiosos de la historia reclaman prudencia en cuanto a los alcances de una paz perdurable. En tal sentido se ha sostenido que:...” La aguda competencia comercial y económica, los fundamentalismos de todo tipo, las crecientes disparidades de ingresos, el incremento de la pobreza en el mundo, las disputas territoriales y el nuevo terrorismo internacional dan lugar a conflictos de distintos tipo que, aunque no estén condicionados o potenciados por la disputa bipolar, existen y se desarrollan en el marco de la puja de hegemonías, la cual supone al mismo tiempo interdependencia y rivalidad. Pero frente a esta realidad se alzan diversos procesos de integración regional, como la Unión Europea y el MERCOSUR, que generan espacios diferentes y pacíficos donde los países pueden unirse en función de intereses comunes, económicos, políticos, sociales y culturales. “ (12)

Luego en el escenario mundial, tuvimos las repercusiones del S –11 (Atentado contra las torres gemelas en USA) y toda la nueva política de seguridad implantada por Bush en los EEUU, con derivaciones a escala planetaria.-

Y antes de terminar la primer década del nuevo siglo, la crisis económica global, que comenzó a manifestarse en el año 2007 e hizo eclosión en el año 2008, en sus inicios como crisis financiera en EEUU con las hipotecas sub-prime y luego se extendió a la economía real y a la producción y a escala global. En Europa la crisis golpeo fuerte, en particular a España, con los problemas sociales crecientes de una desocupación, a Portugal, a Irlanda, y a comienzos de este año Grecia se encuentra socialmente convulsionada, y enfrentada con la UE por haber ocultado su endeudamiento, ayudada por la Banca de Inversión Goldman Sachs, -entidad con 140 años de historia -.Esa ayuda falseando datos y estadísticas permitió a Grecia su ingreso a la Unión Europea.-

La crisis global se hizo sentir de distintas maneras. EEUU, Europa y Japón, la tríada del capitalismo avanzado (Países centrales) recibió el impacto mayor, en la Periferia, los países emergentes (los países continentes del BRIC –Brasil-Rusia, India -China, y los emergentes medianos) resistieron mejor el impacto.- Cabe destacar que. CHINA, esa civilización milenaria, fruto de una enorme transformación desde 1978, evolucionó hasta convertirse actualmente en actor global. Resistió la crisis aplicando todos sus recursos al mercado interno y desarrollo de obras de infraestructura, caminos, diques, aeropuertos. El gigante asiático actuando con una visión estratégica de orden global, se convirtió en la segunda economía del mundo., (13)

-(11) (12) ver la obra de Mario RAPOPORT titulada: “Tiempos de Crisis, Vientos de Cambio – Argentina y Poder Global “, edición Grupo Editorial Norma, Bs As, Año 2002, Páginas 87,88 y 90

-(13) CHINA (Libro del investigador brasileño Prof. Idaulo Jose CUNHA, cuya edición traducida al español está en imprenta, próxima a salir en Argentina) destaca el carácter de potencia mundial que adhiere esa milenaria civilización., que hizo manifestar a Napoleón hace 200 años que cuando ese gigante dormido despertare, haría temblar al mundo.-

El carácter de actor global que hoy tiene CHINA es consecuencia de una transformación iniciada en el año 1978, con un extraordinario proceso de apertura gradual, concretándose con éxito el pasaje de una economía planificada y centralizada a una economía llamada “Sistema Socialista de Mercado “, a través del “ plan maestro “ del lider Deng Xiaoping.-

China se ha relacionado con América Latina y con África, en búsqueda de materias primas que necesita para su proceso industrial. Para el MERCOSUR debe ser un tema de estudio y preocupación, así recientemente el Prof. Dr. Aldo Ferrer (Artículo China en la Historia y en la actualidad del 20.12.09 en Semanario Miradas al Sur, Sec. Economía) manifestaba que “ el dilema que deben resolver Argentina y los países hermanos de América Latina, es si el impulso que actualmente vuelve a venir de afuera, por la valorización de los recursos naturales y la emergencia de China como un nuevo polo dinámico de la economía mundial, va a quedar limitado, como en el pasado, en los límites de

En el MERCOSUR cuando se inició la crisis en los países centrales se pensaba que la región quedaría al margen de sus efectos. Pero al avanzar el año 2008 cambió el panorama y la sensación.- Los efectos se sintieron con la reducción del comercio internacional con los países centrales, aunque el accionar de los países emergentes del grupo BRIC facilitaron que las consecuencias para la región no fueran dramáticas.-

El actual gobierno de Brasil está apostando a que la Argentina se recupere y pueda ensamblarse y establecerse entre ambos países una relación bilateral estratégica fuerte.-

El entendimiento de los dos países más grandes del subcontinente, Argentina-Brasil, a mediados de los años 80 (Acuerdos Alfonsín –Sarney) cambió la historia de la América del Sur, e hizo reflexionar y decir al intelectual y pensador oriental Alberto Methol Ferre. que “ Las raíces y el Futuro se reencuentran “,en obvia alusión al periodo 1580-1640, época de la unificación de la península ibérica, casas de Castilla y Portugal, reinado de Felipe II, de la monarquía universal “ donde no se ponía el sol.-”.-

El entendimiento y posterior Tratado de Integración Bilateral de Argentina y Brasil ha sido y es el núcleo duro, base de la integración mercosureña.-Así lo ha reconocido el brillante intelectual e historiador de Brasil, Luis Alberto Moniz Bandeira, cuando afirmó que “ Sin Alianza Argentina-Brasil, No hay Mercosur y sin MERCOSUR NO HAY UNASUR ” (14).

Para ubicarnos histórica y políticamente en la región, es bueno recordar que al comienzo de la Integración Bilateral Argentina Brasil (1985 / 1988), es decir el primer

Mercosur, fue muy distinto al Mercosur que se formaliza en 1991 al suscribirse el Tratado de Asunción (26.03.91), que podríamos llamar el segundo MERCOSUR. (1991/ 2000).-Y ello porque en el año 1990,se cambió abruptamente la metodología y el eje de la integración.- Así por influencia del “consenso de Washington” se aplicó el esquema “neoliberal “ de una integración exclusivamente comercial, con el eje en la liberalización comercial, con rebajas arancelarias semestrales lineales y automáticas. Se abandona de esa manera la idea original estratégica de los acuerdos bilaterales Argentina –Brasil, de ir avanzando en la integración de los sectores fundamentales de una manera equilibrada. Era la idea de avanzar conjuntamente con políticas fuertes de desarrollo en sectores básicos, con un equilibrio en el intercambio de bienes en lo que se llama la “especialización intraindustrial”.- Así en el marco del Acta para la Integración (1986) y del Tratado de Integración, Cooperación y desarrollo (1988) se suscribieron 24 protocolos de enorme importancia (Bienes de Capital, Energía, Biotecnología, cooperación nuclear, Empresas Binacionales, transporte terrestre y marítimo, etc).

Posteriormente en el año 1990, los nuevos gobiernos de Argentina (Menem) y Brasil (Collor de Melo) de tendencias neoliberales suscriben el Acta de Bs As abandonando la metodología y el eje de la Integración y cambiando sus fundamentos.

Así en el Tratado de Asunción (26 marzo 1991) la persona humana, la educación y la cultura no se mencionan, se habla de los factores productivos (Art.1) y la única concesión es en el prólogo (Considerandos) cuando se habla del “desarrollo con justicia social “.

Desde 1991 En Argentina hubo apertura irrestricta de la economía (Periodo Menem –Cavallo) que conjuntamente con el sistema de convertibilidad aplicado trajo las graves consecuencias de desindustrializar el país.-

Con la Crisis en el Mercosur (1999 Brasil y su devaluación – 2001 Argentina y su implosión) A partir de 2002 se vuelve a las fuentes (aspectos del primer MERCOSUR)

la producción primaria, la semi industrialización y sociedades socialmente fragmentadas. O si, por el contrario, constituyen una plataforma para el desarrollo integrado y la formación de economías industriales avanzadas en nuestros países.”

Recientemente el reconocido historiador británico Niall FERGUNSON ha publicado el Libro titulado “ El Triunfo del Dinero “ (Debate la) recorrer la historia de las finanzas, demostrando que lo financiero ha definido el rumbo en el acontecer mundial.- Destaca que hay un país dual “ CHIMERICA” (China mas EEUU) que representa una cuarta parte de la población mundial, una tercera parte de su producción económica. y que la República Popular China se ha convertido en el banquero de los EEUU.-

-(14) Moniz Bandeira, Luiz Alberto – Entrevista (febrero 2009) publicada en el sitio Web de AmerSur - www.amersur.org.ar

Por ello el Mercosur institucional va tomado decisiones en el ámbito de la Integración Productiva, de apoyo a las PYMES, los Fondos de Convergencia (FOCEM), la creación del Instituto Social, el Programa Somos Mercosur, el avance del Mercosur Educativo, consolidándose la dimensión cultural de la integración.- Por otra parte la discusión sobre las asimetrías entre los países y regiones es fundamental para superar los desniveles existentes. La creación del Observatorio Democrático y del Instituto Mercosur de Formación y últimamente la aplicación de monedas locales al intercambio entre los países.

Y en este periodo aparecen en el Mercosur las cumbres sociales, la sociedad civil movilizada detrás de los grandes temas y marcando la agenda del Mercosur Institucional.

2.- EL ABOGADO Y SU ROL FRENTE A LA INTEGRACIÓN REGIONAL -

La Integración como fenómeno pluricausal ha influido en la temática del derecho, en todas las experiencias regionales donde se ha desarrollado: desde la antigua Comunidad hoy Unión Europea hasta el proceso regional Mercosur.

Ello es así porque cualquier proceso de Integración, no puede desarrollarse sino en estrecha interdependencia con las normas Jurídicas. De ahí, la trascendencia que posee la

Norma Jurídica como instrumento, como motor y como factor determinante de la Integración. De manera tal que, **Derecho** cumple una función prioritaria : **desmantela viejas normativas, y al mismo tiempo va creando nuevas tendientes a fomentar e incentivar el proceso de Integración.-**

Al hablar del derecho, y de su función en la Integración, necesariamente es hablar del **ABOGADO, como actor necesario que desempeña un ROL fundamental en la elaboración y construcción del DERECHO de la INTEGRACIÓN.-**

El ABOGADO para cumplir ese ROL protagónico debe prepararse, asumiendo la tarea de abordar el estudio y el conocimiento de la temática pluricausal del proceso de Integración. Este proceso por su complejidad, trae nuevas incumbencias profesionales para los Abogados.- Para realizar ese abordaje a la temática, el Abogado debe capacitarse permanentemente e informarse, por una parte sobre los aspectos sociales, económicos, políticos y culturales que se desarrollan en el ámbito regional y mundial, y por la otra parte estudiar y repensar el Derecho. Es tarea para la Juventud. La formación legal del abogado debe necesariamente contemplar la temática de la Integración Regional.- Varias Universidades están modificando planes de estudios de grado y de posgrado, para la enseñanza del Derecho de la Integración. Asimismo varios Colegios de Abogados promueven la constitución de Institutos que aborden el tema. (15).

LA COLEGIACIÓN LEGAL en el ámbito del MERCOSUR, desempeña un papel relevante en la contención y asistencia a sus abogados matriculados.y como instrumento de la Defensa en Juicio. (16)-

-(15) La Asociación Universidades del Grupo Montevideo (AUGM) ha producido acciones y declaraciones de importancia en el marco del MERCOSUR Educativo, alertando contra el negocio de la educación, promovido por los países centrales en el seno de la OMC, con la tendencia hacia la mercantilización de la educación.- El año pasado (2009)el Congreso de Brasil ha creado la UNILA (Universidad de la Integración Latinoamericana), proyecto del Gobierno de Lula, que bajo la tutela de la Universidad Federal del Estado de Paraná, funcionara en el Parque Tecnológico de ITAIPI, hasta que pueda construirse la propia sede proyecto del arquitecto Oscar Niemeyer, el proyectista de la ciudad de Brasilia.

En sede Colegial, a solicitud de varios Colegios de Abogados, se conforma en la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) a principios de 1993, la Comisión del MERCOSUR Y contemporáneamente, se van conformando en los Colegios federados, Comisiones e Institutos para el tratamiento de la temática del Derecho de la Integración.-

-(16) Granada Notario, Humberto. conferencia sobre “ La Colegiación Legal como instrumento de la Defensa en Juicio “ en enero 2009, Villa Rica, Paraguay.- En esa oportunidad el disertante manifestó que “ El amparo colegial constituye sin lugar a dudas un instrumento fundamental para la plena vigencia de la garantía constitucional de Defensa en Juicio, ya que constituye un respaldo institucional al Letrado Defensor para hacer efectiva la independencia del Abogado, a la vez de asegurar el control ético del ejercicio profesional como función publica.

Así se sostiene que la Colegiación obligatoria de los profesionales en Entidades de Derecho Publico no Estatal, en las que el Estado delega el ejercicio del poder de policía sobre las profesiones, se torna cada vez mas necesaria para hacer efectiva la independencia del Abogado en cualquier condición laboral-en un paralelismo con el Juez propio de la trilogía del proceso-, para asegurar la confidencialidad que requie-

Así **Los Colegios de Abogados** se constituyen en piezas vitales dentro del tejido social de un país, porque en su gestión se persiguen fines superiores que se proyectan nítidamente en la sociedad. Los abogados poco podrían obtener solo en base a esfuerzos individuales, es precisamente en el marco de la Institución- Colegio donde el abogado tiene un espacio donde debatir, opinar, intercambiar ideas, buscar y obtener respuestas a la propia existencia en la misión cotidiana como profesional en ejercicio de su ministerio. A su vez el Colegio acerca el derecho a la sociedad, brindando la asistencia jurídica gratuita a personas carentes de recursos, promoviendo actos comunitarios, culturales, y debates en diversos temas, a la vez que colabora de muchas maneras con la administración de justicia y brinda a sus abogados matriculados la necesaria e imprescindible actualización legislativa, doctrinaria y jurisprudencial.- También con respecto al rol del Abogado en el proceso de integración, como actor necesario de un proceso evolutivo cultural que lo llevará a sentirse “ciudadano del MERCOSUR “.-

La pertenencia del Abogado a un Colegio u Orden de Abogados, con la correspondiente constancia de matriculación, servirá para que el Abogado del país de origen y el Abogado del país de acogida establezcan por escrito el correspondiente convenio para la actuación y atención del cliente. Tal como lo estableció la normativa contenida en el **Código de ética para la Abogacía del Mercosur**, elaborado y aprobado por **COADEM**.(Consejo de Colegios y Ordenes de Abogados del Mercosur)-. (17)

En estas circunstancias se puede apreciar en toda su magnitud, la importancia fundamental de que los países del MERCOSUR tengan en sus legislaciones la **Colegiación Legal obligatoria de los Abogados**, con gobierno de la matrícula y control Ético de la profesión.

Desde su creación en 1993, el COADEM nuclea a la abogacía organizada del Mercosur y al comenzar el siglo XXI, incorpora a las organizaciones de abogados de países de la América del Sur. En su seno transitan organizaciones de abogados que pertenecen a dos procesos de integración: el Mercosur y la CAN. Además coexisten Colegios de Abogados de Ley con Asociaciones, en los países que aun no tienen la Colegiación legal. Esta asimetría dificulta el accionar de COADEM, y es motivo de permanente preocupación y debate.-

Desde su gestación, en la “**Declaración de Concordia** ” (5.12.1992) verdadero documento liminar y fundacional de **COADEM**, que lo ratifica al momento de su creación (Abril 1993) en Asunción del Paraguay, estuvo siempre presente la **IDEA FUERZA de que la Abogacía organizada debe desempeñar un rol protagónico en el proceso de integración regional, y que su participación es insustituible en el dictado de toda norma relativa al Mercosur.**

Por lo antes expuesto, el ABOGADO en contacto con abogados de otros países, y el intercambio de información, de datos técnicos y/o culturales, el comentario, así como **el conocimiento de la legislación, de la historia, de la cultura de los países hermanos del MERCOSUR, irá creando una conciencia de pertenencia a un nuevo espacio regional, más allá de las originarias fronteras nacionales, entonces el abogado comenzará a sentirse Ciudadano del MERCOSUR.- Así aparece la dimensión cultural de la Integración. La integración como hecho político-cultural se amalgama con el lento proceso de armonización de las legislaciones, mandato aún incumplido del Tratado de Asunción, tarea jurídica por naturaleza. Esa es una tarea indelegable a realizar por los Abogados del Mercosur.**

ASI SE CONSTRUYE LA INTEGRACIÓN

re su función, para cuidar la integridad del ejercicio de la profesión, para protegerlo cada vez que se pretenda confundir la línea que distingue al abogado de su cliente, y en definitiva, para salvar su dignidad por la función que cumple en orden a la realización del Estado de Derecho.-

-(17) COADEM (Consejo de Colegios y Ordenes de Abogados del MERCOSUR) ver su Código de Ética y demás documentos (Estatutos, Autoridades, FAOS, FOPRESSA, Instituto de Altos Estudios de Armonización Legislativa Prof..Dr.Oscar Paciello Candia) en el sitio en la Web : www.coademnet.org

UNASUR UN HITO EN EL CAMINO: CONSTRUYENDO LA INTEGRACIÓN. “DESDE EL MERCOSUR HACIA LA PATRIA GRANDE”

APUNTES CRONOLÓGICOS PARA UN ANÁLISIS REGIONAL, HISTÓRICO, POLÍTICO, SOCIAL,
ECONÓMICO Y CULTURAL. DE LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA.

Dr. JOSÉ CARLOS GUSTAVO DE PAULA

COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO

SÍNTESIS:

La actual presencia de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) constituye un hito histórico en la construcción del camino hacia la Integración. de la América Latina y el Caribe. Pretendemos en este trabajo rescatar los antecedentes históricos políticos, culturales, y la influencia de los pensadores, políticos, escritores y poetas de nuestra América Sureña que fueron construyendo desde mediados del siglo XIX el imaginario colectivo de lo que se denominó luego la PATRIA GRANDE.-En apretada síntesis desfilarán pensadores, hechos y movimientos que durante el siglo XX fueron construyendo la Integración regional. y que pasando por el accionar de la CEPAL, la ALAC, Comunidad Andina de Naciones (CAN), ALADI, MERCOSUR, Comunidad Sudamericana de Naciones y UNASUR. Así analizaremos el surgimiento del MERCOSUR y de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) sus derivaciones posteriores, la Comunidad Sudamericana de Naciones y UNASUR, explicando sus fundamentos y su organización.-

Ahora en este 2010, año que nuestra América celebra el Bicentenario del inicio de ese vasto movimiento social y político que la conmovió de México a Buenos Aires, destacamos un hecho histórico ocurrido en Rivera Maya, (Cancún) México (22-23/02/2010): La decisión en la reunión de la Cumbre de la Unidad de Presidentes y Gobiernos de América Latina y el Caribe de concebir y avanzar en la conformación de un organismo regional que los agrupe para la consideración y resolución de sus propios problemas comunes, sin la participación de los Estados Unidos y Canadá, al margen de la OEA.-

Esta nueva Cumbre ha concebido un organismo, que sin nombre formal aún comienza a identificarse como la CALC (Comunidad de Naciones de América Latina y el Caribe), y que para la próxima Cumbre prevista para Julio 2011 en Venezuela, un grupo de trabajo elaborará los documentos fundacionales, con la propuesta de su nombre, con los principios, objetivos y procedimientos.-

Estos Apuntes se desarrollan en cuatro capítulos, comprendiendo las Comunes Raíces Históricas(I), las oleadas integracionistas (II), el surgimiento del Mercosur (III), Desde el Mercosur a la UNASUR y Conclusiones.(IV).-

I.- COMUNES RAÍCES HISTÓRICAS

En nuestra América *las raíces históricas iberoamericanas* se remontan al periodo de la unificación de la península ibérica en la monarquía, período 1580/1640, época de Felipe II, la monarquía universal “*donde no se ponía el sol*”.- Por ello al producirse el Encuentro y Acuerdo de los Presidentes Alfonsín-Sarney (1985 /1986) hizo reflexionar y decir al intelectual, historiador y pensador oriental Prof. *Alberto Methol Ferre*, que “*Las raíces y el futuro se reencuentran*”.

Destacamos que en la América del Sur, hay dos regiones que reconocen los orígenes históricos del ayer: la Hispanoamericana y la lusitana.- Hoy Hispanoamérica se traduce en nueve países, como consecuencia de la fragmentación, las luchas fratricidas y la imposibilidad de construir la Patria soñada por los

Libertadores de la época de la Independencia. La región de origen lusitano, hoy Brasil, evolucionó salvando la integridad de su territorio y la continuidad del Estado, transitando desde la Monarquía, al Imperio y posteriormente a la República, sin las guerras civiles que desangraron a la región hispanoamericana.

En el siglo XIX intelectuales y pensadores abrieron camino e hicieron su valioso aporte para la integración cultural.: Andrés Bello, José M. Torres Caicedo y Joaquín Pedro Oliveira Martins. El primero en el tiempo, **Andrés Bello** (1781- 1865) una las figuras mas importantes de la cultura americana, en 1823, declaraba la Independencia cultural de América. Así lo consideró Pedro Henríquez Ureña, cuando Bello escribió “Silva a la Agricultura de la.zona tórrida “, conocida como “Alocución a la poesía “.Fue escrita en Londres en 1823,antes de las batallas de Junín y Ayacucho, cuando aun estaba inconclusa la independencia hispanoamericana.- (1)

A mediados del siglo XIX, *el abogado y diplomático colombiano, José María Torres Caicedo (1830-1889)* impulso en Paris el desarrollo de un movimiento que sobre la base del hispanoamericanismo y la federación sugerida por Bolívar, extendiera su radio de acción a las áreas latinas, incluyendo a Brasil y a Haití.- (2)

Antes de finalizar el siglo XIX, *el pensador portugués, historiador y político, Joaquín Pedro Oliveira Martins (1845- 1895)* propició en el Cuarto Centenario del Descubrimiento de América “recuperar la unidad histórico cultural de América Latina.”. Fue decisiva la influencia de su “Historia de la civilización Ibérica”(1879) en la generación española del 98,(3).

Para concluir con los pensadores del siglo XIX, no podemos dejar de mencionar a **Juan Bautista Alberdi**, inspirador de la Constitución Nacional de Argentina (1853) Asimismo recordamos al escritor y diplomático brasileño **Joaquín Nabuco de Araujo** (1849-1910),gran luchador contra la esclavitud en su país donde publico su libro “Abolicionismo” (1883).

Durante el siglo XX, el aporte de ideas y el consiguiente movimiento cultural ha sido enorme e ininterrumpido.Desde los albores del siglo los poetas y escritores de la “**generación del 900**” liderados por **Rubén Darío** comienzan a replantearse la búsqueda de la antigua unidad.- Y aparece el “**Ariel** “ de **José Enrique Rodó**, libro fundamental y su autor se convierte en uno de los mas importantes inspiradores de Manuel Ugarte. La extraordinaria obra intelectual, literaria y política y el accionar de Manuel Ugarte (1878-1951), recorriendo América y Europa, lo convierten en apasionado movilizador de la “Patria Grande” (4).

(1) **Henríquez Ureña, Pedro**. Historia de la cultura en la América Hispánica. Fondo de Cultura Económica, 7 edición,1974.-Este intelectual dominicano, fue profesor durante muchos años enseñando y formando a varias generaciones, en la Universidad Nacional de La Plata.-

(2) **Torres Caicedo, José María** – lanzo el nombre de “*Latinoamérica* “ en un poema que tituló “Las Dos Américas” (1857). En el mismo propuso la integración:...” *mas aislados se encuentran, desunidos/ estos pueblos nacidos para aliarse/ La unión es su deber; su deber amarse;/ igual origen tienen y misión* “Posteriormente en su libro “Unión Latino Americana. Pensamiento de Bolívar para formar una liga Americana; su origen y sus desarrollos (1865) incluyó varias propuestas, entre otras ; crear una gran Confederación, reunir anualmente una dieta Latinoamericana, la creación de un Zollverein mas liberal que el alemán

(3) **La generación española del 98** integrada entre otros por Unamuno, Valera, Baroja, Valle Inclan, Castelar.El movimiento iniciado se conoció como el “Iberismo”.Al decir de **Alberto Methol Ferre**, esos intelectuales representan la culminación del Iberismo decimonónico: *el intento de restablecer la alianza entre España y Portugal*. –El pensador portugués **Joaquín Pedro Oliveira Martins** escribió sobre el particular: “ *No hay dos historias de Portugal y España, sino que hay dos polos de la misma historia*”, y...” *Portugal y Castilla son dos polos de una sola historia* “

(4) **Ugarte, Manuel Baldomero** Ensayista, poeta, brillante intelectual polifacético, político, diplomático, fue autor de la feliz expresión “ **Patria Grande** “ en un libro del año 1922, que lleva ese mismo nombre.- Socialista que se alejo de su partido.- Se recuerda su triunfal gira por América latina, por dos años, para esclarecer la realidad de vasallaje y aislamiento.- Media parte de su vida trascurrió en Paris, llegando a ser cónsul de Bolivia en Niza. Escribió mas de 40 libros.- En Europa fue co-director de la Revista “Monde” junto a Miguel de Unamuno, Máximo Gorki, Henri Barbuse y Upton Sinclair.- Propuesto para Premio Nacional de Literatura, debió luchar contra la incomprensión en su patria.- Fueron sus compañeros en el sueño de la unidad latinoamericana, entre otros: Alfredo Palacios, José Ingenieros, Rufino Blanco Fombona, José Vasconcelos, Eugenio María de Hostos, José Enrique Rodó. En su libro “*La Reconstrucción de Hispanoamérica* “ manifestó que “ *Ha llegado la hora de realizar la segunda independencia.Nuestra América debe cesar de ser rica para los demás y pobre para si misma* “. -

El concepto de *Patria Grande* (de Ugarte) es coincidente con el de “*Pueblo Continente*” (de Antenor Orrego), de “*Indoamérica*” (de Víctor R. Haya de la Torre), de “*Nuestra América*” (de José Martí). Todos a su vez se relacionan en la “Utopía Americana” al brillante maestro dominicano Pedro Henríquez Ureña.-

Como movimiento cultural de enorme difusión en toda Hispanoamérica, debe mencionarse los movimientos estudiantiles derivados de la **Reforma Universitaria de 1918** que, desde Córdoba, Argentina, extendieron los reclamos en los países de la región. Difundiendo el vibrante manifiesto liminar, de alto contenido ético, las movilizaciones se reprodujeron por todas las Universidades públicas de América. El movimiento estudiantil contó con el apoyo del gobierno popular de Hipólito Irigoyen, y se organizaron los Centros y Federaciones de estudiantes. Para la difusión y extensión por Latinoamérica, fueron sus abanderados y difusores, entre otros, Manuel Ugarte, Alfredo Palacios, José Ingenieros, y entre los jóvenes estudiantes Deodoro Roca, Saúl Taborda, Gabriel del Mazo.- De ese movimiento surge en Perú el APRA (Alianza Popular Revolucionaria Americana), bajo el liderazgo del entonces joven estudiante Víctor Raúl Haya de la Torre, que con los años tendrá una enorme influencia este movimiento político en nuestra Latinoamérica.-

Durante las décadas siguientes numerosos intelectuales, voceros de la “Utopía integracionista” que se fueron sucediendo en los países de la América Sureña.- Literatos y Antropólogos bucean en la sociedad y en la identidad cultural. En el Brasil contemporáneo hay obras fundamentales para entender el proceso cultural. Citaremos solo tres: -aparecidos en la tercera y cuarta década-. Son ellos: “*Caza grande e senzada*” (1933) de **Gilberto Freyre**(1900-1987); “*Raíces do Brasil*” (1936) de **Sergio Buarque de Holanda** (1902- 1982), y “*Formação do Brasil contemporâneo*” (1942) de **Caio Prado Junior**.- En los últimos años se destaca la obra del sociólogo y antropólogo **Darcy Ribeiro**. En su obra “*La cultura Latinoamericana*” se interrogaba sobre la identidad de nuestra América. Dice allí que “*lo que sobresale en el mundo latinoamericano es la unidad del producto resultante de la expansión ibérica*”.-

II.- OLEADAS INTEGRACIONISTAS.-

Hasta aquí una breve e incompleta referencia de las raíces histórico culturales que algunos pensadores, poetas, literatos, antropólogos, políticos, sociólogos han escrito sobre nuestra América. Quedaron sin mencionar los antecedentes del pensamiento integracionista latinoamericano en otras diversas variantes (económicas, sociales, políticas) donde entrarían, entre otros muchos, el primer ABC, el segundo ABC promovido por Juan Perón, las ideas y acciones promovidas por la CEPAL, los hechos y movimientos revolucionarios de México, el CARICOM, las Conferencias Episcopales Latinoamericanas (CELAM).-

En los últimos 60 años se suceden movimientos y acciones. Así mencionamos:

LA ALAC (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio) fue creada en Montevideo (1960) y su objetivo era la instalación de una zona continental de fluido intercambio interregional. Tarea llevada a cabo por funcionarios que tuvo alcances parciales, pero no consiguió un esquema institucional adoptada por todos los países.

Veinte años después (1980) un nuevo Tratado de Montevideo transforma la ALAC en la ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración), con objetivos más amplios y más flexibles. Esta Institución con sede en Montevideo ha acumulado una importante experiencia en materia de regímenes aduaneros e intercambio comercial. Tiene una importante información y acuerdos, entre otros temas, sobre promoción de inversiones, integración física, cooperación energética, transporte, comunicaciones, preservación del ambiente, seguridad de personas y bienes.-

En el marco de la Integración, el Acuerdo de Cartagena conocido como Pacto Andino (1969) que diera lugar a la Comunidad Andina de Naciones (CAN) integrada inicialmente por: Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Chile, se propuso favorecer los intercambios comerciales, como la cooperación interestatal, con niveles institucionales supranacionales.-En 1973 se adhirió Venezuela, que hace pocos años se retiró para solicitar su ingreso al Mercosur. En 1976, Chile se retiró del Acuerdo.-

En 1969, se firmó el Tratado de la Cuenca del Plata entre Argentina, Bolivia, Brasil,

Paraguay y Uruguay, antecedente importante del Mercosur.

En 1975 se conforma un Acuerdo más amplio como el Sistema Económico Latinoamericano (SELA) integrado por 28 países de América Latina y el Caribe, creado el 17 de octubre de 1975 mediante el Convenio Constitutivo de Panamá, organismo intergubernamental con sede en Caracas, constituye un antecedente importante de la reciente Cumbre de América Latina y el Caribe de Febrero 2010.-

III- Surgimiento del MERCOSUR (1985 / 1991) -

1.-A mediados de la década de los Años 80, en el marco de las Instituciones democráticas recuperadas en ambos países, y la visión estratégica y pacifista de sus presidentes se produce el Encuentro y el Acuerdo Alfonsín - Sarney (Acta de Iguazú, Noviembre 1985). Con ese Acuerdo histórico de Argentina y Brasil, y comenzaba a cambiar la historia en la América del Sur. Así lo caracterizo el pensador e intelectual oriental *Prof. Alberto Mehol Ferre* uno de los intelectuales más prestigiosos del Uruguay, agregando que “*las raíces y el futuro se reencuentran*”.- (*Las Raíces* en clara referencia. Al periodo 1580/1640 de unificación de la península ibérica y de su monarquía)

El entendimiento de los dos países más grandes de la América del Sur, significó un paso fundamental, se desarmaron las hipótesis de conflicto, se afianzó la relación política de confianza entre los dirigentes políticos de ambos países, y se constituyó en el eje de la construcción de la integración en el cono sur.-

2.-Los Presidentes de Argentina (Alfonsín) y Brasil(Sarney), después del entendimiento formalizado en el Acta de Iguazú, suscriben el “*Acta para la Integración Argentino-Brasileña* “(29.07.86), estableciéndose un *Programa de Integración y Cooperación Económica* “ (**PICE**) a través de sucesivos Protocolos sectoriales de enorme importancia, que se fueron suscribiendo (Bienes de capital, Empresas Binacionales Energía, biotecnología, Transporte terrestre y marítimo, comunicaciones, Cooperación nuclear, etc.) y que llegaron a formalizarse 24 protocolos suscriptos en progresivos acuerdos y negociaciones.

Este entendimiento bilateral tuvo su marco jurídico en el *Tratado de Integración, Cooperación y desarrollo* suscripto el 29 de noviembre de 1988.

El objetivo era consolidar el proceso de integración, constituyendo ambos países un espacio común y aplicando decisiones de acuerdo a los principios de gradualidad, flexibilidad, equilibrio y simetría, a efectos de permitir la adaptación progresiva de los habitantes y de las empresas de cada estado. Se decidió la remoción gradual de obstáculos tarifarios y no tarifarios al comercio de bienes y servicios en un lapso no mayor de 10 años, a través de negociación de protocolos adicionales y asimismo armonización de políticas.

El proceso de Integración Argentino-Brasileño tuvo importantes definiciones y consecuencias políticas, económicas, sociales y culturales.

Se propuso la coordinación de esfuerzos para revitalizar políticas de integración ante la urgente necesidad de reforzar el poder de negociación con el resto del mundo. Se aplicaran los principios de gradualidad, flexibilidad, equilibrio y simetría. La sola mención de alguno de los protocolos suscritos da una pauta de su importancia: Bienes de Capital, Energía, Biotecnología, Cooperación nuclear, transporte, comunicaciones, asuntos fronterizos, Empresas Binacionales, etc.

La idea original estratégica en los acuerdos bilaterales Argentina Brasil, enseña el Prof. Aldo Ferrer, la idea fundamental era ir avanzando en la integración en los sectores fundamentales de una manera equilibrada. Un ejemplo paradigmático fue el de los bienes de capital, se resolvió liberar el intercambio de bienes de capital y establecer un desarrollo equilibrado en un área que es representativa de la frontera del desarrollo moderno, porque los bienes de capital incorporan la electrónica, la metalmecánica y otra serie de cosas aparte de incorporar la tecnología, la tecnología se incorpora en maquinas y consecuentemente, los bienes de capital son las correas de transmisión de gran parte del cambio tecnológico.

Reiteramos, la idea era que se iba a avanzar con un equilibrio en el intercambio de bienes en lo que se llama una *especialización intraindustrial*. La idea avanzar conjuntamente con políticas fuertes de desarrollo en sectores básicos y especializarnos en ciertos productos y en ciertas partes en los dos países,

pero avanzar juntos, ya que una de las características del comercio internacional moderno es que se produce esta especialización intraindustrial. En materia de bienes de capital, por ejemplo, el país produce ciertos tornos, el otro país produce otra cosa distinta, otros bienes diferentes, bienes de capital por encargo, seriadados. Esto da lugar –señala el Prof. Aldo Ferrer- a una integración de los tejidos productivos que permite un intercambio de un enorme dinamismo.

4.- A partir del Entendimiento bilateral se va evolucionando hasta que en el año 1990, asumen los nuevos presidentes Carlos Menem y Fernando Collor de Mello y se decide un brusco cambio metodológico en el proceso de integración. Los países Paraguay y Uruguay manifiestan su interés en sumarse a la iniciativa de conformar un mercado común. El 26 de marzo de 1991 se suscribe el Tratado de Asunción y nace formalmente el Mercosur.- Ratificado por los cuatro países entro en vigencia el 29 de noviembre de 1991. En la Argentina por la Ley 23.981 (BO.12.09.91)

En el proceso de Integración Mercosur (durante la década años 90 fundamentalmente) se cambia la metodología, como así los plazos y conceptos.

El acceso a la presidencia de Carlos Menem y de Fernando Collor de Mello, fue contemporánea con la aplicación en Latinoamérica del “*Consenso de Washington*” durante los Años 90, recetas a las que ambos presidentes adherían, incondicionalmente y se materializó en darle una impronta comercial al proceso de integración. Se fijó un plazo muy breve (Vto.31.12.2004) para poner en marcha el Mercado Común.– El eje fundamental fue el Programa de Liberación Comercial, con desgravaciones lineales y automáticas cada seis meses. Se abandonaron los principios de gradualidad, equilibrio y simetría del proceso de integración binacional. Se cambió la estrategia de la integración sectorial por la desgravación lineal de todo el comercio. Y esto determinaba que las fuerzas del mercado dejaban de ser orientadas a partir de las políticas sectoriales. En ese contexto, las asimetrías de políticas se hacen mucho más evidentes. Así lo señala Aldo Ferrer (El Mercosur en un Mundo Global, Año 1996)

5.-El Tratado de Asunción establece que se decide constituir un mercado común que deberá estar conformado al 31 diciembre 1994 y que se denominara “*Mercado Común del Sur*”. Hasta esa fecha se establece el período de transición que es objeto de una regulación prioritaria. Se establece una estructura orgánica, una vigencia indefinida, y normas sobre adhesión y denuncia.

El Protocolo de Ouro Preto (17.12.1994), adicional al Tratado de Asunción formaliza una estructura institucional más desarrollada, que se compadece con la Unión Aduanera que comenzaba el 1 de enero de 1995, y además le confería al MERCOSUR la personería jurídica.- Tiempo después con la crisis en el Mercosur (Años 1999 en Brasil y 2001/2002 en Argentina) se volvió a pensar en volver a revalorizar las ideas y metodología de esa integración binacional de los años 80. Los actores y agentes económicos que protagonizaron acuerdos en los Años 80, plantearon volver a las fuentes. Había que superar las asimetrías entre los Estados partes, aspiración fundamental para Paraguay y Uruguay.- Fue surgiendo la temática de la integración Social y Productiva y los movimientos de la sociedad civil comenzaron a marcar la agenda del Mercosur Institucional. La Cumbre de Córdoba (Julio 2006) y el comunicado Conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del Mercosur recoge las recomendaciones del Encuentro por un Mercosur Productivo y Social e instruye a los Ministros de las áreas vinculadas con la producción a definir pautas que conformaran el Plan de Desarrollo e Integración Productiva Regional, ratificada en la Cumbre de Montevideo en diciembre 2007. Así, en los últimos años se crean los Foros y los Fondos para superar el estancamiento y avanzar en la elaboración de un Programa de Integración Productiva, articulando cuatro sectores (Productivo, Público, Científico-Tecnológico y Financiero). El objetivo insertar a las PYMES productivas en la región y fomentar su asociación con otras de los países vecinos, corregir las asimetrías nacionales y regionales y abrir espacios de rentabilidad. (5)

(5) El Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto pueden consultarse en el sitio

Web del Mercosur institucional. www.mercosur.org.uy o en el sitio del Colegio de Abogados de San Isidro (Instituto Interdisciplinario del Mercosur): www.casi.com.ar

V. DESDE EL MERCOSUR HASTA LA UNASUR.- CONCLUSIONES -

En el año 2000 (31.08 y 1.09) se concretó en Brasilia, la Primera Reunión de presidentes de los países de América del Sur, convocada por Fernando Enrique Cardoso y que se conoce como iniciativa IRSA (Infraestructura para la Unidad), con un plan de acción del BID (Bco Interamericano de Desarrollo), con apoyo técnico y financiero de la CAF (Corporación Andina de Fomento) y FONPLATA (Fondo Financiero para Desarrollo de Cuenca del Plata.)- Fueron los primeros pasos hacia la concreción cuatro años después de la Comunidad Sudamericana de Naciones

La Declaración de Cuzco (8 diciembre de 2004) en ocasión de la celebración de los 180 años de las gestas libertarias de Junín y Ayacucho y de la convocatoria al Congreso Anfictiónico de Panamá, siguiendo el ejemplo del libertador Simón Bolívar, el Mariscal de Ayacucho Antonio José de Sucre y el Libertador José de San Martín, conforma la Comunidad Sudamericana de Naciones. Se dan los primeros pasos para la comunicación regional, con la creación de Telesur, el canal Integración en Brasil, y se trataba de avanzar en la convergencia entre los dos procesos de integración: la CAN y el MERCOSUR.. El espacio de la América del Sur por su potencial en recursos naturales estratégicos se constituye en un bloque que se configura la cuarta economía mundial.(6)

Posteriormente, en la Isla Margarita, Venezuela se celebra la Cumbre Energética Suramericana (Abril 2007), donde después del tratamiento de temas específicos de la convocatoria se decidió avanzar en el proceso de integración y gestar la conformación de la Unión de Naciones Suramericanas.

Nos aproximamos, de esa manera, “*la Nación de Repúblicas* “ con la que soñaba Bolívar hace casi 200 años.

La concreción formal de UNASUR se produce en Brasilia, el 23 de Mayo de 2008. Allí doce países de la América del Sur, inspiradas en las Declaraciones de Cusco (8,12.04), Brasilia (30.09.05) y Cochabamba (9.12.06) Suscriben el Tratado Constitutivo de la UNION de NACIONES SURAMERICANAS.(UNASUR). La Organización creada es dotada de personalidad jurídica internacional, (Art.1) y tiene como objetivo construir de manera participativa y consensuada un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al dialogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados (Art.2).Sus órganos son: Consejo de Jefas y jefes de Estado y de Gobierno; El Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, el Consejo de Delegadas y Delegados: la Secretaría General. (Art.4) Se establecen además objetivos específicos (Art.3) y el desarrollo de la Institucionalidad (Art.5) Se establece que el Consejo Energético de Sudamérica, creado en la Declaración de la Isla Margarita((17.04.07) forma parte de UNASUR y además que la Presidencia Pro tempore será ejercida sucesivamente por cada uno de los Estados miembros, en orden alfabético, por períodos anuales estableciéndose sus atribuciones (Art.7) La Secretaria General de UNASUR que ejecuta los mandatos que le confieren los órganos, tiene su sede en Quito, Ecuador.- Se establecen las fuentes jurídicas de la organización (art.11), la aprobación de la normativa que se adopta por consenso (Art. 12), la adopción de políticas y creación de Instituciones, organizaciones y Programas (Art.13), el dialogo político (Art.14), las relaciones con terceros (Art.15), el financiamiento (Art.16), el Parlamento con sede en la ciudad de Cochabamba, Bolivia, que será materia de un Protocolo Adicional (Art. 17), la participación ciudadana (Art.18), los Estados Asociados, que serán objeto de reglamentación (Art.19), Adhesión de nuevos miembros, a partir del quinto año (Art.20), la solución de diferencias (Art.21), las Inmunidades y Privilegios (Art.22), los Idiomas oficiales (el Castellano, el inglés, el portugués y el neerlandés –Art.23),

(6) COMUNIDAD SUDAMERICANA de NACIONES – Su configuración, documentos y detalles de los países integrantes, puede consultarse en la obra de Eduardo Duhalde.“Comunidad Sudamericana Logros y Desafíos de la Integración ” (Editorial Planeta, Bs As, Año 2006)

la duración indefinida y la denuncia (Art.24), las Enmiendas (Art.25), la entrada en vigor (Art.26), el registro (Art.27) y un Artículo transitorio. (7)

UNASUR avanza en la construcción de soberanía regional. Teniendo en cuenta la importancia cada vez más creciente de los recursos naturales estratégicos de la América del Sur y el deseo de apropiación de las potencias centrales. (Amazonía, biodiversidad, Acuífero Guaraní, Petróleo, etc.) al mismo tiempo que se ponía en marcha la IV Flota norteamericana y se establecían las bases militares en Colombia, Brasil propuso que se creara el Consejo de Defensa Regional, como foro de discusión y sincronización de políticas de defensa.- Surge en la América Sureña la concepción de la Defensa de los Recursos naturales estratégicos, como hipótesis de conflictos.-

Recientemente, la Cumbre de Presidentes reunida el 28 de agosto de 2009, en la ciudad de Bariloche, Argentina dio mandato a los Ministros de Relaciones Exteriores y de Defensa de la UNASUR para que establezcan mecanismos de Medidas de Fomento a la Confianza y Seguridad incluyendo medidas de implementación y garantías.

Así se realizó la II REUNIÓN EXTRAORDINARIA de MINISTROS de RELACIONES EXTERIORES y de DEFENSA de la UNASUR, en Quito, Ecuador, en fechas 15 de septiembre y 27 de noviembre de 2009. Se efectuó la descripción de las medidas de fomento de la confianza. Se incluyeron: el intercambio de información transparencia (sistemas de defensa y gastos de defensa), las actividades militares intra y extra regionales, medidas en el ámbito de la seguridad, Garantías, Cumplimiento y Verificación.- Asimismo se consideró el problema de las drogas promoviendo y verificando la cooperación de los países miembros de Unasur en la lucha contra el tráfico de estupefacientes o drogas ilícitas. Se Resolvió que los órganos encargados de garantizar la efectiva materialización de las medidas consensuadas en el documento suscripto por los Ministros, serán el CONSEJO de DEFENSA SURAMERICANO, el CONSEJO de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, el CONSEJO SURAMERICANO de LUCHA CONTRA EL NARCOTRÁFICO, de acuerdo a sus respectivas competencias.- En las reuniones se recibieron propuestas elevadas por Perú, Chile y Ecuador y acordaron encargar al CONSEJO DE DEFENSA SURAMERICANO elabore un Protocolo de PAZ, SEGURIDAD y COOPERACIÓN en la UNASUR.(8)

Un destacado historiador económico de la UBA, el profesor Mario Rapoport ha escrito sobre “ UNASUR, CONTRACARA DEL PANAMERICANISMO ” caracterizando a la nueva organización (9)

CONCLUSIONES – La expansión del proceso de Integración a comienzos del año 2010, tuvo en la Cumbre de la unidad de Presidentes y Gobiernos de América Latina y el Caribe (Rivera Maya, México) su expresión más contundente, decidiéndose concebir y conformar un organismo regional que los agrupe para la consideración y resolución de sus propios problemas comunes, sin la participación de EE UU y Canadá, al margen de la OEA.(22 y 23 Febrero 2010).- Allí se decidió que un grupo de trabajo elaboraría los documentos fundacionales, con la propuesta del nombre, los principios, los objetivos y los procedimientos para la próxima reunión Cumbre a celebrarse en Venezuela, en Julio 2011.

Asimismo la reunión dio un contundente respaldo a la Argentina por el inicio de la explotación petrolera en Malvinas impulsada por Gran Bretaña, en la zona que integra la disputa de soberanía.-

El nuevo organismo que nace es la decisión política de 32 países de la América Latina y el Caribe,

(7) UNASUR– El Tratado constitutivo puede consultarse en el sitio Web de la Cancillería de Brasil: www.mre.gov.br/portugues/imprenta/nota_detalhe3.asp?IDrelease=5466

(8) (9) ver www.amersur.org.ar -sitio web de AMERSUR –Asociación civil donde se encuentran publicados los detalles de la Resolución de la II Reunión Extraordinaria de Ministros de Relaciones Exteriores y de Defensa de la UNASUR.- y el artículo del Prof. Mario Rapoport, economista e investigador superior del Conicet, titulado “ UNASUR, CONTRACARA DEL PANAMERICANISMO “.-

de concretar la integración de todos los Estados Latinoamericanos y Caribeños. Sin nombre aún para darle identidad al organismo, el periodismo comienza a hablar de Comunidad de Naciones de América Latina y el Caribe. (CALC).

ASÍ, AVANZA LA INTEGRACIÓN

EL PARLAMENTO DEL MERCOSUR, LA REPRESENTACIÓN DE SUS CIUDADANOS Y SU ROL EN LA CREACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA MERCOSUREÑA: ¿ÓRGANO VIRTUAL O VERDADERO ÓRGANO PARLAMENTARIO REPRESENTATIVO CREADOR DE NORMAS JURÍDICAS?

Dr. **FERNANDO SOUSTIEL**
COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO

PRÓLOGO

El objeto de la presentación de la citada ponencia apunta a brindar un marco general sobre el Parlamento del Mercosur (en adelante: Parlamento del Mercosur, Parlasur o simplemente “Parlamento”) que constituye el órgano natural de representación de los ciudadanos de los Estados Partes del Mercosur. Dicha institución, representa en la actualidad a más de trescientos millones de personas.

En mi ensayo, invocaré varios temas debiendo desarrollar los mismos de una manera sucinta dadas las instrucciones recibidas. Se analizarán: el aspecto administrativo del Parlamento, sus parlamentarios, la cuestión de su elección directa por sufragio universal en los respectivos países, el derecho del Mercosur, los actos y decisiones del Parlasur. Por último, presentaré unas breves conclusiones tendientes a contribuir a la reflexión jurídica y pluridisciplinaria sobre el tema centro del análisis.

INTRODUCCIÓN

El Parlamento del Mercosur constituye en la actualidad el componente parlamentario del Mercosur. Este órgano, tiene por vocación natural la representación de los ciudadanos del Mercosur y no es, aunque su denominación pueda dar lugar a equívocos, un parlamento tradicional.

Los parlamentos de “vocación regional” no constituyen ni una instancia legislativa alternativa a los parlamentos nacionales; ni una fuente independiente creadora de normas jurídicas que pueda ser directamente aplicada en las jurisdicciones de los países miembros del bloque regional concernido. Estos parlamentos o asambleas pueden contribuir al formado de la normativa comunitaria pero no a la creación directa de normas legales de carácter obligatorio, ni para los estados, ni para sus ciudadanos. Es digno de mención que siquiera el Parlamento Europeo ¹ creado hace más de cincuenta años, y a mi juicio considerado desde el punto de vista institucional, la experiencia parlamentaria de vocación regional más avanzada, detiene la facultad de crear por sí sólo normativa comunitaria, supranacional, y de aplicación directa².

La veta legislativa de la integración está contemplada en casi todos los procesos de integración regional que actualmente se han conformado en el mundo. En la actualidad, hay denunciados ante la Organización Mundial del Comercio decenas de bloques regionales en diversos grados de maduración y evolución. Si bien, se apunta a consolidar la integración económica -a través de por ejemplo concesiones

¹ Su sede se encuentra en las ciudades de Estrasburgo (Francia) y Bruselas (Bélgica), cuyos Parlamentarios representan a los 27 países miembros de la Unión Europea.

² Mismo si sus facultades con el paso de los años y constitución de nuevos tratados -luego de la CECA, los Tratados Roma, diversos acuerdos atribuyendo competencias de contenido presupuestarias, el Acta Única, tratados de. Maastricht, Ámsterdam, Niza y Lisboa- se han incrementado notablemente y el rol que ocupa en los diversos procesos de formación de normativa comunitaria es decisivo.

arancelarias recíprocas- el contenido político no es ajeno y muchos de esos bloques poseen un componente parlamentario³ bajo la forma de Parlamento o Asamblea.

El Tratado de Asunción -elemento jurídico constitutivo del Mercosur- previó la creación de una Comisión Parlamentaria Conjunta (en adelante: CPC ó Comisión Parlamentaria) integrada por parlamentarios de los cuatro países miembros. En el tratado,⁴ se estipula que el objeto perseguido por la CPC sería: *“la facilitación para el avance hacia la conformación del Mercado Común”*. Se involucra de esta manera indirectamente a la sociedad a través de sus representantes en un bloque de tinte netamente intergubernamental.

Posteriormente, con la entrada en vigencia del Protocolo de Ouro Preto, se establece⁵ que la Comisión Parlamentaria sería el órgano representativo de los Parlamentos de los Estados Partes (en adelante Estados Partes ó E.P) en el ámbito del Mercosur, debiendo estar integrada por igual número de parlamentarios representantes de los E.P y cuyos miembros serán designados por los respectivos Parlamentos nacionales de acuerdo con sus procedimientos internos. El rol de la CPC consistiría en la rápida entrada en vigencia de las normas emanadas por los órganos del Mercosur que tienen capacidad decisoria⁶ -Consejo del Mercado Común (en adelante: Consejo o CMC), Grupo del Mercado Común (en adelante Grupo o GMC) y Comisión de Comercio del Mercosur (en adelante Comisión o CCM)- debiendo coadyuvar en la armonización de legislaciones. Asimismo, se estipuló que el CMC solicitará a la CPC el examen de “temas prioritarios”. De esta forma, los representantes de los ciudadanos electos por sufragio directo podrán examinar temas de importancia dentro de un bloque de estructura netamente intergubernamental.

Desde la firma del Tratado de Asunción, el trabajo de la CPC fue dependiendo del momento político en cada país miembro. Si bien, su trabajo ha tenido altibajos, nunca ha sido interrumpido. Desde 1991, y hasta su desarticulación varios años más tarde -con la puesta en funcionamiento de su sucesor el Parlasur⁷- la Comisión Parlamentaria adoptó: su propio reglamento, decisiones y declaraciones⁸, constituyó Grupos Ad hoc, puso en funciones una mesa ejecutiva, realizó reuniones regulares, organizó seminarios, se generaron contactos con otros bloques o parlamentos regionales y se avanzó a través de agendas en las negociaciones hacia la constitución de un parlamento para el Mercosur canalizadas por intermedio de propuestas provenientes de los países miembros. Asimismo, se creó un Grupo Técnico de Alto nivel.

³ Parlamentos regionales en América Latina: Parlamento de la Comunidad Andina de Naciones (Parlamento de la CAN), Parlamento Centroamericano (PARLAGEN), Parlamento Latinoamericano (Parlatino), proyecto de Asamblea Parlamentaria de la Unión Sudamericana de Naciones (UNASUR), Parlamento Amazónico, Parlamento Indígena de las Américas (P.I.A). Otros ejemplos de integración parlamentaria en el mundo: a) Primeras experiencias institucionales: Unión Interparlamentaria y Asociación Parlamentaria del Commonwealth. b) Instituciones Post guerra: Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Consejo Nórdico, Parlamento del BENELUX. c) Las instituciones parlamentarias dentro de los bloques regionales: Asamblea Parlamentaria de la Francofonía, Unión Interparlamentaria Árabe, Asamblea Interparlamentaria de la ASEAN, Asociación de legislaturas de las Islas del Pacífico, Consejo Consultativo de la Unión del Magreb. d) Integración parlamentaria luego de la caída del muro de Berlín: Asamblea Parlamentaria de la Organización para la seguridad y cooperación en Europa: Conferencia Parlamentaria del mar Báltico, Dimensión Parlamentaria de la iniciativa Central Europea, Asamblea Interparlamentaria de los estados independientes de la Commonwealth., Asamblea Parlamentaria del Mar Negro, Foro Parlamentario de Asia y pacífico, Asamblea Interparlamentaria ortodoxa, Comité de Parlamentos de la región Ártica, Foro Parlamentario de la Comunidad del sudeste africano para el desarrollo, Asamblea interparlamentaria de la Comunidad Económica de Eurasia, Asamblea Legislativa del este africano, Parlamento ECOWAS, Asamblea Parlamentaria Euro Mediterránea, Parlamento Panafricano, Asamblea Parlamentaria del Mediterráneo.

⁴ Artículo 24 del Tratado de Asunción.

⁵ En la sección IV, titulada de la “Comisión Parlamentaria Conjunta”, artículos 22 a 27.

⁶ La cuestión de la normativa emanada por los órganos del Mercosur con capacidad decisoria, así como, la internalización de dichas normas a los respectivos ordenamientos nacionales de los países miembros será analizada posteriormente.

⁷ El Parlamento tuvo su primera sesión ordinaria en mayo de 2007 en la ciudad de Montevideo^{viii}.

⁸ Las decisiones o declaraciones de la CPC no eran consideradas como normativa obligatoria del Mercosur, dado que, la Comisión Parlamentaria Conjunta no era un órgano de capacidad decisoria dentro de la intergubernamental estructura del Mercosur.

He dividido la presente ponencia en dos partes: en la primera, describiré las atribuciones actuales del Parlamento, su organización administrativa y haré una especial referencia a los parlamentarios actuales y futuros del Parlasur, así como, su forma de elección a mediano plazo; en la segunda parte, me abocaré a la descripción de la normativa del Mercosur en general y la normativa Parlasur en especial, para así, analizar si tiene el Parlamento incidencia -y en caso afirmativo de que manera- en el dictado de la normativa mercosureña.

PRIMERA PARTE: EL PARLAMENTO, LOS PARLAMENTARIOS Y SUS CIUDADANOS.

A) EL PARLAMENTO POR DENTRO.

El Parlamento del Mercosur⁹ es un órgano unicameral que se reúne mensualmente en sesiones ordinarias -pudiendo ser convocado a reuniones extraordinarias¹⁰- en la ciudad de Montevideo¹¹. En dicha ciudad, permanece su personal administrativo. El Parlamento cuenta con una Mesa Directiva¹² compuesta por un Presidente, y un Vicepresidente -la cual es asistida por un Secretario Parlamentario y un Secretario Administrativo-. Asimismo, cada país tiene una unidad de enlace con el Parlasur¹³. Hasta el día de la fecha, se han realizado XXII sesiones plenarias¹⁴. En cada sesión, los parlamentarios se reúnen, participan en trabajos de comisiones -sean permanentes¹⁵, o temporales, especiales o de delegación externa- deliberan y votan.

⁹ www.parlamentodelmercosur.org

¹⁰ A pedido de parlamentarios o del Consejo, -art 17 del Protocolo del Parlasur.

¹¹ Las sesiones se desarrollan físicamente en una sala dentro de la sede del edificio Mercosur en la calle Luis Piera 1992, Montevideo. Varias reuniones del Parlamento se han desarrollado en otras ciudades en coincidencia con las reuniones ordinarias del Consejo del Mercado Común.

¹² Encargada de la conducción de los trabajos legislativos y de sus servicios administrativos, art 16 del protocolo del Parlasur.

¹³ Unidad de enlace con el Parlamento del Mercosur de H. Cámara de Diputados de la Nación: www.diputadosmercosur.gov.ar

¹⁴ Al 8 de marzo del 2010.

¹⁵ Las comisiones permanentes son: **Asuntos Jurídicos e Institucionales** (le competen los temas: armonización de la legislación de los Estados Partes, aspectos constitucionales, reglamentarios y de técnica legislativa, incorporación de normas, órganos del Mercosur, consultas y cooperación con el Tribunal Permanente de Revisión, materias de naturaleza civil y criminal, interpretación y reforma del Reglamento, peticiones, redacción y estilo de los actos del Parlamento); **Asuntos Económicos, Financieros, Comerciales, Fiscales y Monetarios** (le competen los temas: coordinación macroeconómica, industria, servicios, comercio y acceso a mercados, regímenes especiales de importación y exportación, defensa de la competencia y salvaguardas, cuestiones aduaneras, del Arancel Externo Común y circulación de mercaderías, asuntos: monetarios, cambiarios, de seguros y de transferencias de valores, sistema financiero y bancario, fomento de las pequeñas y medianas empresas industriales.); **Asuntos Internacionales, Interregionales y de Planeamiento Estratégico** (le competen los temas: relaciones exteriores con terceros Estados, organizaciones internacionales o bloques, relaciones con Estados en proceso de adhesión o asociados, cooperación internacional, derecho Internacional y derecho del Mercosur, políticas de integración y equilibrio regional); **Educación, Cultura, Ciencia, Tecnología y Deporte** (le competen los temas: integración educativa, contribuir a la armonización de currículos y reconocimiento de títulos y diplomas, cuestiones lingüísticas, fomento a la cultura e identidad cultural del Mercosur, preservación del patrimonio histórico, cultural, geográfico, arqueológico, artístico y científico, protección de la propiedad intelectual, derechos de autor y conexos, acuerdos culturales, fechas de alta significación y homenajes cívicos, integración deportiva e incentivo al deporte amateur, cooperación en ciencia y tecnología, impacto social de la tecnología); **Trabajo, Políticas de Empleo, Seguridad Social y Economía Social** (le competen los temas: legislación del trabajo y política de empleo, organización, fiscalización, seguridad y medicina del trabajo, asuntos de organización sindical, seguridad social, cooperativismo y economía social, fomento a las pequeñas y medias empresas); **Desarrollo Regional Sustentable, Ordenamiento Territorial, Vivienda, Salud, Medio Ambiente y Turismo** (le competen los temas: políticas de integración sustentable, equilibrio regional, ordenamiento Territorial y Vivienda, medio Ambiente y saneamiento ambiental, recursos naturales y aguas transfronterizas, flora, fauna, suelo y problemas de desertificación, cambios climáticos, políticas de promoción del turismo, salud, alimentación y nutrición, acciones y servicios de salud pública, vigilancia epidemiológica, bioestadística e inmunizaciones); **Ciudadanía y Derechos Humanos** (le competen los temas: derechos Humanos, elaboración del informe anual previsto en el Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur, cuestiones de etnia, ciudadanía, niñez, juventud, tercera edad, género y minorías, peticiones de ciudadanos dirigidas al Parlamento, libertad de expresión y de culto religioso, instrumentos de democracia participativa, colaboración con entidades no gubernamentales).

El Parlamento del Mercosur, sus propósitos¹⁶ y principios¹⁷: Por un lado, el Parlasur **representa** a los pueblos del Mercosur debiendo respetar su pluralidad ideológica y política, **asume** la promoción y defensa permanente de la democracia, la libertad y la paz, **impulsa** el desarrollo sustentable de la región con justicia social y respeto a la diversidad cultural de sus poblaciones, **garantiza** la participación de los actores de la sociedad civil en el proceso de integración, **estimula** la formación de una conciencia colectiva de valores ciudadanos y comunitarios para la integración, **contribuye** a consolidar la integración latinoamericana mediante la profundización y ampliación del MERCOSUR y **promueve** la solidaridad y la cooperación regional e internacional; Por otro lado, el Parlamento tiene como principios: el **pluralismo** y la **tolerancia** como garantías de la diversidad de expresiones políticas, sociales y culturales de los pueblos de la región, la **transparencia** de la información y de las decisiones para crear confianza y facilitar la participación de los ciudadanos, la **cooperación** con los demás órganos del MERCOSUR y ámbitos regionales de representación ciudadana, el **respeto** de los derechos humanos en todas sus expresiones, el **repudio** a todas las formas de discriminación, especialmente las relativas a género, color, etnia, religión, nacionalidad, edad y condición socioeconómica, la **promoción** del patrimonio cultural, institucional y de cooperación latinoamericano en procesos de integración, y del desarrollo sustentable en el MERCOSUR y el trato especial y diferenciado para los países de economías menores y para las regiones con menor grado de desarrollo, la **equidad** y la **justicia** en los asuntos regionales e internacionales, y la solución pacífica de las controversias.

En cuanto a sus competencias¹⁸ el Parlasur debe: **velar** en el ámbito de su competencia por la observancia de las normas del MERCOSUR y por la preservación del régimen democrático en los Estados Partes, 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 Partes, **efectuar** pedidos de informes u opiniones por escrito a los órganos decisorios y consultivos del MERCOSUR establecidos en el Protocolo de Ouro Preto sobre cuestiones vinculadas al desarrollo del proceso de integración, **invitar**, por intermedio de la Presidencia *Pro Tempore* del CMC, a representantes de los órganos del MERCOSUR, para informar y/o evaluar el desarrollo del proceso de integración, intercambiar opiniones y tratar aspectos relacionados con las actividades en curso o asuntos en consideración, **recibir**, al finalizar cada semestre a la Presidencia *Pro Tempore* del MERCOSUR, para que presente un informe sobre las actividades realizadas durante dicho período, **recibir**, al inicio de cada semestre, a la Presidencia *Pro Tempore* del MERCOSUR, para que presente el programa de trabajo acordado, con los objetivos y prioridades previstos para el semestre, **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, **recibir, examinar** y en su caso

mentales que actúen en la defensa de los derechos humanos, defensa del consumidor); **Presupuesto y Asuntos Internos** (le competen los temas: cooperación en materia de seguridad, asuntos migratorios, integración fronteriza, comunicaciones, instrumentos de cooperación jurídica, cooperación en materia de defensa); **Asuntos Interiores, Seguridad y Defensa** (le competen los temas: análisis del presupuesto del Parlamento, análisis del Presupuesto del Mercosur, análisis de los Fondos de Convergencia Estructurales del Mercosur, estructura administrativa y de asesoramiento del Parlamento, política de personal y organización administrativa del Parlamento, reforma del Reglamento, derechos y deberes del Parlamentario y pérdida del mandato); **Infraestructura, Transportes, Recursos Energéticos, Agricultura, Pecuaria y Pesca** (le competen los temas: integración física, integración energética, fuentes de energía renovables, energía y combustibles, minería, transportes y tráfico vial, política agrícola común, comercialización y fiscalización de productos e insumos, inspección y fiscalización de alimentos, vigilancia y defensa sanitaria animal y vegetal, agricultura familiar y seguridad alimentaria, utilización y conservación en la agricultura, de los recursos hídricos y genéticos, uso y conservación del suelo en la agricultura, silvicultura, acuicultura y pesca).

¹⁶ Art 2 del Protocolo del Parlasur.

¹⁷ Art 3 del Protocolo del Parlasur.

¹⁸ Art 4 del Protocolo del Parlasur.

canalizar hacia los órganos decisorios, peticiones de cualquier particular de los Estados Partes, sean personas físicas o jurídicas, relacionadas con actos u omisiones de los órganos del MERCOSUR, **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, **proponer** proyectos de normas del MERCOSUR para su consideración por el CMC, el que deberá informar semestralmente sobre su tratamiento, **elaborar** estudios y anteproyectos de normas nacionales, orientados a la armonización de las legislaciones nacionales de los Estados Partes, los que serán comunicados a los Parlamentos nacionales a los efectos de su eventual consideración, **desarrollar** acciones y trabajos conjuntos con los Parlamentos nacionales, con el fin de asegurar el cumplimiento de los objetivos del MERCOSUR, en particular aquellos relacionados con la actividad legislativa, **mantener** relaciones institucionales con los Parlamentos de terceros Estados y otras instituciones legislativas, **celebrar**, en el marco de sus atribuciones, con el asesoramiento del órgano competente del MERCOSUR, convenios de cooperación o de asistencia técnica con organismos públicos y privados, de carácter nacional o internacional, **fomentar** el desarrollo de instrumentos de democracia representativa y participativa en el MERCOSUR, **recibir** dentro del primer semestre de cada año un informe sobre la ejecución del presupuesto de la Secretaría del MERCOSUR del año anterior, **elaborar** y aprobar su presupuesto e informar sobre su ejecución al Consejo de Mercado Común dentro del primer semestre del año posterior al ejercicio, así como, **aprobar y modificar** su reglamento interno y **realizar** todas las acciones que correspondan al ejercicio de sus competencias.

B) LOS PARLAMENTARIOS DEL PARLASUR.

Los parlamentarios actuales

En la actualidad, los denominados “Parlamentarios del Mercosur¹⁹” -la sola excepción está constituida por los representantes de la República del Paraguay, quienes ya han sido electos por sufragio directo, universal y secreto²⁰ en ocasión de la elección presidencial de 2009-, asumen un doble rol: por un lado, desempeñan funciones -ya sea, como diputados o senadores- en los respectivos parlamentos nacionales del Estado Parte; y por el otro, se desempeñan como parlamentarios en el Parlasur. La actividad en el Parlasur es realizada “ad honorem”. Es digno de mención que la República Bolivariana de Venezuela se encuentra representada en el Parlasur por sus respectivos parlamentarios los cuales, si bien tienen derecho a voz, no tienen derecho a voto.

Los Parlamentarios duran en sus funciones cuatro años, pudiendo ser reelectos. Si bien, el principio de base consiste en justamente la elección directa de ellos por parte de sus ciudadanos, se previó un periodo de transición tendiente a que los países puedan organizar y llevar a cabo este escrutinio. Por tanto, los actuales “poli parlamentarios” seguirán en funciones hasta que en sus respectivos países se proceda a organizar y a realizar el acto electoral.

La elección de los futuros parlamentarios.

En la actualidad, las discusiones giran en torno a la cantidad de parlamentarios que representarán a cada país en los próximos periodos (2011 y 2014) y las concesiones que pretende obtener a cambio cada Estado Parte por otorgar precisamente esa cierta cantidad de escaños. Si bien, se había alcanzado un acuerdo de entendimiento entre los países, las negociaciones siguen en el CMC al no haberse logrado la unanimidad en ocasión de la última reunión del CMC -llevada a cabo en diciembre del 2009-. La República Argentina, detenta actualmente la presidencia Pro tempore del Consejo, el desafío consiste entonces en solucionar dicho escollo, el cual, imposibilita de una cierta manera, la organización de la elección en Argentina, Brasil y Uruguay.

¹⁹ En la actualidad, dieciocho parlamentarios por cada país.

²⁰ Tal como se estipula en el Protocolo en su art. 6 inc 1 previéndose asimismo que el mecanismo de elección de los Parlamentarios y sus suplentes, se regirá por lo previsto en la legislación de cada Estado Parte, la cual procurará asegurar una adecuada representación por género, etnias y regiones según las realidades de cada Estado Art 6 inc. 2.

Se estipuló que para el año 2011 todos los parlamentarios del Mercosur debieran ser electos a través de sufragio universal. Al tiempo que para el año 2014, los parlamentarios serían elegidos conjuntamente en todos los Estados Partes de manera simultánea. En la situación actual, con la elección llevada a cabo solamente en Paraguay, resulta imposible que a partir del año 2011 todos los parlamentarios sean electos directamente por sus ciudadanos. Asimismo, se presenta dificultosa la elección simultánea a partir del año 2014.

En cuanto a los procesos electorales locales. Si bien en la República de Paraguay se realizó la elección, no ha habido tiempo a mi juicio de hacer conocer al Parlasur de manera que el votante conozca en profundidad aquello que estaba votando. En la República Oriental del Uruguay, no se ha elegido parlamentarios del Parlamento del Mercosur en la pasada elección presidencial. Por su parte, Brasil postergó, luego de haber fracasado las gestiones encabezadas por el diputado brasileño Rosinha, la realización del escrutinio y su modalidad al menos en el corto plazo.

En nuestro país, la elección de parlamentarios debiera realizarse en conjunto con las elecciones presidenciales de 2011. En la actualidad, hay varios proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación tendientes a regular la elección de parlamentarios argentinos. Desde mi punto de vista, resulta imperioso ante todo tener conocimiento a ciencia cierta de cuantos parlamentarios representarán a Argentina -para así poder cubrir todos los aspectos relevantes en cuanto al escrutinio (ejemplo: cantidad de distritos electorales)-.

La elección de parlamentarios no implica solamente una reforma al código electoral, ni a la ley orgánica de partidos políticos. Este escrutinio, implica también conocer las particularidades del cargo a cubrir, dado que, los candidatos a un parlamento de vocación regional -a diferencia de lo que ocurre cuando se presentan a elecciones para cubrir puestos de vocación municipal, provincial o nacional- deberán defender intereses regionales por encima de intereses nacionales. Se requieren aquí candidatos con mera vocación regional los cuales deberán residir permanentemente en Montevideo y ocupar su función de forma exclusiva.

SEGUNDA PARTE: LA CUESTION NORMATIVA DEL MERCOSUR Y DE SU PARLAMENTO.

A) NORMATIVA DEL MERCOSUR Y ORGANOS CON CAPACIDAD DECISORIA:

Abordar brevemente la cuestión del derecho del Mercosur, para luego así, analizar el marco jurídico del Parlasur resulta necesario. Si bien, el derecho de la integración comienza a ser desarrollado en los programas de estudio de las principales facultades de derecho del país, resulta aún totalmente ajeno a un amplio número de colegas, funcionarios y magistrados quienes poco conocen de su existencia y operatividad. Recordemos que los tratados de integración regional tienen según nuestra constitución nacional jerarquía superior a las leyes.

Los principales instrumentos jurídicos del Mercosur son: el Tratado de Asunción, el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias, el protocolo de Ouro Preto -que concede al Mercosur su personalidad jurídica y le brinda un mayor marco institucional-, el Protocolo de Olivos que crea el Tribunal Permanente de Revisión, El protocolo de Ushuaia de protección de la democracia y la Declaración Socio Laboral entre otros²¹.

²¹ A título complementario citaremos: Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativo (Protocolo de las Leñas), Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, Protocolo de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Partes del MERCOSUR, Protocolo de Integración Educativa para la Formación de Recursos Humanos a Nivel de Post-grado entre los Países Miembros del MERCOSUR, Protocolo de Integración Cultural del MERCOSUR, Protocolo de Integración Educativa para la Prosecución de Estudios de Post Grado en las Universidades de los Países Miembros del MERCOSUR, Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR, Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR, Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR. Para cotejar el estado actual de ratificaciones y vigencias de Tratados y Protocolos del Mercosur consultar el sitio web: http://www.mre.gov.py/dependencias/tratados/mercosur/registro%20mercosur/mercosur_principal.htm.

El Mercosur es un bloque de tinte netamente intergubernamental, por lo cual, son los mismos estados miembros quienes conducen los destinos del bloque. El consenso es la vía elegida para la adopción de las decisiones -lo que en la práctica implica que los estados parte tienen un cierto poder de veto dado que las decisiones se adoptan a la unanimidad-. Los órganos del Mercosur que tienen capacidad decisoria, es decir, la posibilidad de crear normativa son tres: el Consejo del Mercado Común (CMC) que se pronuncia a través de “decisiones²²”, el Grupo del Mercado Común (GMC) que se pronuncia a través de “resoluciones²³” y la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM) que se pronuncia a través de “directivas²⁴”. Estas normas versan sobre una gran cantidad de temas sin ser limitativos podemos mencionar: diversos acuerdos, reglamentos, entendimientos, memorandos, normas de aplicación, aspectos ligados a la solución de diferendos, aspectos institucionales, internalización de normas, arancel externo común y demás cuestiones arancelarias, comités técnicos, grupos ad hoc, grupos técnicos de alto nivel, grupos de trabajo, régimen de origen, cuestiones sanitarias y fitosanitarias, y asuntos ligados a los fondos de convergencia estructural del Mercosur.

Nuestros tribunales han hecho uso de las normas Mercosur en decenas de oportunidades. Incluso, recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación solicitó una opinión consultiva al tribunal Permanente de Revisión de Asunción en cuanto a la interpretación del derecho del Mercosur²⁵. Este pedido resulta un paso fundamental. A mi juicio, resulta improbable que la Corte Suprema se pronuncie en contra sentido de la interpretación realizada por el tribunal del Mercosur a sabiendas que ella misma requirió su participación.

En cuanto a la manera de incorporar las normas del Mercosur a los respectivos ordenamientos nacionales se prevé un procedimiento especial -salvo aquellas normas que versan sobre aspectos internos que hacen al funcionamiento de la institución en cuyo caso la internalización no es necesaria- Dependiendo del contenido de la norma, la internalización puede darse sea en forma legislativa -a través de los diversos parlamentos nacionales- o administrativa a través de los diversos organismos de las diferentes administraciones públicas nacionales -ejemplo por una resolución ministerial-.

B)NORMATIVA DEL PARLASUR: ASPECTO NORMATIVO Y ACTOS DEL PARLAMENTO EN ESPECIAL.

El marco jurídico del Parlasur: Protocolo constitutivo, Reglamento interno, actos y normativa propia.

El elemento jurídico que dió forma al Parlasur ha sido precisamente denominado “Protocolo del Parlamento del Mercosur”²⁶. El texto final, ha sido intensamente negociado directamente por los Estados Partes -asistidos por técnicos de varios niveles y procedencia-. Es digno de destacar la ayuda técnica y material prestada por la Unión Europea para la efectiva puesta en funcionamiento del Parlamento. Una vez constituida la institución parlamentaria regional, se procedió a la redacción y negociación del reglamento interno. Estos instrumentos son los principales textos jurídicos que brindan al Parlasur su marco jurídico.

Los actos normativos emanados por el Parlasur -en cualquiera de sus formas previstas-: no constituye “norma obligatoria”, dado que, como mencionamos los únicos órganos con capacidad decisoria dentro de la estructura del Mercosur son: el Consejo del Mercado Común, el Grupo del Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur.

²² Artículo 9 del Protocolo de Ouro Preto.

²³ Artículo 15 del Protocolo de Ouro Preto.

²⁴ Artículo 20 del Protocolo de Ouro Preto.

²⁵ Solicitada en septiembre de 2009 en ocasión del caso Sancor C.U.L c/DGA.

²⁶ Adoptado por la decisión CMC 23/05 e internalizado posteriormente por los estados parte en los respectivos ordenamientos nacionales.

²⁷ Artículo 4.13 y art. 19 inciso 1 del Protocolo constitutivo del Parlasur, concordante con el Art. 94 de su reglamento interno.

Decisiones y actos del Parlamento del Mercosur:

1.Dictámenes²⁷: consisten en opiniones emitidas por el Parlamento sobre proyectos de normas, enviadas por el Consejo del Mercado Común antes de su aprobación, que requieren aprobación legislativa en uno o más Estados Parte. Los dictámenes constan de dos partes: la primera, consistente en un relato circunstanciado de la materia en examen y de su negociación en los órganos decisorios del Mercosur; y una segunda, con el análisis sobre la conveniencia o no de aprobar dicha eventual norma como así la necesidad de presentarle al CMC sugerencias.

2.Proyectos de normas²⁸: consisten en propuestas normativas puestas a consideración del CMC²⁹ para que el mismo se pronuncie adoptando en consecuencia normativa mercosureña de carácter obligatorio (tal como anteriormente mencionamos el CMC es uno de los tres órganos que posee capacidad decisoria³⁰). Los proyectos deben tener ciertas particularidades a saber: de contenido, objeto y “tema específico” debe concernir a la integración regional; de forma: se deben suscribir tres copias³¹ -firmadas por él o los autores- debiendo contener un resumen de la misma una vez cumplidos los recaudos mencionados “las propuestas de proyectos de norma serán presentadas a la Mesa Directiva, la que dará publicidad, comunicará al Plenario y distribuirá a la o las comisiones competentes³²”.

3.Anteproyectos de normas³³: consisten en propuestas tendientes a armonizar las respectivas legislaciones en los estados miembros a través de sus parlamentos nacionales.

4.Declaraciones³⁴: consisten en la manifestación del Parlasur en relación a cualquier tema de interés público.

5.Recomendaciones³⁵: consisten en indicaciones generales dirigidas a los órganos decisorios del Mercosur (CMC, GMC y CCM).

6.Informes³⁶: consisten en la elaboración de estudios o trabajos³⁷ en cuanto a un tema en particular, aprobados por el plenario y provenientes de una o varias comisiones -sean temporarias o permanentes-.

7.Disposiciones³⁸: consisten en normas de contenido general de índole administrativo que atañen directamente sobre la organización del Parlamento.

En cuanto a su rol en la internalización de normas, se establece en las competencias atribuidas al Parlasur que el mismo debe contribuir -a través de un procedimiento previsto³⁹ -a acelerar los procedimientos internos correspondientes de entrada en vigor de las normas en los Estados Partes.

²⁸ Artículo 19 inciso 2 del Protocolo constitutivo del Parlasur, concordante con el Art. 95 de su reglamento interno.

²⁹ Artículo 4.13 del Protocolo constitutivo del Parlasur.

³⁰ Lo cual no implica que la norma será de aplicación inmediata por los estados miembros, dado que, se requiere someter la misma a un proceso de internalización- salvo que la norma verse sobre aspectos internos que tienden al funcionamiento del Mercosur en cuyo caso la norma no debe ser internalizada-.

³¹ Una para su tramitación en sí, otra para el archivo y una última para los medios de publicación del parlamento para la publicación y publicidad del proyecto de norma.

³² Párrafo cuarto art 95 del reglamento interno del Parlasur.

³³ Artículo 19 inciso 3 del Protocolo constitutivo del Parlasur, concordante con el Art. 97 de su reglamento interno.

³⁴ Artículo 19 inciso 4 del Protocolo constitutivo del Parlasur, concordante con el Art. 98 de su reglamento interno.

³⁵ Artículo 19 inciso 5 del Protocolo constitutivo del Parlasur, concordante con el Art. 99 de su reglamento interno.

³⁶ Artículo 19 inciso 6 del Protocolo constitutivo del Parlasur, concordante con el Art. 100 de su reglamento interno.

³⁷ Para presentar una propuesta de informe se debe contar al menos con el 5 por ciento de los Parlamentarios totales. Queda estipulado en el mencionado artículo que la Comisión de Derechos Humanos producirá un informe anual sobre los derechos humanos en el Mercosur en concordancia con lo estipulado en el Artículo 4.3 del Protocolo Constitutivo del Parlasur.

³⁸ Artículo 19 inciso 7 del Protocolo constitutivo del Parlasur, concordante con el Art. 101 de su reglamento interno

Adopción de decisiones: quórum, y mayorías necesarias.

Al menos un tercio de los parlamentarios de todos los estados parte⁴⁰ deben estar presente para dar inicio a la sesión parlamentaria y a las reuniones de las diversas comisiones.

El Protocolo estipula la manera por la cual el parlamento adopta sus decisiones y actos, lo hace a través de un sistema de mayorías⁴¹, entre las cuales se encuentran: **mayoría simple** (requiriéndose el voto de más de la mitad de los Parlamentarios presentes), **mayoría absoluta** (requiriéndose el voto de más de la mitad del total de los miembros del Parlamento), **mayoría especial** (requiriéndose el voto de los dos tercios del total de los miembros del Parlamento, que incluya a su vez a Parlamentarios de todos los Estados Partes.) o **mayoría calificada** (requiriéndose el voto afirmativo de la mayoría absoluta de integrantes de la representación parlamentaria de cada Estado Parte).

Por un lado, cuando se trate de: dictámenes, proyectos de *normas, anteproyectos de normas y Disposiciones* se requiere **mayoría absoluta** en el Plenario y **mayorías imple** en las comisiones⁴²: Por el otro lado, cuando se trata de *Informes, declaraciones y recomendaciones* se requiere **mayoría simple** en el Plenario y en las comisiones⁴³. Asimismo, cuando se trate de *Informes sobre Derechos Humanos* se requiere **mayoría absoluta** en el Plenario y **mayoría simple** en la Comisión⁴⁴: Por último, tratándose de *reforma de reglamento* se requiere **mayoría calificada** en el Plenario y **mayoría simple** en las comisiones⁴⁵. En la actualidad se están realizando reuniones de comisión tendientes a la modificación de las mayorías previstas⁴⁶.

CONCLUSIONES

Mis conclusiones serán abordadas en “diversos aspectos” teniendo en cuenta las diferentes cuestiones transversales que hacen al Mercosur y a su Parlamento. Estas “cuestiones”, no se limitan exclusivamente al contenido jurídico. Dejarlas de lado y reducirse a un mero contenido legal, sería privarse de la posibilidad de contribuir por el medio de la presente ponencia -en una Conferencia nacional de tal magnitud- a promover el debate y así contribuir al conocimiento y publicidad de los temas transversales desarrollados. A mi juicio, y sin ánimo de ser repetitivo, consagrarse en las presentes conclusiones al mero

³⁹ Art. 4 inc.12 del Protocolo del Parlamento 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 (90) de efectuada la consulta. Dichos proyectos deberán ser enviados al Parlamento por el órgano decisorio del MERCOSUR, antes de su aprobación. Si el proyecto de norma del MERCOSUR es aprobado por el órgano decisorio, de conformidad con los términos del dictamen del Parlamento, la norma deberá ser remitida por cada Poder Ejecutivo nacional al Parlamento del respectivo Estado Parte, dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días, contados a partir de dicha aprobación. En caso que la norma aprobada no estuviera en conformidad con el dictamen del Parlamento, o si éste no se hubiere expedido en el plazo mencionado en el primer párrafo del presente numeral, la misma seguirá su trámite ordinario de incorporación. 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. El plazo máximo de duración del procedimiento previsto en el párrafo precedente, será de hasta ciento ochenta (180) días corridos, contados a partir del ingreso de la norma al respectivo Parlamento nacional. Si dentro del plazo de ese procedimiento preferencial el Parlamento del Estado Parte rechaza la norma, ésta deberá ser reenviada al Poder Ejecutivo para que la presente a la reconsideración del órgano correspondiente del MERCOSUR.

⁴⁰ Artículo 134 del reglamento interno del Parlasur en sintonía con el Art. 18 inc. 1 del Protocolo.

⁴¹ Punto 2 del artículo 15 del Protocolo y art .135 del Protocolo.

⁴² Inc. a) del art. 136 del reglamento interno.

⁴³ Inc. b) del art. 136 del reglamento interno.

⁴⁴ Inc. c) del art. 136 del reglamento interno.

⁴⁵ Inc. d) del art. 136 del reglamento interno.

⁴⁶ A tal fin, el pasado mes de febrero se han realizado reuniones en la Unidad de enlace del Parlamento Argentino en la Ciudad de Bs As.

aspecto normativo resultará por los motivos expuestos una pérdida de oportunidad y conveniencia en un sano sentido de difusión.

1.El parlamento del Mercosur no debe ser considerado como sinónimo a un tradicional parlamento nacional, menos aún una vía alternativa. Ambos parlamentos poseen cometidos diferentes en el marco de las competencias y facultades que les atribuyen las respectivas constituciones nacionales a los parlamentos nacionales y las normas regionales al Parlasur.

2.El rol del Parlasur en la creación de normativa mercosureña queda limitado a presentar anteproyectos de norma ante el CMC -órgano que si tiene poder decisorio dentro de la estructura actual del Mercosur-. Dicho órgano intergubernamental deberá tratarlo y eventualmente aprobarlo por unanimidad para que la norma prospere y pueda -luego de si corresponde ser internalizada- ser considerada obligatoria para los Estados Parte.

3.El parlamento del Mercosur constituye el nexo entre los ciudadanos de los respectivos Estados Partes y el Mercosur, asegurando un contacto directo con la ciudadanía a través de sus parlamentarios. El rol de los ciudadanos para el futuro de la institución será de vital importancia a sabiendas que todos E.P deberán elegir a sus representantes mediante sufragio universal. Por tanto, la publicidad necesaria para el cabal conocimiento del Parlamento y su trabajo diario, así como, del proceso de integración del Mercosur en sí, constituye un requisito esencial tendiente a que el ciudadano votante sepa: que vota, y para qué sirve su voto.

4.Siguiendo la misma línea de la conclusión precedente, es digno de mención que los ciudadanos de la Unión Europea eligen a sus representantes para el Parlamento Europeo en forma directa desde 1979 (habiéndose llevado a cabo posteriormente elecciones en: 1984, 1989, 1994, 1999, 2004 y la última realizada en mayo del 2009). Elección tras elección, el proceso electoral pierde adeptos y los niveles de participación son cada vez más preocupantes. El ejemplo europeo no debe ser desatendido. En general, el ciudadano de la Unión Europea tiene un conocimiento acabado de la integración regional, ya que, vive y siente la integración en su día a día – ejemplo a través de la libre circulación de personas, lo cual, permite migraciones activas que generan miles de familias mixtas cada año contribuyendo ese hecho a generar una identidad propia-.

Si a ellos –por los ciudadanos de la Unión Europea- que tienen: tradición integracionista, conocimientos generales del proceso de integración desarrollado en el marco de las Comunidades Europeas -gracias al activo trabajo de la Comisión Europea- y disfrutan los beneficios de la integración día a día, la elección regional le desinteresa, estamos obligados desde el Mercosur a escuchar el mensaje. Debemos aquí realizar un fuerte trabajo de base -no sólo en las universidades sino en las escuelas sobre lo que es el Mercosur, su historia, sus instituciones y los beneficios concretos que puede aportarle a ciudadano común el Mercosur y su Parlamento- para así tener una chance que el Parlasur pueda ser representativo de los pueblos, dado que en mi opinión no se puede representar algo que no se conoce.

5.El futuro parlamentario del Mercosur –aquel electo por voto directo de sus ciudadanos-deberá tener “vocación regional”, ser abierto a la búsqueda de consensos y participe activo en la creación de grupos políticos al seno del Parlasur. Su vocación regional y su conocimiento en procesos de integración regional harán su especificidad. Incluir candidatos sin visión -por llamarlo de una manera- “comunitaria” condenarán al Parlamento al fracaso, dado que, en la búsqueda de proteger intereses nacionales quedará desvirtuada la esencia misma del parlamentario regional que debiera ser la defensa de los intereses de todos los Estados Parte. Al tratarse el Mercosur de un proceso de integración de tinte netamente intergubernamental -y que como dijimos requiere que la voluntad de todos los estados parte sea respetada- los intereses nacionales serán a su turno defendidos por las autoridades intergubernamentales de cada estado quienes tendrán en definitiva lamentablemente la última palabra.

6.Las elecciones presidenciales del año 2011 en Argentina pueden constituir una excelente posibilidad para que la elección de parlamentarios argentinos se lleve a cabo con profesionalismo legal -para evitar presentaciones judiciales que pudiesen retardar o poner en peligro la elección- y maduras política

–principalmente en dejar de lado intereses propios partidarios y avanzar hacia la elaboración de una ley que propicie la presentación de candidatos idóneos provenientes de diversas especialidades-. La clave se posa sobre la cantidad de distritos creados, y las eventuales candidaturas independientes. El caso argentino, puede ser una vidriera hacia los otros países que no hayan aún desarrollado la elección.

7.Sin dudas, será conveniente conocer antes de la organización del escrutinio nacional la cantidad de parlamentarios argentinos a cubrir. De esta manera, se evita elaborar y aprobar una ley en base a puestos eventuales a cubrir-. Una vez superado este escollo se debe avanzar en el armado de la normativa nacional que regirá la elección previéndose las reformas necesarias al código electoral así como a la ley orgánica de partidos políticos.

8.La ley nacional que rija la elección deberá expresar una posición clara sobre las eventuales candidaturas independientes a los efectos de evitar problemas legales a la luz de la interpretación de la constitución nacional y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a las “candidaturas independientes”.

INDICE POR AUTORES

DRES.	TEMA	
ANDRADE DANIEL ALBERTO	LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS Y LAS RELACIONES MULTILATERALES. ASIMETRÍAS Y PROBLEMÁTICA	281
AUGE PEDRO MARTIN SANCHEZ ROSARIO MARCELA	ETICA DEL ABOGADO-MEDIADOR	373
AUIL GUILLERMO SEBASTIAN	LAS INCUMBENCIAS PROFESIONALES DE LOS ABOGADOS	339
AVILA MARIA ROSA CABRERA YAMILA	PERFIL DEL ABOGADO DE PARTE Y DEL MEDIADOR EN LA MEDIACIÓN PREJUDICIAL DE LA LEY 13.951	419
BARGIELA ANA MARIA BUR MARIA INES	NECESIDAD DE LA FORMACIÓN EN ARBITRAJE DEL MEDIADOR.	459
BARRAZA JAVIER INDALECIO	JEFE DE GABINETE DE MINISTROS. ANÁLISIS DE SU ORIGEN, FUNCIONES Y PROYECCIÓN INSTITUCIONAL.	25
BASLA PEDRO ENRIQUE	LA OBSERVANCIA DEL ESTADO DE DERECHO EN ARGENTINA	15
BASLA PEDRO ENRIQUE	LOS JUECES SUBROGANTES. UNA PERSPECTIVA DESDE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	125
BASLA PEDRO ENRIQUE	MANUEL BERNARDO GONNET. FUNDADOR DE FACA. PRESIDENTE DE LA PRIMERA CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS	311
BELLO KNOLL SUSY	LA FAMILIA, GRUPO HUMANO NECESITADO DE ESPECIAL E INTEGRAL PROTECCIÓN, EN LA REPÚBLICA ARGENTINA	257
BERTONI LILIANA	EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LA LIBRE CIRCULACIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	487
CALCATERRA RUBEN ALBERTO	HACIA UN NUEVO PARADIGMA EN EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: EL MODELO DE ANÁLISIS Y GESTIÓN ESTRATÉGICA DE CONFLICTOS.	409
CALVO SOLER RAUL	PRESUPUESTOS Y PREJUICIOS DE DOS DEBATES. CONSIDERACIONES PARA UN NUEVO MODELO DE ABOGADO	465
CANELA DE FERRARI PATRICIA	PROCESOS COLECTIVOS: UNA RESPUESTA A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.	161
CAPON FILAS RODOLFO	DIFICULTADES AXIOLÓGICAS DE LA LEY NACIONAL 26.549	223
CAPORELLI MABEL BEATRIZ	ACCESO A LA PROFESIÓN: AYER, HOY, CÓMO SIGUE	323
CARNERO SILVINA DE GREGORIO SILVANA	LA SINDICATURA CONCURSAL DEMANDA EN EL ORGANO PERTINENTE LA ACTUACION EXCLUSIVA DE LOS ABOGADOS.-	401
CARRILLO JULIO J.	LA COPARTICIPACIÓN FEDERAL DE IMPUESTOS. FEDERALISMO ECONÓMICO	55
CATTANEO MARIA ROSA	EL ROL DEL ABOGADO EN LA PREVENCION, GESTION Y RESOLUCION DE CONFLICTOS MEDIANTE EL EMPLEO DE LOS DENOMINADOS “MEDIOS ALTERNATIVOS”, CON ESPECIAL REFERENCIA AL ARBITRAJE.	473
CAVALLI MARIA CRISTINA	GESTIÓN, ADMINISTRACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. MEDIOS ALTERNATIVOS. MEDIACIÓN, ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. ROL DEL ABOGADO. CUESTIONES DE ÉTICA	429
CHIALVA JORGE FRANCISCO	LA HABILITACIÓN PROFESIONAL. UN TEMA TRASCENDENTE, QUE LA ABOGACÍA ARGENTINA MANTIENE PENDIENTE.	315
COSTANTE LILIANA	LA ECONOMÍA Y EL DERECHO. INTERDEPENDENCIAS, SUPREMACÍAS Y CONSECUENCIAS	245
DE PAULA JOSE CARLOS G.	EL ABOGADO FRENTE A LA INTEGRACIÓN REGIONAL.SU ROL PROTAGÓNICO- LA NECESIDAD DE COMPRENDER LA GLOBALIZACIÓN Y LOS DESAFÍOS QUE PLANTEA LA INTEGRACIÓN REGIONAL AL COMENZAR EL SIGLO XXI.- APUNTES E INFORMACIONES BIBLIOGRÁFICAS PARA SU ESTUDIO Y DEBATE	493

XVI Conferencia Nacional de Abogados

DE PAULA JOSE CARLOS G.	UNASUR UN HITO EN EL CAMINO: CONSTRUYENDO LA INTEGRACIÓN. “DESDE EL MERCOSUR HACIA LA PATRIA GRANDE” APUNTES CRONOLÓGICOS PARA UN ANÁLISIS REGIONAL, HISTÓRICO, POLÍTICO, SOCIAL, ECONÓMICO Y CULTURAL. DE LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA .	501
DI LILLEA PEDRO MOURELLE DE TAMBORENEA MARIA CRISTINA SESIN PATRICIA CORDOBA LUCILA	LA IRRUPCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD EN EL PROCESO: EL ABOGADO DEL NIÑO	289
FARFAN RUBEN FERNANDO	SOBRE LA PRETENSÓN DE IMPLEMENTAR LA SUCESIÓN NOTARIAL	353
FELDSTEIN DE CARDENAS SCOTTI LUCIANA B. RODRÍGUEZ MONICA S. MEDINA FLAVIA A.	EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ANTE LOS DESAFÍOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS	205
FIORINI DIANA	GRUPOS VULNERABLES. NORMAS ETICAS Y EL ABOGADO DEL NIÑO	299
FURRER BERTA P.	EL COLAPSO JUDICIAL. ALTERNATIVAS NO JUDICIALES PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS Y LA AGILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.	349
GHIRINGHELLI JUAN CARLOS ROGEL CHALER FERNANDO	DECADENCIA DEL RÉGIMEN FEDERAL	49
GOUVERT JUAN FERNANDO	EL ACUSATORIO EN LA FASE DE EJECUCIÓN. POTENCIALIDADES EN TORNO AL NUEVO ART. 105 DEL RITUAL PENAL BONAERENSE.	97
ISABELLA DIEGO PAULO	LA ABOGACÍA Y LA JUSTICIA. EL ROL DEL ABOGADO EN SU CONTRALOR. LA ACCION DE AMPARO Y LOS PLAZOS DE CADUCIDAD	197
JAUREGUI ROMAN GUILLERMO	PROPUESTAS PARA PENSAR UN NUEVO RÉGIMEN DE COPARTICIPACIÓN FEDERAL DE IMPUESTOS	63
LLAPUR RENE	¿MIRANDO EL ÁRBOL O EL BOSQUE? CLAVES PARA LA GESTIÓN DE CONFLICTOS EN EMPRESAS FAMILIARES	443
LLOBERA HUGO O.	LA ECONOMÍA Y EL DERECHO. EL DESAFÍO DE LA NUEVA CENTURIA	253
LOPEZ DE BELVA CARLOS ALBERTO	LA ABOGACÍA Y LA JUSTICIA. EL ROL DEL ABOGADO EN SU CONTRALOR. EL ABOGADO Y LA FUNCIÓN DE CONTRALOR DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL, LÍMITES Y RIESGOS.	171
LUENGO GERARDO	NECESIDAD DE LOGRAR LA REFORMA DE LA SECCIÓN 2 DEL CAPÍTULO 3 DE LA LEY DE EDUCACIÓN SUPERIOR (24.521), COMO UNA DE LAS REFORMAS NECESARIAS PARA COMENZAR A SUPERAR LA CRISIS EN FORMACIÓN DE GRADO Y LA DETERMINACIÓN DE LAS INCUMBENCIAS	359
MAGGIO ADRIANA ESTELA	“GLOBALIZACIÓN GÉNERO Y DERECHO, UN DESAFÍO PARA EL ACCESO A UNA CIUDADANÍA COMPLETA	265
MENDEZ HECTOR OSCAR	EL CONGRESO. DELEGACIÓN DE PODERES. DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA.	71
MENDEZ HECTOR OSCAR	CONSEJO DE LA MAGISTRATURA. NORMAS CONSTITUCIONALES, EQUILIBRIOS Y DESEQUILIBRIOS. INTEGRACIONES ¿IGUALDAD EN LAS REPRESENTACIONES? LAS EXPERIENCIAS DESDE 1994.	135
MENDEZ HECTOR OSCAR	LA ABOGACÍA Y SU MISIÓN. LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE EN ARGENTINA. - EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL. PROCESO Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL.	449
MENDEZ HÉCTOR OSCAR	LA CRISIS GLOBAL	271
MINYERSKY NELLY	ABORTO NO PUNIBLE. ANALISIS DEL ARTÍCULO 86 DEL CÓDIGO PENAL	303
MOLLURA PEDRO	EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA Y LOS PROCESOS COLECTIVOS	179
MORENO LUIS DEL VALLE	LAS LIBERTADES PÚBLICAS. GARANTÍAS Y DERECHOS INDIVIDUALES. EL SISTEMA ACUSATORIO EN EL PROCESO PENAL. JUICIO POR JURADOS.	107

MOURELLE DE TAMBORENEA MARIA CRISTINA	SUPERAR LA PROPIA INCAPACIDAD	231
MUTILVA ALICIA SUSANA	DEFENSA DE NUESTRAS INCUMBENCIAS	335
ORTIZ ISAIA MARIA BELEN	GESTIÓN, ADMINISTRACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. MEDIOS ALTERNATIVOS. MEDIACIÓN, ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. ROL DEL ABOGADO	437
PASQUET MARIA ALEJANDRA	APRENDIZAJE – SERVICIO SOLIDARIO PARA LA CARRERA DE ABOGACÍA. EL DESAFÍO DE APRENDER CON COMPROMISO SOCIAL.	379
PEREIRA DUARTE LUIS ENRIQUE	LOS CONSEJOS DE LA MAGISTRATURA. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES: EQUILIBRIOS Y DESEQUILIBRIOS. INTEGRACIONES. ¿IGUALDAD EN LA REPRESENTACIÓN? LAS EXPERIENCIAS DESDE 1994. PARTICIPACION DE LOS ABOGADOS	145
PEREZ CATELLA HÉCTOR	GARANTÍAS Y DEBERES EN EL EJERCICIO PROFESIONAL. EL VALOR DE LA SOLIDARIDAD Y DE LA EQUIDAD. LA SEGURIDAD Y LA PREVISIÓN SOCIAL DE LOS ABOGADOS.- LA PREVISIÓN SOCIAL Y LA SEGURIDAD SOCIAL DEL ABOGADO: UN IDEAL MUNDIAL	481
PEREZ CATELLA HÉCTOR	LA ABOGACÍA Y LA INTEGRACIÓN REGIONAL Y LATINOAMERICANA.EL EJERCICIO PROFESIONAL A NIVEL NACIONAL, INTERNACIONAL Y EN ZONA DE FRONTERA. LA CIRCULACIÓN DE PERSONAS, BIENES Y SERVICIOS. LOS TRATADOS DE INTEGRACIÓN MERCOSUR Y UNASUR	485
PICCONE MARÍA VERONICA	DE LA DEMOCRACIA UTÓPICA A LA DEMOCRACIA EUTÓPICA	33
PINACCHIO ÁNGELA C.M.	EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO	365
PISANO ALBERTO O.	DE HERMANA MAYOR A CENICIENTA, UNA POSTERGACIÓN INEXCUSABLE	21
ROCHA CAMPOS ADOLFO	UNA BUENA Y UNA MALA. (REFLEXIONES DE UN CIUDADANO -QUE ADEMÁS ES ABOGADO- DIRIGIDAS A LOS INTEGRANTES DEL FUERO PENAL)	115
ROCHA CAMPOS ADOLFO	UNA VISIÓN DE LA LEY DE CONCURSOS IDEAL	237
SANTOS LUIS MARIA	LA CALIDAD INSTITUCIONAL, UNA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LOS ABOGADOS	39
SHANTAL MORSUCCI JERONIMO	EL ACCESO A LA PROFESIÓN DE LOS ABOGADOS	391
SOTO HECTOR MIGUEL	RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO. CONVENIENCIA DE REFORMAR EL ARTÍCULO 22 DE LA LEY 25.675	215
SOUSTIEL FERNANDO	EL PARLAMENTO DEL MERCOSUR, LA REPRESENTACIÓN DE SUS CIUDADANOS Y SU ROL EN LA CREACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA MERCOSUREÑA: ¿ÓRGANO VIRTUAL O VERDADERO ÓRGANO PARLAMENTARIO REPRESENTATIVO CREADOR DE NORMAS JURÍDICAS?	509
SUAREZ JOFRE CONRADO ROJO SANZ ALEJANDRA	LA REPRESENTACIÓN DE LA ABOGACÍA EN EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA EN LA PROVINCIA DE SAN JUAN – LA PARTICIPACIÓN DEL FORO DE ABOGADOS EN LA SELECCIÓN DE JUECES.	151
TORRES MÓNICA GRACIELA	EDUCACION LEGAL. FORMACION PROFESIONAL: CONOCIMIENTOS, COMPETENCIAS Y HABILIDADES NECESARIAS PARA EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LOS JOVENES ABOGADOS	369
TOZZINI GABRIELA INÉS	“DEBE RESGUARDARSE LA INSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA EVITANDO LA PROLIFERACIÓN DE IMPUESTOS SIN LEY. A PROPÓSITO DE LOS “CARGOS” Y “RETENCIONES”.	79
TOZZINI GABRIELA INÉS	EL ACCESO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL PROCESO TRIBUTARIO CONFORME EL BLOQUE CONSTITUCIONAL. NECESIDAD DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE	181
VARELA FERNANDO	SOBRE LA “MISION PUBLICA DE LA ABOGACIA”, LA FORMACION PROFESIONAL Y EL ROL DE LA COLEGIACIÓN.	403
VILLALBA ALBERTO	ÉTICA PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS: VALOR MORAL PERDIDO?	387

