

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA
FACULTAD DE DERECHO
Córdoba - Argentina



REVISTA DE LA FACULTAD

Vol. XIV • Nº 1 • NUEVA SERIE II (2023)

ISSN 1850-9371



* Edición Digital

Incorporada a

*LATINDEX (Índice Latinoamericano de Publicaciones Científicas Seriadadas) (Nivel I)

*NÚCLEO BÁSICO DE REVISTAS CIENTÍFICAS ARGENTINAS- CAICYT (Nivel I)

*LatinREV (FLACSO Argentina)

*Red Federal de Revistas Jurídicas Universitarias

*SciELO (Scientific Electronic Library Online)

ISSN 1850-9371 (Impresa) ISSN 2314-3061 (En línea)

DIRECTORA
Zlata Drnas de Clément

SECRETARIA
Carla Saad

COMITÉ DE REDACCIÓN
CONSEJO ASESOR

Marcela Aspell (CONICET - Argentina)
Manlio Bellomo (Universidad de Catania - Italia)
José Antonio Escudero López (UNED - España)
Gonzalo Fernández (Universidad Nacional de Córdoba - Argentina)
Carlos Garriga (Universidad del País Vasco - España)
Ricardo Haro (Universidad Blas Pascal - Argentina)
Waldemar Hummer (Universidad de Innsbruck - Austria)
Alicia Morales Lamberti (Universidad Nacional de Córdoba - Argentina)
Juan Carlos Palmero (Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba - Argentina)
María Teresa Ponte Iglesias (Universidad de Santiago de Compostela - España)
Antonio Remiro Brotóns (Universidad Autónoma de Madrid - España)
Horacio Roitman (Universidad Empresarial Siglo 21 - Argentina)
Claudio Zanghi (Universidad de Roma "La Sapienza" - Italia)
Jorge Horacio Zimny (Universidad Nacional de Córdoba - Argentina)

CONSEJO DE REDACCIÓN

José C. Bocchiardo
Esteban Federico Llamosas
Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará
Ernesto J. Rey Caro
Efraín Hugo Richard
María Alejandra Sticca
Amalia Uriondo de Martinoli
Rafael Vaggione

Dirección, redacción y correspondencia
Caseros 301, piso 1, 5000 Córdoba-RA
Tel. 0054 351 4332059
revistafacultad@derecho.unc.edu.ar
facultadrevista@yahoo.com.ar

AUTORIDADES
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

RECTOR

Jhon BORETTO

VICERRECTOR

Mariela MARCHISIO

FACULTAD DE DERECHO

DECANO

Guillermo BARRERA BUTELER

VICEDECANO

Edgardo GARCÍA CHIPLÉ

SECRETARIA ACADÉMICA

Giselle JAVUREK

SECRETARIO DE CIENCIA Y TÉCNICA

Carlos ECHEGARAY DE MAUSSION

SECRETARIO LEGAL Y TÉCNICO

Lorenzo Daniel BARONE

SECRETARIO ADMINISTRATIVO

Ricardo Daniel EREZIAN

SECRETARIO DE ASUNTOS ESTUDIANTILES

Diego Agustín AGUDO

SECRETARIO DE POSTGRADO

Edgardo GARCÍA CHIPLÉ

SECRETARIO DE EXTENSIÓN Y RR II

Jorge E. BARBARÁ

SECRETARIO DE GRADUADOS

Maximiliano RAIJMAN

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

DIRECTORA

María Alejandra STICCA

COORDINADORA DE EXTENSIÓN

María Cristina DI PIETRO

ÁREA DE POLÍTICA DE GÉNERO

DIRECTORA

Mariana SÁNCHEZ

CONSEJO DIRECTIVO

PROFESORES TITULARES

TITULARES

AVILA PAZ, Rosa Angélica
FREYTES, Alejandro
JUNYENT BAS, Francisco

SUPLENTES

VARIZAT, Andrés
MONTERO, Jorge
GHIRARDI, Juan Carlos

PROFESORES ADJUNTOS

TITULARES

ALLIONE, Osvaldo
GONZÁLEZ ZAMAR, Leonardo C.
VILLA, Juan Esteban

SUPLENTES

SANCHEZ, Mariana
JUAREZ, María Laura
JUAREZ FERRER, Martín José

DOCENTES AUXILIARES

TITULARES

ECHENIQUE, Laura
COCCO, María Fernanda
AGÜERO PIÑERO Juan Pablo

SUPLENTES

JAIME, Marcelo Nicolás
GORDILLO SARAVIA, Francisco
SOSA, Lucrecia Irene

EGRESADOS

TITULARES

MORRA, Santiago
BERROTARAN, Alejandro

SUPLENTES

SARFIELD, Eduardo
TRONCOSO, Lucia

NO DOCENTES

TITULAR

DIAZ CAAMAÑO, Mirta Gabriela

SUPLENTE

PERANOVICH, Damián

ESTUDIANTES

TITULARES

ESCANES CORAL, Christelle M.
PEREYRA, Lucas Gabriel
VAZQUEZ CAMPAZZO, Carolina
DELL'ACQUA CASTRO, Martina
SANGOY, Ayrton Uriel
TOLEDO, Francisco

SUPLENTES

KEEGAN, Constance
OYOLA RIOS, Florencia
AUN MANCINI, Matias
GENNA, Giuliana Ailen
TAPIA, Rodrigo M.
VIEYRA, Santiago

ÍNDICE

Reglamento de la Revista - Normas editoriales IX

DOCTRINA E INVESTIGACIÓN

LA EPIDEMIA DE LA FIEBRE AMARILLA DE 1871

THE YELLOW FEVER EPIDEMIC OF 1871

Marcela Aspell 1

¿DE VERDAD FRANCISCO DE VITORIA FUE EL PADRE DEL DERECHO INTERNACIONAL?

WAS FRANCISCO DE VITORIA REALLY THE FATHER OF INTERNATIONAL LAW?

Pablo Antonio Fernández Sánchez 49

HISTORIA TRANSICIONAL NORPATAGÓNICA REVISITADA. PERSPECTIVAS, MÉTODOS Y PRESUPUESTOS EN DISPUTA

REVISITED NORTH PATAGONIC TRANSITIONAL HISTORY.

PERSPECTIVES, METHODS AND PRESUPPOSITIONS IN DISPUTE

Nicolás Emanuel Olivares 85

LA INFLUENCIA LIBERTARIA DE LOS CONSTITUYENTES GADITANOS EN LA CODIFICACIÓN PENAL DEL TRIENIO LIBERAL. DEL "TRÁGALA" AL DEBATE SOBRE LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

THE LIBERTARIAN INFLUENCE OF THE CADIZ CONSTITUENTS IN THE CRIMINAL CODE
DURING THE LIBERAL TRIENNIUM FROM THE "TRÁGALA" (FORCED TO ACCEPT OR ENDURE)
TO THE DISCUSSION ON THE DIGNITY OF PRISONERS

David Martín-Herrera 111

RESPONSABILIDAD Y HONESTIDAD PROFESIONAL PARA EVITAR LA UTILIZACIÓN APÓCRIFA Y POLÍTICA DE LAS TEORÍAS ECONÓMICAS MÁS RELEVANTES: EL SORPRENDENTE CASO ARGENTINO

RESPONSIBILITY AND PROFESSIONAL HONESTY TO STOP THE APOCRYPHAL AND
POLITICAL USE OF THE MOST RELEVANT ECONOMIC THEORIES: THE SURPRISING
ARGENTINE CASE

Héctor Daniel Gattás 157

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE "INTERÉS ESENCIAL" DEL ESTADO O DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL Y EL "BIEN JURÍDICO PROTEGIDO" DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

SOME REFLECTIONS ON THE RELATIONSHIP BETWEEN THE "ESSENTIAL INTEREST" OF
THE STATE OR OF INTERNATIONAL COMMUNITY AND "LEGAL GOODS" FROM THE
PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL LAW

María Alejandra Sticca 203

LA AUSENCIA DE LO NECESARIO. TRANSPORTE, COMERCIO EXTERIOR, TURISMO Y DERECHO ADUANERO EN LA FORMACIÓN DEL ABOGADO <i>THE ABSENCE OF WHAT IS NECESSARY. TRANSPORT, FOREIGN TRADE, TOURISM AND CUSTOMS LAW IN THE TRAINING OF A LAWYER</i> <i>Giselle Javurek</i>	217
SECRETO DE ESTADO Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN ARGENTINA: UNA HISTORIA DE SUS TENSIONES Y ANTECEDENTES <i>STATE SECRECY AND ACCESS TO PUBLIC INFORMATION IN ARGENTINA: HISTORY OF ITS TENSIONS AND BACKGROUND</i> <i>Adriana L. Vercellone</i>	229
DISCUSIONES EN TORNO A LA COMPOSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: ARGUMENTOS ESTRATÉGICOS, BANALIZACIÓN DE LAS INSTITUCIONES Y EROSIÓN DEMOCRÁTICA <i>DEBATES ON THE COMPOSITION OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE: STRATEGIC ARGUMENTS, TRIVIALIZATION OF INSTITUTIONS AND DEMOCRATIC EROSION</i> <i>Juan M. Mocoroa</i>	251
FINALIDAD Y CRITERIOS PARA LA GRADUACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA “SANCIÓN PUNITIVA” <i>PURPOSE AND CRITERIA FOR THE GRADUATION AND QUANTIFICATION OF THE “PUNITIVE DAMAGE”</i> <i>Leonardo Marcellino</i>	271
LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL GOBIERNO ABIERTO EN LAS CIUDADES INTERMEDIAS <i>THE INSTRUMENTALIZATION OF OPEN GOVERNMENT IN INTERMEDIATE CITIES</i> <i>Edgar Gustavo Fernández Suárez</i>	295
EL IMPULSO POR LA SUSTENTABILIDAD A NIVEL MUNDIAL: UNA VISIÓN GENERAL DE ASIA Y EUROPA <i>THE GLOBAL IMPULSE FOR SUSTAINABILITY: AN ASIA AND EUROPE OVERVIEW</i> <i>Marconi Sosa Ríos</i>	313
LA POSESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y LAS RUPTURAS EN EL PROYECTO DE REFORMA CIVIL DE 1936 <i>POSSESSION IN THE CIVIL CODE AND THE BREAKS IN THE CIVIL REFORM PROJECT OF 1936</i> <i>Raquel Virginia Moyano</i>	331
<hr/> JURISPRUDENCIA <hr/>	
EL ESTADO DE DERECHO Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL (Análisis de Jurisprudencia) <i>THE RULE OF LAW AND JUDICIAL INDEPENDENCE IN INTERNATIONAL JURISPRUDENCE. (Analysis of Jurisprudence)</i> <i>Carlos Fernández de Casadevante Romani</i>	351

CRÓNICAS E INFORMACIONES

Formación académica.....	391
Formación en posgrado.....	393
Actividades en investigación.....	398
Ciencia y Técnica.....	398
Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.....	401
Actividades de extensión y relaciones internacionales.....	404
Actividades para graduados.....	408

RECENSIONES

ÁLVAREZ RUBIO, J.J. - IRIARTE ÁNGEL, J.L. - BELINTXON MARTÍN, U. (Dirs.). <i>Representación aduanera y comercio internacional en el siglo XXI</i> , Civitas, Madrid, 2022, 810 páginas. Javier Carrascosa González.....	413
ARJONA HERNÁNDEZ, Noelia. <i>La Inmunidad Soberana en los Espacios Marinos</i> , Dykinson S.L., Madrid, 2022, 543 páginas. Zlata Drnas de Clément.....	417
DE MATTEO, David - SCHERR, Kyle C. (Eds.) <i>The Oxford Handbook of Psychology and Law</i> , Oxford Academic, 2023, on line en https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780197649138.001.0001 SR.....	422
FAURE, Michel (Ed.) <i>Elgar Encyclopedia of Environmental Law</i> , EE Elgar on line, 12 volúmenes, 2023, https://doi.org/10.4337/9781785369520 SR.....	424

REGLAMENTO DE LA REVISTA

NORMAS EDITORIALES

1. Naturaleza y objetivos de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

La Revista es continuación de la publicación del mismo nombre que se editara entre 1993 y 2000, la que, a su vez, prosiguiera la labor de los antiguos Anales y el Boletín de la Facultad. Es una publicación impresa, científica, arbitrada, con una periodicidad de dos números por año, cuyo propósito es difundir en el ámbito jurídico profesional, académico y educativo, los estudios llevados a cabo en la Escuela de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales sin privilegiar perspectivas, ni poseer orientación particular. Su objetivo es presentar la producción científica de sus miembros y colaboradores a la comunidad académica jurídica, estimular la difusión de la labor científico-académica de sus docentes, la aproximación interdisciplinaria y la provisión de materiales para los aprendizajes de los estudiantes. Los Profesores de la casa son invitados naturales a presentar contribuciones a la Revista, si bien recibe colaboraciones de autores ajenos a la entidad editora. Sólo admite trabajos inéditos no propuestos simultáneamente a otras publicaciones periódicas. La Revista cuenta con un Consejo Asesor y un Consejo de Redacción. La Revista no se hace responsable por los contenidos de los artículos publicados, ni por las opiniones emitidas por los autores. La presentación de los trabajos implica la aceptación expresa del autor de las normas editoriales del presente reglamento.

En líneas generales, las fechas de cierre para la recepción de trabajos en el primer y segundo semestres son 15 de marzo y 15 de septiembre de cada año, respectivamente.

2. Contenido de la Revista

Cada número contará con las siguientes secciones: a) Doctrina; b) Jurisprudencia (notas a fallo); c) Crónicas; d) Recensiones; f) Cualquier otro ítem que a consideración del cuerpo directivo se estime conveniente incorporar.

3. Lineamientos para los trabajos

El trabajo deberá seguir los siguientes lineamientos:

3.1. *Extensión*

Los artículos de doctrina al igual que las notas a fallo no deberán sobrepasar la cantidad de 25 páginas.

3.2. *Forma del escrito*

El *escrito* deberá enviarse en hojas blancas (sin encabezado ni pie de página) confeccionado en Word para Windows, margen normal, página tamaño A4, en letra Times New Roman, tamaño 12, a simple espacio, con notas a pie de página. Se enviará por correo electrónico a *revistafacultad@derecho.unc.edu.ar* y *facultadrevista@yahoo.com.ar* en dos copias, una de las cuales deberá carecer de toda referencia, incluso de notas que permitan identificar el autor (se ruega cerciorarse de la recepción del envío).

La *Portada* deberá contener: a) Título en español e inglés; b) Nombre del autor o autores, acompañándose al pie con asterisco las referencias al o a los mismos en no más de cinco renglones, relativas a la máxima titulación, función académica, pertenencia institucional, correo electrónico y toda otra referencia que considere útil siempre que respete la extensión señalada; c) Resumen en español e inglés (máximo de 15 renglones); d) Palabras-clave en español e inglés (máximo cinco expresiones); f) Sumario.

3.3. *Abreviaturas y otros signos*

Todas las abreviaturas que se empleen deberán estar expresadas en forma completa la primera vez que se las utilice. Los símbolos estadísticos o algebraicos utilizados se colocarán en itálica, salvo que se empleen letras griegas. Las siglas, al igual que los años no llevarán punto. Por ejemplo: ANSESS, AFIP, CSJN, TSJ, 2000, 2010. Los títulos no llevarán punto.

Las expresiones “artículo”, “decreto”, “resolución”, “inciso”, “disposición”, “instrucción” y “ley” irán en minúscula y desarrolladas.

Si se usan comillas dentro de un texto mayor que ya está entrecomillado, las comillas encerradas deberán ser simples.

Las llamadas de las notas de pie de página irán con número, en superíndice, sin paréntesis.

El punto será el último signo de la frase (después de las comillas, después del número de la llamada de nota de pie de página). Ejemplo: “111. *Los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes (...)*”.

Para destacar palabras o textos se usará itálica (no negrita, no subrayado). Los números de las normas no llevarán punto. En cambio, sí lo llevarán los números de los expedientes y las cifras monetarias.

Los meses deberán escribirse con minúscula. Las designaciones generales irán en minúscula (ej.: “juez”, “tribunal”, “presidente”), mientras que las designaciones específicas llevan mayúscula inicial (ej.: Tribunal Federal N° 1).

El inciso deberá llevar un paréntesis de cierre luego de su numeración o denominación. Por ej.: inciso 1), inciso a).

Las locuciones latinas no castellanizadas y los extranjerismos deberán figurar en itálica.

3.4. *Tablas y figuras*

Todas las abreviaturas empleadas en tablas y figuras estarán explicadas al pie de la tabla. Todas las tablas y figuras serán mencionadas en el texto y estarán numeradas en el orden en que sean mencionadas. Cada tabla y figura llevará una indicación de la fuente de los datos.

3.5. *Citas de pie de página*

3.5.1. *Citas bibliográficas en trabajos jurídicos*

Cuando se efectúen citas bibliográficas en notas de pie de página, las mismas irán antes del signo de puntuación y deberán indicar:

-el apellido con mayúscula seguido de coma y el nombre con minúscula salvo la letra inicial seguido de punto, o el apellido e inicial/es del/de los nombre/s del autor con mayúsculas y punto;

-el título del trabajo en bastardilla sin comillas, si se trata de título de libro;

-el título del trabajo entre comillas y en letra de imprenta si éste corresponde a una publicación periódica u obra conjunta. Cuando se trate de publicación periódica, se indicará en bastardilla el nombre de la publicación, completándose con letra de imprenta y en el orden indicado los datos de volumen, número, año de edición, página/ páginas de referencia. Cuando se trate de obra conjunta, se indicará con letras mayúsculas el apellido e inicial del nombre o de los nombres del responsable o responsables de la obra y en bastardilla el título de la obra conjunta. El resto de datos será del mismo tenor que el de una publicación periódica.

Ejemplos: RUBINSTEIN, Santiago. *El dolor como daño autónomo resarcible*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 22. y pp. 24-28, o RUBINSTEIN, S. *El dolor como daño autónomo resarcible*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 22 y pp. 24-28; LAURENZO COPELLO, P. "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", *Jueces para la Democracia*, N° 34, Madrid, 1999, p. 8; DOUGLAS DURÁN, C. "Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", en GONZÁLEZ OVIEDO, M. - TIFFER SOTOMAYOR, C. (Coords.) *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, UNICEF, San José, 2000, pp. 45-47.

3.5.2. Citas de jurisprudencia

En las citas se consignará: Tribunal, "Autos" (siempre entre comillas), Sala, fecha, publicación, página. Ej.: TSJ Cba, Sala Laboral, "Vivas, Raúl c/Perkins Argentina S.A.", abril 25-983, La Ley Córdoba, 984-516.

3.5.3. Citas electrónicas

Las citas electrónicas indicarán la página web y la fecha de consulta.

4. Material a presentar con el trabajo

Los trabajos presentados deberán estar acompañados por:

-Nota dirigida a la Dirección de la Revista, solicitando la publicación del trabajo; declaración jurada en la que el autor haga presente que ha respetado las normas vigentes en materia de propiedad intelectual y se hace responsable de cualquier violación a las mismas.

-Breve "curriculum vitae" (diez renglones como máximo).

5. Corrección de pruebas

La Revista habitualmente da a los autores la corrección de las pruebas de sus artículos. Las correcciones han de ser devueltas dentro de un plazo de cinco días hábiles a partir de su recepción.

6. Arbitraje

La evaluación se realizará por expertos externos, especializados en las temáticas abordadas en cada trabajo. El arbitraje adopta un sistema de doble ciego. Se enviará el trabajo de forma anónima a un evaluador especialista en el área, quien remitirá a la dirección de la Revista su ponderación. La eva-

luación será retransmitida al autor, permaneciendo los árbitros anónimos para el autor. Los evaluadores tendrán por misión ponderar la pertinencia del tema para la Revista, su originalidad, el aporte realizado, claridad de expresión, metodología, conclusiones, resultados y bibliografía. Su juicio podrá indicar: -que el trabajo está en condiciones de ser aceptado como está; -que está en condiciones de ser aceptado previa realización de las modificaciones indicadas; -que el trabajo debe ser rechazado.

7. Entrega de la publicación al autor y difusión de la Revista

Cada autor de trabajo publicado recibirá o tendrá puesto a disposición dos ejemplares de la Revista impresa si la misma se ha publicado en esa modalidad y no solo en formato digital.

La Revista se publica en forma impresa. La Facultad envía ejemplares a las principales bibliotecas jurídicas argentinas y extranjeras. Se puede acceder a ella de forma gratuita (sólo lectura) a través de sitio Web de la Facultad (www.derecho.unc.edu.ar en la solapa "Publicaciones").

8. Derechos de Autor

La publicación del artículo implica la donación de los derechos de autor a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, conservando el autor su derecho a utilizar el artículo en publicaciones de su autoría o páginas web referidas a su trayectoria. Para el caso de otro tipo de publicaciones, antes de su utilización, deberá obtener autorización de las autoridades.

9. Publicación del artículo

La publicación del artículo dependerá de la evaluación referida bajo el punto 6. Arbitraje. Aceptado el artículo, ingresará en el orden de publicación conforme al espacio disponible en cada número de la Revista.

10. Cuestiones no previstas

Las cuestiones no previstas en el reglamento serán resueltas por la Dirección de la Revista juntamente con el Consejo de Redacción.

LA EPIDEMIA DE FIEBRE AMARILLA DE 1871*

THE YELLOW FEVER EPIDEMIC OF 1871

*Marcela Aspell***

Resumen: Tras una breve presentación general, el trabajo se detiene en la epidemia de la fiebre amarilla en el Río de la Plata en 1871, refiriendo hechos documentados, comportamientos humanos públicos y privados, y sentires.

Palabras-clave: Fiebre Amarilla - Río de la Plata - 1871.

Abstract: After a brief general presentation, the work stops at the yellow fever epidemic in the Río de la Plata in 1871, referring to documented facts, public and private human behaviours, and feelings.

Keywords: Yellow Fever - Río de la Plata - 1871.

Sumario: I. Las epidemias en la historia. II. El ataque de la peste. III. Las epidemias en el Río de la Plata. III.1. La Epidemia de fiebre amarilla o vómito negro de 1871. III.2. Y la epidemia llegó. III.3. La gestión popular de la epidemia de fiebre amarilla de 1871. III.4. El fin de la peste amarilla. IV. Conclusiones. IV.1. Y el Miedo.

I. Las epidemias en la historia

Infecciones y enfermedades que en determinadas coyunturas se convertían en temibles epidemias azotaron siempre la historia de la humanidad y afectaron la construcción social colectiva del mundo.

La peste era el caos, la anarquía, el desconcierto, el desorden.

Una idea recurrente en tiempos de zozobra medieval, fue la de considerar a la enfermedad como pecado, donde la putrefacción de la carne expresaba la propia podredumbre del alma, que impactaba con ferocidad en el cuerpo del pecador. Era

* Trabajo recibido el 20 de diciembre de 2022 y aprobado para su publicación el 3 de febrero de 2023.

** Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de Número y Vice Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de la Historia. Investigadora Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Directora del Museo Histórico de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

menester entonces acudir a la salvación del alma, para luego atender el padecimiento corporal. La labor del sacerdote precedía entonces a la del médico.

“La providencia divina era la que actuaba: el morbo surgía porque Dios así lo quería y para combatir el mal los cuidados espirituales eran los fundamentales. Quitar los pecados mediante la confesión y recibir al Señor en la comunión pasaban a ser las medicinas más eficaces, y solo después de que el alma estuviese a salvo se podrían ayudar a sanar la parte corporal de la persona doliente”¹.

Pero la enfermedad podía también originarse por la temida presencia del diablo. Embrujamiento, hechicerías y maleficios enfrentaban al hombre herido en su salud y lozanía, con el diablo. El fraile franciscano Martín de Castañega en su *“Tratado de las supersticiones, hechicerías y varios conjuros y abusiones, y de la posibilidad y remedio dellas”*, impreso en Logroño en 1529 amonestaba: *“... llevar cada domingo del agua bendita para derramar della deuotamente por la casa, cámara y cama, y tomen cada domingo en ayunas el pan bendito y trayan siempre consigo alguna cruz, que es la cosa de que mas huyen los demonios”².*

Satanás sólo podía ser combatido eficazmente por la oración y la piedad del arrepentimiento de los pecados cometidos.

Enfrentados al cotidiano terror de males desconocidos, se busca el remedio de lo sobrenatural para restablecer el ansiado equilibrio de los *“cuatro humores”³*.

La corrupción del aire suponía la ruptura del equilibrio de los cuatro humores, alterando el equilibrio que debía disponer un hombre sano. Avanzaba entonces la *pestilentia* contra la cual se disponían fármacos, rigurosas dietas y extracción de sangre.

La astrología intentaba explicar aquello que la ciencia médica desconocía: *“Se cree que la Peste fue provocada por la conjunción de Saturno, Júpiter y Marte, bajo el signo húmedo de Acuario en 1345. Además, antes de la conjunción hubo un eclipse de sol y otro de luna. Según los astrólogos, dicha conjunción generalmente trae mortandad y desastres, mientras que el influjo de Marte provoca la pestilencia”⁴.*

(1) IGNACIO CARMONA, Juan. *Enfermedad y Sociedad en los Primeros Tiempos Modernos*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 2005, p. 11.

(2) CASTAÑEGA, Fray Martín de. *Tratado de las supersticiones, hechicerías y varios conjuros y abusiones, y de la posibilidad y remedio dellas*, Logroño, 1529.

(3) Concebida por Hipócrates y desarrollada más tarde por Galeno insiste en la indispensable armonía de los cuatro humores: *bilis negra, bilis amarilla, flema y sangre*, que se relacionaban estrechamente con los cuatro elementos: *fuego, aire, agua y tierra* y con las calidades de *caliente, frío, húmedo y seco*. Los humores debían mantenerse armoniosamente, sorteando los peligrosos desajustes que provocaban la enfermedad física o espiritual.

(4) HAINDL URIBE, Ana Luisa. *“La peste negra”*, en *Arqueología, historia y viajes sobre el mundo medieval*, XXXV, 2010.

En estos tiempos de desmesura, Alfonso de Córdoba escribe la *“Epístola et regimen Alphontii Cordubensis de pestilentia”*. Al igual que en el *“Utrum Mortalitas”*, socorre la tesis de una conjunción astrológica que origina y alimenta la peste, explicando su extrema extensión geográfica y temporal *“por pérfidas maquinaciones contra la cristiandad por sus enemigos”*⁵.

Reliquias de santos, imágenes religiosas, agua bendita, rezos, letanías, imprecaciones al cielo, procesiones y peregrinaciones, flagelaciones, cilicios, privaciones y castigos físicos públicos y privados eran ofrecidos en una atormentada epifanía, donde el martirio de los cuerpos procuraba desesperadamente la ansiada salvación de las almas.

Los relatos de la peste revelan el profundo sufrimiento físico y psíquico que abrumaba a quien transitaba la siniestra adversidad de la catástrofe.

En 1630 Fra Benedetto Cinquanta anotaba: *“... confusión de los muertos, de los moribundos, del mal y de los gritos, los aullidos, el espanto, el dolor, las angustias, los miedos, la crueldad, los robos, los gestos de desesperación, las lágrimas, las llamadas, la pobreza, la miseria, el hambre, la sed, la soledad, las cárceles, las amenazas, los castigos, los lazaretos, los ungüentos, las operaciones, los bubones, los carbuncos, las sospechas, los desmayos”*⁶.

En un mundo atravesado por una fuerte religiosidad las prácticas médicas se teñían a su vez de un enérgico trasfondo, proveniente de las devociones piadosas y de la magia.

En las experticias de la medicina popular se mezclaban remedios caseros, ejercitados por generaciones al calor de la lumbre del hogar, con el concurso de plantas medicinales, y terapias mágico religiosas que acudían a ritos y conjuros.

Además de los clásicos textos del *Corpus Hipocraticum* y sus numerosas reelaboraciones que circulaban en los ambientes académicos, aparecen textos destinados al común, que albergan indicaciones y observaciones médicas para cuidar la salud, proteger la buena fortuna y atraer las siempre esquivas riqueza y amor, muchos de ellos atravesados con barruntos y amonestaciones alumbradas con un potente pensamiento mágico. Como alguien ha dicho: *“no faltaban en las librerías del Siglo de Oro “tesoros” que escardar”*⁷.

Entre ellos sobresale, con una titulación que replica la extravagancia de una paradoja, el *“Tesoro de los pobres, por la qual todas las enfermedades que pueden ser en cuerpos de los hombres y de las mugeres puede haver remedio de salud”* vuelto a editar en el Siglo XVII como: *“Libro de medicina llamado Tesoro de pobres.../ compuesto por*

(5) Ídem.

(6) Benedetto Cinquanta citado por DELUMEAU, Jean. *El miedo en Occidente (Siglos XIV-XVIII) Una ciudad sitiada*, Editorial Taurus, Madrid, 2002. pp. 173-174.

(7) RODRÍGUEZ CACHO, Lina. *Tesoros de Frailes y Tesoros Laicos: Notas para una tipología de los títulos en el Siglo de Oro*, Centro Virtual Cervantes.

el maestro Julián que lo recopiló de diversos autores. Con un Regimiento de Sanidad ahora nuevamente corregido y enmendado por Arnaldo de Villanova, Madrid, Diego Díaz de la Carrera, 1644", que Palau atribuye a Juan XXI, cuyo prólogo amonestaba a sus lectores a buscar la cura de sus dolencias, desechando la tutela de los galenos: "Aquí comienza un libro muy provechoso en Medicina llamado Tesoro de los pobres. El qual mandó hazer el Papa Juan a un médico suyo llamado Maestre Juliano, hombre muy sabio y experimentado en Medicina. El qual por servir a su Sanctidad y por servicio de Dios y por bien de los próximos, buscó quantos doctores y maestros había en Medicina en aquel tiempo en que uvo LVI doctores que allegó para esta obra muy sabios. Para que los hombres se sepan curar sin médico donde no lo oviere y oviere mucha necesidad".

El "Libro de San Cipriano", un grimorio vastamente conocido en el mundo de habla hispana y portuguesa, también llamado "Gran Libro de San Cipriano", "Libro Magno de San Cipriano" o simplemente "Ciprianillo", alcanzó la oportunidad de numerosas ediciones, siendo la más conocida "El tesoro del hechicero" que reunía un minucioso elenco de consejos y admoniciones sobre el cuidado de la salud asentadas en prácticas de nigromancia y magia blanca.

En tiempos de abatimiento, la desesperación y el miedo empujaron al consuelo de buscar a los responsables de los considerados *castigos divinos*. Judíos y leprosos se convirtieron rápidamente en víctimas propiciatorias, contra los que se lanzó una despiadada persecución, contra estos hombres "que parecían los instrumentos de un Dios vengador que azotaba a sus criaturas"⁸.

Considerada la peste como un castigo divino su desencadenamiento obligaba al hombre a buscar el perdón de sus pecados, purgando sus malas acciones e incitándolo a perseverar en el camino de la virtud.

El salmantino zaragozano Pedro Ciruelo, doctorado luego en Teología en París y preceptor de Felipe II explicaba en su "Hexameron Theologal sobre el regimiento medicinal contra la pestilencia", impreso en Alcalá en 1519 la necesaria preparación de los cristianos para la buena muerte: "Que por la mayor parte vemos los dolientes de pestilencia más que de otra dolencia estar en su buen seso y sana palabra hasta el último artículo de muerte: demandan y reciben deuotamente los santos sacramentos, necesarios a la saluacion del alma: iuocan la ayuda de dios y de los santos: demandan perdón de sus pecados en verdadera contrición: confiesan los artículos de la fe católica muy claramente, ordenan sus testamentos y disponen de sus haciendas con tanta cordura como si estuuiesen sanos"⁹.

(8) DUBY, Georges. *Año 1000, Año 2000. La huella de nuestros miedos*, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, Chile p. 89.

(9) CIRUELO, Pedro. *Hexameron Theologal sobre el regimiento medicinal contra la pestilencia*, Arnao Guillen de Brocar, Alcalá de Henares, 1519, Capítulo II. También en su celeberrimo *Tratado de las Supersticiones* obra editada por primera vez en 1549. De sus numerosas reimpressiones he consultado el texto facsimilar de 1628 impreso en Barcelona por Sebastián de Cormellas, en la edición de la Universidad Autónoma de Puebla del mes de noviembre de 1986, Eon Editores S.A., Florida México D.F. con estudio preliminar de María Dolores Bravo.

El fraile mercedario Pedro de Oña argumentaba como las pestes se convertían en el ansiado camino para volver a la misericordia del Creador: “... *las enfermedades las embiaua Dios, para que auisados los hombres por ellas, se bueluan a su Magestad, a pedirle remedio, y son como azote para que despertemos, y boluamos los ojos pidiendo misericordia. Este es el fin que tiene Dios juntamente en las pestes y enfermedades comunes de los pueblos; porque castiga la soberuia del Principe, le encarcela y pone grillos y despierta los coracones de los vasallos, para que bueltos a él, arrepentidos de sus particulares culpas, vse Dios de su clemencia con ellos y no les assuele y acabe de todo punto el Reyno*”¹⁰.

Era menester encontrar la coherencia que permitiera recomponer el mundo herido. Y el alivio principiaba por encontrar al culpable del desastre.

Sacrificios humanos para apaciguar el ánimo de divinidades exasperadas, se prolongaron en renovadas liturgias a lo largo de los siglos que continuaron descargando su miedo y angustias en el “otro”, en el distinto, en el *desemejante, rechazado por temido y temido por rechazado*, que no había podido integrarse aún al núcleo social herido.

Largas y sangrientas procesiones de flagelantes, que embozan en ocasiones, ritos de exorcismo, aúnan la desesperada súplica de toda una ciudad. En ellas participa toda la comunidad.

“No hay espectadores más forzados que aquellos que, bloqueados en sus casas miran por sus ventanas cerradas. Todos los demás, clérigos, laicos, magistrados y simples ciudadanos, religiosos y cofrades de todos los hábitos y todos los estandartes, masa anónima de habitantes, participan en la liturgia, rezan, suplican, cantan, se arrepienten y gimen”¹¹.

Pero este “desorden” del que hablábamos en los párrafos anteriores, debe ser compensado por un modelo disciplinario que vigile y controle eficazmente el mundo de los vivos, los enfermos y los muertos.

Pero es muy difícil anudar esta caótica estructura... y sostenerla.

Veremos a continuación en estas páginas, cómo aparecieron nuevos segmentos desde las mismas bases sociales, que actuaron para contrarrestar la epidemia.

II. El ataque de la peste

La “*peste negra*” es una zoonosis es decir una enfermedad que proviene del mundo animal. El bacilo, descubierto en 1894, es transmitido por las pulgas de las ratas o de otros roedores salvajes, como marmotas o ardillas que contagian la peste.

(10) OÑA, Fray Pedro de. *Primera parte de las postrimerías del hombre*. Pamplona, [S.n.] (por Carlos de Labayen, A costa del Convento de nuestra señora de la Merced), 1608. p. 650.

(11) DELUMEAU, Jean. *El miedo en Occidente*, cit, p. 219.

Las cacerías de pieles practicadas por los pueblos nómades de las estepas mongolas contribuyeron a su difusión, cuando la dominación mongol se afincó y se multiplicaron sus redes comerciales en Europa y Asia la peste viajó rápidamente desde las planicies mongolas hasta Constantinopla, Asia Menor y África y a través del Mediterráneo, impactando hacia 1347 en Europa hasta 1400, alentada por el intenso tráfico marítimo, no tardando en convertirse en una enfermedad endémica con periódicos rebrotes, que sin alcanzar la virulencia del primero, cobraban significativamente sus víctimas en los sectores de la población más vulnerable¹².

La enfermedad se caracteriza por la presencia de hemorragias cutáneas “*bubas*” de color azulado, pústulas de sangre que le imprimen al enfermo un singular aspecto, tras un rápido periodo de incubación de tres a cinco días. Alta temperatura, escalofríos, náuseas, sed, agotamiento físico y temblores estaban acompañados por dolores y fuerte sudoración.

En el otoño de la Edad Media no era un flagelo desconocido, porque aún se guardaba memoria de la epidemia que había diezmando la Corte de Justiniano, salvando de su estrago al propio Emperador, pero no se esperaba esta peste que avanzaba decidida desde tierras lejanas.

Afirma Ana Luisa Haindl Uribe: “*La epidemia que llega a Europa hacia 1347, vino desde China, donde había un foco endémico que se mantuvo hasta el siglo XX, viajando hacia Europa a través de la ruta de la seda, se cree que desde los lagos Issy Kakoul y Baljash, pasando por Samarcanda, las costas del mar Caspio, los ríos Volga y Don, hasta llegar a la península de Crimea. Se sabe que entre 1338 y 1339, la Peste se hallaba en la meseta central asiática. Porque se han encontrado restos de cementerios nestorianos cerca del lago Issik-Kul, donde se detecta una anormal y elevada mortandad para esas fechas, además de tres inscripciones funerarias que dan a entender sus causas*”¹³.

Los mongoles que llegan desde el Mar Negro traen la peste. Las tácticas bélicas de *catapultar* cadáveres infectados aceleran el desarrollo de la epidemia y aunque aún no se conoce cabalmente el inicio del recorrido de la peste, es posible inferir que tras su rápida propagación por las costas del Mar Mediterráneo haya continuado su camino hacia el norte de Europa, Alemania, Inglaterra, Escandinavia y el Báltico matando alrededor del 30% de la población europea.

Algunas escuetas crónicas medievales, entre ellas la *Crónica Real de Alfonso XI* relata los avatares sufridos por la corona castellana durante el impacto de la peste dando cuenta de los padecimientos de los que no pudo huir ni el mismo Rey, fatal víctima de la epidemia: “*Le fué dicho et aconsejado (al rey) que se partiese de la cerca, por quanto morían muchas compañías de aquella pestilencia, et estaba el su cuerpo en grand peligro: empero por todo esto nunca el Rey quiso partirse del dicho real sobre Gibraltar. Et*

(12) HAINDL URIBE, Ana Luisa. “La peste negra”, cit.

(13) Ídem.

fué la voluntad de Dios que el Rey adolesció, et ovo una landre. Et finó viernes de la semana sancta, que dicen de indulgencias, que fué á veinte et siete días de Marzo en la semana sancta antes de Pascua en el año del nascimiento de nuestro Señor Jesu Christo de mili et trecientos et cincuenta años, que fué entonces año de jubileo..."¹⁴.

Esta peste, en la que algún autor ha querido descubrir "el sentido nivelador de la muerte"¹⁵, cuya ruta de traslado es aún sujeto de controversia pues el supuesto trazado inicial, de peregrinaciones religiosas a Santiago de Compostela que infectan el territorio entre los meses de marzo a julio de 1348 expandiéndose luego la epidemia de norte a sur hasta Coimbra y luego hacia el este, Lugo, Asturias y León en octubre del mismo año, hasta atacar el valle del Duero "aunándose con la procedente del reino de Aragón"¹⁶, impactando luego en Toledo y alcanzando en 1350 las tierras andaluzas, fue cuestionado por otros estudiosos en la precisa oportunidad de fechas y focos de contagio¹⁷.

Lo cierto es que no tarda en convertirse en un azote endémico con gran facilidad de contagio, que embaraza la recuperación de la población, cuyas cotas demográficas descienden sustancialmente en medio del ahogo que suponía el estancamiento económico que se acumulaba a las crisis originadas por las largas guerras.

Afirmaba Juan Gómez Bravo en su erudito *Catálogo*, que "tanto estrago hizo en España la peste de mil quatrocientos que, para poblar el Reino exhausto de gente, también en las guerras, revocó el Rey la ley antigua que prohibía casarse a las mugeres antes de cumplirse el año de viudez, y mandó publicar que en adelante lo pudiesen executar".

La medida refiere la *Carta Real* emitida desde Cantalapiedra el 8 de mayo de 1400, precepto, que no innovaba demasiado en la materia pues del mismo modo y por las mismas razones la había adoptado Pedro I en las Cortes de Valladolid de 1351.

Se saltaba de este modo la añeja costumbre castellana de guardar la viuda luto durante un año evitando un nuevo matrimonio, tradición normativa que evocaba el Arcipreste de Hita, en su *Libro del Buen Amor*:

(14) *Crónica del muy alto et muy católico Rey D. Alfonso el Onceno*, en Biblioteca de Autores Españoles, Tomo LXVI, Madrid, 1953, I, p. 391.

(15) MITRE, Emilio. *Morir en la Edad Media. Los hechos y los sentimientos*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2019, p. 61.

(16) AMASUNO SARRAGA, Marcelino V. *La Peste en la Corona de Castilla durante la segunda mitad del siglo XIV*, Junta de Castilla y León, Consejería de Educación y Cultura, Salamanca, 1996.

(17) Difieren de este modo PORTELA SILVA, Ermelindo. *La región del Obispado de Tuy en los siglos XII a XV. Una sociedad en la expansión y en la crisis*, Santiago de Compostela, 1976. VACA LORENZO, Ángel. *La Peste Negra en Castilla. Aportación al estudio de algunas de sus consecuencias económicas y sociales*, en *Studia Histórica. Historia Medieval*, II. Salamanca, 1984:94-97; CABRILLANA, Nicolás. "La crisis del siglo XIV en Castilla: La Peste Negra en el obispado de Palencia", *Hispania*, 108, 1968, pp. 245-58 y "La Peste Negra en Castilla. Nuevos testimonios", *Studia Histórica, Historia Medieval VIII*, Salamanca, 1990, pp. 159-71.

*“Non me estaría bien
casar ante del año; que a bivda non convién,
fasta que pase el año de los lutos que tien
casarse, ca el luto con esta carga vien”¹⁸.*

Pero López de Ayala cronicaba escuetamente la presencia de la peste en 1387: *“Este Año (1387), en el mes de Marzo, el Duque de Alencastre, é el Maestre Davis, que se llamaba rey de Portugal, entraron en el Regno de Castilla por la parte de Benavente; é eran los de Portugal dos mil é seiscientas lanzas é seis mil peones; é con el Duque de Alencastre eran seiscientas lanzas é otros tantos archeros; que todos los otros era muertos de pestilencia en Galicia después que y llegara el dicho Duque, é aun morían en la hueste donde andaban”¹⁹.*

Relata luego: *“Después que el Duque de Alencastre llevo en Galicia e después que entro en Castilla, siempre ovo grand mortandad en sus compañías, en guisa que perdió muchas gentes de las suyas; e segund se sopo por cierto, morieron trescientos caballeros e escuderos, e muchos archeros e otras gentes”²⁰.*

Un texto de la época que arroja información precisa sobre las epidemias sevillanas es el que compone, entre los años 1353 a 1381 o 1382, el médico de origen converso radicado en Sevilla Juan de Aviñón: *“Sevillana Medicina. Que trata el modo conservativo y curativo de los que abitan en la muy insigne ciudad de Sevilla: la qual sirve y aprovecha para qualquier otro lugar destes reynos”*, intentando trazar el registro de las epidemias sufridas en la región durante la segunda mitad del Siglo XIV. La obra se publica en Sevilla el 5 de noviembre de 1545²¹.

Entretanto la literatura no permaneció ajena al albur de las nuevas adversidades.

Cuando arreciaban los días de la epidemia de la peste negra que asolaba Florencia en 1348, siete jóvenes mujeres y tres hombres que se encuentran en la iglesia de Santa María Novella resuelven abandonar la ciudad y buscar refugio con sus criados en una deliciosa villa de la campiña vecina, donde cada uno de los miembros del grupo relatará en la noche un cuento, con excepción de la jornada dedicada a las labores y los días sagrados exentos del trabajo.

Con esta estrategia discursiva se estructuran las cien historias del *Decamerón*, inicialmente escrito por Giovanni Boccaccio entre los años 1351 a 1353 en el ocaso de la Edad Media.

(18) ARCIPRESTE DE HITIA. *Libro de Buen Amor*, Edición de Alberto Blecua, Cátedra, Madrid, 1992, p. 188.

(19) LÓPEZ DE AYALA, Pedro. *Crónicas*, edición prólogo y notas de José Luis Martín, Planeta, Clásicos Universales Planeta, Barcelona, 1991. p. 626.

(20) Ídem, p. 627.

(21) *“Sevillana Medicina. Que trata el modo conservativo y curativo de los que abitan en la muy insigne ciudad de Sevilla: la qual sirve y aprovecha para qualquier otro lugar destes reynos”*, Sevilla, en casa de Andrés de Burgos, 5 de noviembre de 1545.

Mientras la peste recrudecía en la moribunda Florencia, en un jardín retirado de la ciudad enferma florecía un espacio feliz de abrumada sensualidad donde el amor y el erotismo eran los principales convidados.

El proemio del texto señalaba la aterradora imagen de la peste en cuadros horriblos como el de dos puercos destrozando un cadáver... para luego agonizar: *“Un día..., estando los despojos de un pobre hombre muerto de tal enfermedad arrojados en la vía pública, y tropezando con ellos dos puercos, y como según su costumbre se agarrasen y le tirasen de las mejillas primero con el hocico y luego con los dientes, un momento más tarde, tras algunas contorsiones y como si hubieran tomado veneno, ambos a dos cayeron muertos en tierra sobre los maltratados despojos”*²².

El escenario alcanzaba sus cotas dramáticas en la población más vulnerable: *“De la gente baja, y tal vez de la mediana, el espectáculo estaba lleno de mucha mayor miseria, porque éstos, o por la esperanza o la pobreza retenidos la mayoría en sus casas, quedándose en sus barrios, enfermaban a millares por día, y no siendo ni servidos ni ayudados por nadie, sin redención alguna morían todos. Y bastantes acababan en la vía pública, de día o de noche; y muchos, si morían en sus casas, antes con el hedor corrompido de sus cuerpos que de otra manera, hacían sentir a los vecinos que estaban muertos; y entre éstos y los otros que por toda parte morían, una muchedumbre”*.

Contra esta peste que azotaba la *“egregia ciudad de Florencia..., nobilísima entre las otras ciudades de Italia”* desatada por *“obra de los cuerpos superiores o por nuestras acciones inicuas por la justa ira de Dios para nuestra corrección”* y que había comenzado algunos años antes *“en las partes orientales privándolas de gran cantidad de vivientes, y continuándose sin descanso de un lugar en otro”*, no valían *“ningún saber ni providencia humana, como la limpieza de la ciudad de muchas inmundicias ordenada por los encargados de ello y la prohibición de entraren ella a todos los enfermos y los muchos consejos dados para conservar la salubridad) ni valiendo tampoco las humildes súplicas dirigidas a Dios por las personas devotas no una vez sino muchas ordenadas en procesiones o de otras maneras, casi al principio de la primavera del año”*.

Sus dolorosas manifestaciones: *“sangre de la nariz... signo de muerte inevitable, hinchazones que desde el comienzo nacían a los varones y a las hembras semejantemente en las ingles o bajo las axilas... donde crecían hasta el tamaño de una manzana y otras de un huevo... llamadas bubas por el pueblo”*, que luego se trocarían por *“manchas negras o lívidas que aparecían a muchos en los brazos y por los muslos y en cualquier parte del cuerpo, a unos grandes y raras y a otros menudas y abundantes”* anticipaban sin vueltas la muerte del enfermo al que no podía auxiliar *“consejo de médico o virtud de medicina alguna; ... porque la ignorancia de quienes lo medicaban (de los cuales, más allá de los*

(22) BOCCACCIO, Giovanni. *Decameron*. Hay numerosas ediciones. Las citas que siguen en el texto han sido tomadas del Capítulo: Jornada I. Principio. *Comienza la primera jornada del Decamerón, en que luego de la explicación dada por el autor sobre la razón porque acaeció que se reuniesen las personas que se muestran razonando entre sí, se razona bajo el gobierno de Pampinea sobre lo que más agrada a cada uno.*

entendidos había proliferado grandísimamente el número tanto de hombres como de mujeres que nunca habían tenido ningún conocimiento de medicina) no supiese”.

Boccaccio señala el altísimo grado de contagio que la enfermedad llevaba: *“se propagaba no solamente el hablar y el tratar con los enfermos... sino también el tocar los paños o cualquier otra cosa que hubiera sido tocada o usada por aquellos enfermos, que parecía llevar consigo aquella tal enfermedad hasta el que tocaba... Digo que de tanta virulencia era la calidad de la pestilencia narrada que no solamente pasaba del hombre al hombre, sino lo que es mucho más... que las cosas que habían sido del hombre, no solamente lo contaminaban con la enfermedad sino que en brevisimo espacio lo mataban”.*

En el tránsito de este mismo Siglo XIV, una noble mujer zaragozana, Camarera Mayor, privada y valida de la reina Catalina de Lancaster²³, entre 1406 a 1412 cuando ejercía la regencia del reino, por los derechos dinásticos de su hijo Juan II de Castilla, tras la muerte de Enrique III de Castilla *el Doliente*²⁴, escribe sus *Memorias*.

Concertados sus esponsales en 1369, cuando contaba siete años de edad con Ruy Gutiérrez de Hinestrosa²⁵, el futuro Alcalde Mayor de Córdoba, debió aguardar para consumar el matrimonio²⁶ del que nacerían cuatro hijos²⁷.

Las desventuras de una vida turbada por los azares de un destino incierto enmarcadas en la historia de la castilla bajomedieval durante la guerra entre Pedro I y Enrique de Trastámara, donde el primero resulta muerto en Montiel a manos de su hermanastro Enrique de Trastámara, se vuelcan en las nueve apretados folios de un escrito notarial escueto e intenso, intitulado: *“Vida y tragedias de Leonor López*

(23) Catalina de Lancaster, hija de Juan de Gante, Duque de Lancaster y de Constanza de Castilla, hija a su vez de María de Padilla y de Pedro I, había nacido en 1372.

(24) Su breve etapa como favorita de la Reina concluye en 1412 por instigaciones cortesanas que debilitan su posición y concluyen en el destierro de la Corte y el retiro de todos los cargos palatinos. Falleció en julio de 1430 a los 68 años de edad y fue enterrada en la capilla de Santo Tomas de Aquino del Convento de San Pablo de Córdoba al que en 1409 había dotado para convertirlo en su última morada.

(25) Era primo de las infantas, hijo y único heredero de María de Haro, Señora de Haro y de los Cameros y de Juan Señor de Hinestrosa, Canciller del Rey y Mayordomo de la Reina Doña Blanca.

(26) En 1375 -al cumplir los doce años- Leonor contrajo matrimonio, conforme con los términos del pacto esponsalicio, celebrado a menor edad con Ruy Gutiérrez de Hinestrosa. Una escritura de reconocimiento de dote que hizo Ruy Gutiérrez de Hinestrosa en Córdoba en 1386 anota: *“que puede aver diez, o doze años poco más o menos”* que *“fecimos nuestras bodas en faz de la iglesia de Carmona”*. Se deja constancia de la dote de Leonor: sesenta mil maravedís en dinero: *“los quales dichos sesenta mil maravedís reseví por vos y en nombre de vos e para vos del dicho don Martín López, vuestro padre, en doblas de oro de justo peso moriscas y en paños de oro e de seda y en plata y en ropas y en alajas y en preseas de casa y en joyas y en otros bienes e cosas”*. Cuando fue prometida, su padre le había dado veinte mil doblas *“en casamiento”*. Conforme LÓPEZ DE CÓRDOBA, Leonor. Introducción y edición crítica. *Vida y tragedias de Leonor López de Córdoba. Memorias dictadas en Córdoba entre 1401 y 1404*. Al cuidado de María Milagros Rivera Garretas. Biblioteca Virtual Duoda.

(27) Una hija Leonor de Hinestrosa y tres hijos: Juan Fernández de Hinestrosa, el primogénito, nacido en 1387 o 1388, Martín López de Hinestrosa y Gutierrez de Hinestrosa.

de Córdoba. *Memorias. Dictadas en Córdoba entre 1401 y 1404*”, donde Leonor relata su vida²⁸.

El documento original se ha perdido. Una copia incompleta descubierta en el Siglo XIX, que se conserva en la Biblioteca Colombina de Sevilla, describe en un instrumento notarial de nueve folios, escrito en primera persona y plagado de aforismos legales la dramática historia de Leonor narrada en tono de defensa sobre las vicisitudes de su vida, su valía familiar y su pasado. Y en ese breve relato aparece la peste.

La peste que asoló Castilla en 1374 y cuyos embates logró resistir Leonor se llevó a parte de su familia: *“Y el dolor le llevo a mi corazón... y yo me sintiera humillada y muy amarga porque por mi había entrado en aquella casa una enfermedad tan grave... y por mis pecados trece personas murieron”*²⁹.

*“En esto, vino una pestilencia... e murieron todos mis dos hermanos e mis cuñados e trece cavalleros de la casa de mi padre. E Sancho Miñes de Villendra, su camarero mayor, decía a mí y a mis hermanos: Hijos de mi señor, rogad a Dios que os viva yo, que si yo vos vivo nunca moriréis pobres. E plugo a Dios que murió el tercero día sin habla”. A todos estos muertos -explica con horror- “los sacaban a desherrar al desherradero como moros después de muertos. E el triste de mi hermano don Lope López pidió a el alcaide de que nos tenían que le digese a Gonzalo Ruiz Bolante, que nos hazía mucha caridad e mucha honra por amor de Dios: “Señor alcaide, sea agora vuestra merced que me tirase estos hierros en antes que salga mi ánima en que no me sacasen al desherradero”. E él díxole: “Si en mí fuese, yo lo faría”. Y en esto salió su ánima en mis manos, que avía él un año más que yo. E sacáronlo en una tabla al desherradero, como a moro”*³⁰.

El documento describe minuciosamente las prácticas religiosas con las que Leonor intentaba desesperadamente afrontar la epidemia: *“Y yo, que tenía mucha devoción en estas palabras, rezaba esa oración todas las noches rogando a Dios que me quisiese librar a mí y a mis hijos; o que, si alguno se tuviera que llevar, se llevase el mayor porque era muy enfermizo. Y quiso Dios que, una noche, no encontraba quien velase aquel chico enfermo porque habían muerto todos los que hasta entonces le habían velado. Y vino a mí ese hijo mío, que le llamaban Juan Fernández de Hinestrosa como a su abuelo, que tenía doce años y cuatro meses, y me dijo: “Señora, no hay quien vele a Alonso esta noche”. Y le dije: “Veladlo vos, por amor de Dios”. Y me respondió: “Señora, ahora que han muerto otros ¿queréis que me mate a mí?” Y yo le dije: “Por la caridad que yo le hago, Dios tendrá piedad de mí”. Y mi hijo, por no salirse de mi mandato, fue a velarle; y, por mis pecados,*

(28) La historia de Leonor fue novelada por Vicenta María de Márquez de la Plata y Ferrandiz, autora de *La válida* que obtuvo en Sevilla el III Premio Ateneo de Novela Histórica en el año 2009.

(29) LÓPEZ DE CÓRDOBA, Leonor. *Vida y tragedias de Leonor López de Córdoba. Memorias. Dictadas en Córdoba entre 1401 y 1404*, Biblioteca Virtual de Investigación Duoda.

(30) Ídem.

aquella noche le dio la peste, y al otro día le enterré. Y el enfermo vivió después, habiendo muerto todos los que he dicho"³¹.

La *peste negra* impacta decisivamente en la psicología del hombre medieval. Herido y doliente por el extremo sufrimiento físico atravesado, conmocionado por la constante pérdida de sus familiares y amigos, aterrorizado por los cíclicos contagios, advirtiendo que ninguna medicina es eficaz, pues se desconocían aun las causas de la epidemia, sus mecanismos de contagio y por lo tanto el modo de combatirlas, sumergido a su vez en un horizonte doloroso y caótico donde la muerte es una presencia constante, se entreteje un escenario de inmutable pánico y aguda conflictividad social, cuya misma impotencia para el abordaje de la solución lo inclina a acudir al consuelo de la religión o al refugio de los saberes mágicos.

La *peste negra* se convirtió luego, en un padecimiento endémico con rebrotes periódicos en los dos siglos posteriores. Sin la virulencia del estallido de 1347 se replicaron en 1362-1364 y 1374-1376 llegando sus últimas estampidas hasta el Siglo XVIII.

El género literario médico creado en la época describe solo los síntomas que aquejan a los enfermos, los bubones, las pústulas, los vómitos, las convulsiones, pero sin avanzar aun en las causas que lo habían originado o señalar algún tratamiento efectivo.

La enfermedad es siempre el castigo del pecado.

La constante presencia de la enfermedad y de la muerte acentúa la religiosidad de hombres y mujeres desesperados "*multiplicando por un lado, los actos de piedad masivos y por otro, produciendo una verdadera avalancha de donaciones que beneficiaron a la Iglesia*"³². Se multiplican en las escrituras testamentarias las *mandas del alma* que ordenan celebrar misas, oficios, procesiones, rezos y liturgias para asegurar el descanso del alma y procurar siempre *la buena muerte*, sin aclarar demasiado las causas que la provocaban, pues pululan los entresijos del rigor formulario: "*estando echado en la cama de la enfermedad que Dios Nuestro Señor a sido servido de me dar*".

El género literario de los *Ars moriendi* indicaba minuciosamente los pasos que deben cumplirse para el buen morir, presentándose ante el *Juicio Final* del modo que lo indicaba la Iglesia de Cristo.

Se ha juzgado que: "*En los testamentos se percibe el dualismo que propugna el cristianismo: el mundo terrenal como un lugar de paso, morada de vicios que debe despreciarse; y el mundo celestial identificado con la virtud y el Paraíso. El "buen morir" comienza por las invocaciones a Dios, a la Virgen y a la Corte Celestial pero pasa por purgar los errores cometidos en la vida. Para ello deben dejar por escrito, encontrándose en plenas facultades*

(31) Ídem.

(32) AMASUNO SARRAGA, Marcelino. *La Peste en la Corona de Castilla durante la segunda mitad del siglo XIV*, Salamanca, Junta de Castilla y León, 1996, p. 69.

mentales, las obras de misericordia que rediman sus pecados. Dichas obras se destinan tanto a iglesias y monasterios como a cofradías, pobres, enfermos y hospitales. Estas entidades beneficiarias constituyen la materialización de la caridad cristiana, precepto fundamental del buen cristiano. Ahora bien, las obras misericordiosas, signos de humildad y generosidad, llevaban aparejada una segunda función: beneficiar al linaje o familia del testador, así como a su red clientelar. Las fundaciones de capellanías, memorias y hospitales encubren las redes de parentesco y clientelismo del otorgante del testamento”³³.

Peste negra, lepra, cólera, viruela, sífilis, tifus, fiebres malignas. Todo en sucesivas oleadas de “*pestes y plagas*” cuyos nombres se utilizaban indistintamente para referenciar epidemias que producían gran mortandad, sin existir registros documentales ciertos y conciencia clara de sus especificidades³⁴.

En su pieza teatral “*Barlán y Josafat*”, Lope de Vega le hacía confesar en el Cuadro I al personaje *Pobre*:

“Mentira? Mal corrimiento
te venga a ti si yo miento.
Y tú lo ves, pues lo miras
Señor, ello hay cojedades,
anginas, apoplejías,
catarros, disenterías
gangrenas, sarnalidades,
podagras, fiebres y tisis,
estrangurias, ramicosis,
lepras, gotas, poliposis,
garrotillos, parálisis,
freumas, eduos, cefaleas,
lecentropeas y nauseas,
tabardillo, escotromeas,
toses y melancolías.
reumas y gotas corales,
fimeras y comiciales,
vermias e hidropesias,
hipocomndiaco, alfon
cáncer, tercianas, alpes,

(33) PORTILLA GONZÁLEZ, Aída. “El arte del buen morir en los testamentos medievales de la catedral de Sigüenza (siglos XIII-XV)”, *Espacio, Tiempo y Forma. Serie III Historia Medieval. Revista de la Facultad de Geografía e Historia*, UNED, Año 2016.

(34) AURELL, Jaume. “La transversalidad de la historia de la muerte en la Edad Media”, en Jaume Aurell Cardona (coord.), Julia Pavón Benito (coord.), *Ante la muerte: actitudes, espacios y formas en la España medieval*, Universidad de Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, EUNSA, ISBN: 84-313-1981.

sabañones, mal francés"³⁵,

despertando la asustada repuesta de Cardan:

*"Callad con la maldición
echad aquesos de ahí"*³⁶.

Larga enumeración que no contaba con una clara conciencia de las causas, etiología y el modo de curar las múltiples dolencias señaladas.

*"El fuego del mal ardiente quema a las poblaciones del año mil. Una enfermedad desconocida provoca un terror inmenso. Pero aún no llega lo peor: la peste negra devasta Europa y liquida un tercio de su población durante el verano de 1348. Como el Sida para algunos en los años 80, esta epidemia se vive como castigo del pecado. Se busca entonces víctimas propiciatorias y se encuentra a judíos y leprosos: se los acusa de envenenar los pozos. Las ciudades se repliegan, prohíben que ingrese el extranjero sospechoso de contagio. La muerte está en todas partes, en la vida, el arte, la literatura. Pero los hombres de la época temen otra enfermedad, la lepra, que se considera propia de la perversión sexual. Sobre el cuerpo de esos desgraciados se reflejaría la podredumbre de sus almas. Aíslan y encierran entonces a los leprosos, rechazo radical que recuerda algunas actitudes para con el Sida"*³⁷.

Cuando se cree haber identificado *al chivo expiatorio*, al que se supone culpable de la peste, se desata una cruda xenofobia que construye un imaginario pesimista y cruel en ocasiones de incontenibles consecuencias.

Resurge el mundo de las mentalidades mágicas, se desconfía de la medicina científica, a quien coyunturalmente se le atribuye incluso haber provocado la peste por el empleo de medicamentos y prácticas que son resistidas.

Curanderos y sanadores con sus empastos de polvos y yerbas naturales, sus conjuros y oraciones inspiran mayor confianza *"por el fortalecimiento del pensamiento mágico cuando, la medicina tradicional no logra dar respuesta a la epidemia"*³⁸.

(35) LOPE DE VEGA, Félix. *Barlán y Josafat*, en *Alicante Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes* 2002. Ubicación original: En Zaragoza, por Pedro Verges, 1641, Base de Datos Teatro Español del Siglo de Oro (TESO), Autorizada por Miguel Ángel Auladell Pérez. Notas de reproducción original: Edición digital a partir de Veinticuatro partes perfectas de las comedias del Fénix de España Lope de Vega Carpio... sacadas de sus verdaderos originales..., en Zaragoza, por Pedro Verges, 1641, Localización: Base de Datos Teatro Español del Siglo de Oro (TESO). Autorizada por Miguel Ángel Auladell Pérez.

(36) Ídem.

(37) Ídem. pp. 78-79.

(38) TORTORELLO, Yesica. "La fiebre amarilla en Buenos Aires: la gran epidemia de 1871 y su imaginario", en XVI Jornadas Interescuelas, Departamento de Historia, Facultad de Humanidades, Universidad Nacional de Mar del Plata, Mar del Plata, 2017.

“*Tiempos de rencores*”³⁹ donde el *otro* se convierte rápidamente en el odiado *chivo expiatorio*, culpables de envenenar los pozos o traer el germen del contagio en sus baúles emponzoñados, lo que inevitablemente acelera los procesos de intolerancia y desencadenan la persecución y el acoso.

En el Nuevo Mundo se desataron epidemias de sarampión, “*modorra*,” tífus, *plaga pulmonar*, gripe, malaria y “*fiebres cuartanas*”, disentería hemorrágica, difteria, fiebres palúdicas, fiebre amarilla, viruela que los aztecas referenciaban como *buey zahuatl* o “*gran erupción cutánea*” que atacó todo el continente en sucesivas oleadas, originando la célebre *Real Expedición Filantrópica de la Vacuna* o *Expedición Balmis*, sufragada por Carlos IV que dio la vuelta al mundo entre los años 1803 a 1806, con el propósito de erradicar la viruela de todos los rincones del Imperio español.

Las primeras técnicas empleadas para luchar contra la viruela consistían en las prácticas de la *variación* que suponía extraer líquido de las pústulas de una persona enferma en la última etapa de su dolencia para inocularlo a una persona sana mediante una pequeña incisión en el brazo.

El nuevo recipiendario se enfermaba, pero rara vez moría al recibir una pequeña dosis del virus.

Desde los experimentos pioneros de Edward Jenner que había observado cómo los ordeñadores de vacas lecheras adquirían una variedad de viruela más leve por el contacto con los animales, que los inmunizaba luego del ataque de la viruela.

Los primeros experimentos: extraer el líquido de las pústulas de la ubre de la vaca e inocularlo a una persona sana provocaban una infección que habitualmente no generaba la muerte y además los inmunizaba contra la viruela.

Esta fue la estrategia desplegada en la *Expedición Balmis*, financiada por el Rey Carlos IV, cuya hija la infanta María Teresa había muerto víctima de la viruela.

A bordo del navío *María Pita*, el 30 de noviembre de 1803 se embarcaron en el puerto de La Coruña, el alicantino Francisco Javier de Balmis, médico de la Corte, junto a médicos asistentes, prácticos, enfermeras y la Rectora del Orfanato *Casa de Expósitos* de la Coruña Isabel Zendal o Sendales Gómez que agrupaba un conjunto de 22 niños, cuyas tiernas edades oscilaban entre los 3 a 9 años, elegidos así para asegurar que no hubiesen padecido la viruela, y entre los que se encontraba el propio hijo de Isabel Zendal o Sendales Gómez, bajo la promesa de una vida mejor⁴⁰.

(39) HEERS, Jacques. *Occidente durante los siglos XIV y XV*, ed Laber, Barcelona, 1968, p. 65.

(40) La planta embarcada comprendía a su Director Francisco Xavier Balmis y Berenguer Subdirector: José Salvany y Lleopart, Ayudantes: Manuel Julián Grajales Antonio Gutiérrez Robredo, Practicantes: Francisco Pastor y Balmis Rafael Lozano Pérez Enfermeros: Basilio Bolaños, Antonio Pastor y Pedro Ortega la Rectora de la Casa de Expósitos de La Coruña: Isabel Zendal o Sendales Gómez y los niños de la Casa de Expósitos de Santiago: Vicente Ferrer (7 años) Pascual Aniceto (3 años) Martín (3 años) Juan Francisco (9 años) Tomás Metitón (3 años) Juan Antonio (5 años) José Jorge Nicolás de los Dolores (3 años) Antonio Veredia (7 años) Francisco Antonio (9 años) Clemente (6 años) Manuel

A estos niños, en su mayoría huérfanos o provenientes de humildes hogares, se los infectaba de dos en dos cada 9 o 10 días para mantener vivo y fresco el virus, en un tiempo carente de cámaras de refrigeración, a través de esta verdadera *cadena humana de contagio organizado, donde el suero viajaría pasando de brazo en brazo hasta llegar al Nuevo Mundo*. La Expedición cumplió el amplio periplo señalado⁴¹.

III. Las epidemias en el Río de la Plata

En la segunda mitad del Siglo XIX, el Río de la Plata sufrió brotes de *fiebre amarilla* traída en 1857 desde Montevideo por barcos provenientes del Brasil, donde la enfermedad era endémica. Un año después, la enfermedad volvió a aparecer, causando 300 muertos en la ciudad de Buenos Aires, cifra que se duplicaría diez años más tarde con la epidemia de *cólera* de 1867.

Si bien la primera epidemia de *cólera*, casi no registró víctimas, la segunda oleada en el verano de 1868 atacó gran parte de Buenos Aires y más de 10 provincias argentinas.

La epidemia logró paralizar las operaciones militares, enfermando a 4.000 soldados y matando a 2.400. *“Entre vómitos y diarreas... exprimía los cuerpos de las víctimas hasta la última gota de agua, convirtiendo en pocas horas a un hombre joven y robusto en un pingajo arrugado, un tembloroso esqueleto, apenas recubierto por una piel reseca y quebradiza”*⁴².

Su virulencia se llevó incluso al Vice Presidente de la Nación Marcos Paz, que reemplazaba al General Mitre, ausente de la República por la dirección de la Guerra del Paraguay.

Esa misma contienda, iniciada en 1865, sería la causa de un nuevo brote de *fiebre amarilla* que cobraría la vida de alrededor de 14.000 personas en apenas cuatro meses.

María (3 años) José Manuel María (6 años) Domingo Naya (6 años) Andrés Naya (8 años) José (3 años) Vicente María Sale y Bellido (3 años) Cándido (7 años) Francisco Florencio (5 años) Gerónimo María (7 años) Jacinto (6 años) Benito Vélez el hijo adoptado de Isabel Zandal o Sendales Gómez. La reglamentación de la Expedición Balmis preveía para los niños embarcados: *“Serán bien tratados, mantenidos y educados hasta que tengan ocupación o destino con que vivir, conforme a su clase y devueltos, a los pueblos de su naturaleza, los que se hubiesen sacado con esa condición”*. A cada uno de ellos se le entregó un hatillo con un ínfimo equipamiento de dos pares de zapatos, seis camisas, un sombrero, tres pantalones con sus chaquetas de lienzo y otro pantalón de paño más abrigado, tres pañuelos para el cuello, tres para la nariz, un peine, un vaso, un plato y un juego de cubiertos.

(41) Los avatares de la Expedición Balmis se reflejaron en la literatura y en el cine. Julia ÁLVAREZ escribió: *Saving the World* (2006); Antonio VILLANUEVA EDO: *Los héroes olvidados* (2011); Javier NEVEO: *Los niños de la vacuna* (2013); Javier MORO. *A flor de piel* (2013); María SOLAR: *Los niños de la viruela* (2017).

(42) SCENNA, Miguel Ángel. *Cuando murió Buenos Aires 1871*, Ediciones La Bastilla, Buenos Aires, 1974, p. 165.

Veremos a continuación como se desarrolló la epidemia de 1871 de fiebre amarilla o *vómito negro*.

III.1. La Epidemia de fiebre amarilla o *vómito negro* de 1871

“Quien se detuviera en el centro de la Buenos Aires de 1870, tendría como impresión fundamental la de haber entrado a una ciudad grande y pacífica. Una febril actividad se desarrollaba en la zona de los muelles y en algunas calles comerciales adyacentes, pero el resto de la ciudad se extendía en calles tranquilas; parecía reposar dentro de los patios y detrás de las paredes de ladrillos revocados de sus casas de una sola planta. Esta era la ciudad más populosa y el puerto más importante de la Argentina, el centro administrativo del gobierno nacional y la capital de la provincia más grande y más rica del país. No obstante, la vida transcurría con ritmo pausado”⁴³.

Xavier Marmier observaba: *“No conozco nada parecido a la de Buenos Aires, cortada en líneas rectas y dividida en “manzanas”, iguales de 150 metros por lado. Cuando se averiguan las señas de alguna persona, aquí se responde siempre: vive a dos o tres cuadras y media; y ya tenéis, metro más, metro menos, la medida exacta. El mismo espíritu de uniformidad que ha inspirado el ancho de las calles preside la construcción de las casas”⁴⁴.*

En el último cuarto del Siglo XIX la ciudad de Buenos Aires, un geométrico damero que componía un verdadero tablero de ajedrez, afrontaba una paradoja cuya absurda incongruencia sellaría amargamente el destino de la epidemia de 1871: la ciudad recostada sobre el gran río había crecido demográficamente en absoluta soledad con su estructura habitacional.

Buenos Aires se encontraba habitada por casi 180.000 personas con un altísimo porcentaje de población inmigrante alojada en condiciones paupérrimas.

Este crecimiento demográfico se robusteció en el considerable ingreso de población inmigrante.

Alentada como un decidido motor de progreso económico, en toda la segunda mitad del Siglo XIX, se desarrollaron políticas de aliento a la inmigración, tarea que no tardó en cuajar con un altísimo ingreso de sectores empobrecidos de Europa, que huían desesperados de pésimas condiciones de vida y trabajo.

El *Resumen Estadístico del Movimiento Inmigratorio en la República Argentina Años 1857-1924* arroja cifras elocuentes⁴⁵.

(43) SCOBIE, James. *Buenos Aires del Centro a los Barrios. 1870-1910*, Editorial Hachete, Buenos Aires, 1977, p. 57.

(44) MARMIER, Xavier. *Buenos Aires y Montevideo en 1850*, Biblioteca Virtual Universal, 2010.

(45) DIRECCIÓN GENERAL DE INMIGRACIONES. *Resumen Estadístico del Movimiento Inmigratorio en la República Argentina Años 1857-1924*, Talleres Gráficos del Ministerio de Agricultura de la Nación, Buenos Aires, 1925.

Entre 1857 y 1890 ingresaron al país 1.281.577 inmigrantes distribuidos de este modo: 20.000 inmigrantes arribaron entre los años 1857 a 1860; 159.570 lo hicieron entre los años 1861 a 1870; 260.885 entre 1871 y 1880 y 841.122 entre los años 1881 y 1890 respectivamente.

Entre los días 15 al 17 de setiembre de 1869 por especial gestión del Presidente de la República se llevó a cabo el Censo Nacional dirigido por el Doctor Diego G. de la Fuente.

Sus resultados apuntaron a que la población del territorio argentino ascendía a 1.830.214 habitantes, incluidos 93.138 indios que habitaban las regiones chaqueña, patagónica, fueguina y misionera. La distribución de esa cifra se desglosaba en el escenario provincial del siguiente modo: Buenos Aires, 495.107; Córdoba, 210.508; Entre Ríos, 134.271; Santiago del Estero, 132.898; Corrientes, 129.023; Tucumán, 108.953; Santa Fe, 89.117; Salta, 88.933; Catamarca, 79.962; Mendoza, 65.413; San Juan, 60.319; San Luis, 53.294; La Rioja, 48.746; Jujuy, 40.379; y los territorios nacionales, 93.291.

La población urbana agrupaba a 600.670 habitantes, y la rural 1.136.406. Eran argentinos, 1.526.784 pobladores, y extranjeros, 210.292. El 71% de las personas mayores de 6 años eran analfabetas.

La ciudad de Buenos Aires, con altas tasas de natalidad, pero también de mortalidad, contaba con 177.787 habitantes, entre los cuales moraban 88.126 extranjeros: 44.233 italianos y 14.609 españoles.

Sobre casi 19.000 viviendas urbanas, 2.300 revestían una construcción primaria de madera o barro y paja.

Las cuatro ciudades más pobladas eran Córdoba, Rosario, San Miguel de Tucumán.

Lo que también reveló el Censo fue el exponencial crecimiento de la ciudad porteña. Horacio C. Rivarola destacaría en 1910 las características más enfatizadas del Censo de 1869: *“La ciudad cabeza aumenta, crece desmesuradamente, y da motivo a la afirmación tantas veces traída y llevada del peligro e inconveniente de la cabeza enorme con cuerpo pequeño”*.

Pero el desarrollo edilicio de la planta urbana de la ciudad no acompañaba la desbordada elocuencia de su despliegue demográfico. Las viviendas de locación múltiple, el clásico *“conventillo”*, asentado en casonas que habían sido abandonadas por sus dueños originales, quienes sin embargo conservaban la propiedad de las mismas y las rentaban por cuartos a los inmigrantes recién llegados, convirtiéndolas en un próspero negocio, no tardó en erigirse en un peligroso foco de contaminación epidémica.

Las antiguas residencias del austero y melancólico barrio del sur, que otrora había albergado a las principales familias porteñas, progresivamente abandonadas por estas hacia 1860, en busca de zonas menos pobladas.

Asentados en espacios mezquinos, atestados de inmigrantes, con cocinas comunes u hornillos improvisados colocados en los mismos dormitorios, letrinas compartidas “mezclados los olores a los alientos”⁴⁶, los conventillos fueron el primer y único refugio de las oleadas de inmigrantes que a diario vomitaban las panzas de los barcos. Trescientas cincuenta o cuatrocientas personas se acomodaban en el espacio que antes había cobijado a una familia de veinticinco miembros y su personal de servicio⁴⁷.

El alto rendimiento del sistema que aportaba a sus propietarios beneficios superiores de los que resultaban de alquilar la casa a una sola familia hizo que los conventillos proliferaran rápidamente.

Las casas de inquilinato, acondicionando antiguas mansiones, surgieron en Buenos Aires finalizando la década del 50. Luego, la readaptación de casas antiguas compitió con la construcción de edificios baratos destinados a locaciones múltiples, conservando estos la estructura de la planta con patio y una sola puerta a la calle.

Hacia 1867 Justiniano Lynch mandó construir especialmente uno de los primeros edificios destinados a este fin en la calle Corrientes, entre Talcahuano, y Uruguay. Constaba de 30 habitaciones que median 5 por 5 metros.

En 1880 había aproximadamente unos 1770 conventillos en Buenos Aires que reunían 24.023 habitaciones, de las cuales 17.744 estaban construidas con material y 6.279 con madera y techos de zinc.

Las habitaban 51.915 personas: 19.820 hombres, 14560 mujeres y 17.535 menores de 12 años.

En 1883 la cifra había trepado a 1.868 conventillos con un total de 25.465 habitaciones que proporcionaban refugio a 64.156 personas.

Los números no cesaban de crecer, en 1887 se contabilizaron 2.835 inmuebles con una población de 116.167 almas: 39.895 argentinos y 76.324 extranjeros sobre un total poblacional de la ciudad de 437.875 habitantes.

Estos míseros albergues fueron el primer refugio de las corrientes inmigratorias.

Unos años después, el Censo de 1887 registraba entre los moradores de las casas de inquilinato, situadas en el radio céntrico un 72% de población extranjera, mientras que en toda la ciudad el porcentaje de extranjeros habitantes de conventillos alcanzaba el 66%⁴⁸.

El conventillo fue juzgado como el nexo natural de elementos heterogéneos: “La planchadora, el compadre mayoral de tranvías, el español anarquista, el napo y el tano

(46) SCENNA, Miguel Ángel. *Cuando murió Buenos Aires*, cit., p. 133.

(47) SCOBIE, James. Cit., p. 191.

(48) CENSO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, 1887. Tomo II, .p. 30.

verdulero y el turco mercachifle han trenzado en sus patios bulliciosos la temática del sainete y la raigambre de un mundo nuevo que entrecruzó sus ramas como las plantas de un monte cimarrón"⁴⁹.

La población local tardó en asimilar al elemento extranjero. Sus ropas, costumbres, aspecto y lenguaje fueron el motivo de las burlas del criollo, quien inmediatamente despreció al "gringo".

El señorío español había consagrado la superioridad "*de la toga, la espada por encima del martillo, la pala y el yunque*"⁵⁰. Parecía pues, que la presencia del inmigrante era admitida únicamente en aras de la exaltación del progreso.

Por lo demás, el inmigrante desarraigado nostálgico perseguido por el recuerdo de mil penurias se había decidido a efectuar este "*salto al vacío*" ilusionado con la esperanza de obtener un rápido progreso económico. Su tesonera actitud, desplazando en más de una ocasión al elemento local le granjeó las antipatías de este⁵¹.

La literatura de la época no tardó en reflejar el conflicto entre ambos mundos. Tanto en "*La gringa*" de Florencio Sánchez como "*En la sangre*" de Eugenio Cambaceres se pinta el choque entre los antiguos dueños de la tierra y los recién llegados.

Conscientes de ese rechazo los extranjeros se agruparon por naciones y a veces hasta por provincias, regiones, pueblos o aldeas, tal era su número que hasta estas minucias permitía. Algunos conventillos sumaron pues a connacionales. Se convirtieron en verdaderas islas donde se había trasplantado el cerrado dialecto, las costumbres, la música y los cantos de la patria lejana.

Entretanto, las condiciones en que se desarrollaba el trabajo, considerado como una mercancía, que debía regularse por el libre juego de las leyes de mercado, conforme al criterio clásico⁵² establecían una jornada promedio de 10 horas que se extendía en ocasiones hasta 12 o 14. No existían periodos de vacaciones, licencias, ni la consideración de los días feriados. Ni aun el descanso hebdomadario gozaba de general aceptación, pues muy parcialmente se aplicaba.

Si el obrero faltaba por causa de enfermedad se le descontaba el día. Los talleres y las fábricas no reunían generalmente las mínimas condiciones de seguridad e higiene. En cualquier momento el trabajador podía ser despedido sin indemnización ni preaviso alguno. Mujeres y niños desde los seis y siete años trabajaban en condiciones similares a los hombres, pero recibiendo siempre un jornal menor.

(49) ECHEBARNE, Marcelo. *La influencia del arrabal en la poesía argentina culta*, Editorial Kraft, Buenos Aires, 1955, p. 146.

(50) SCOBIE, James, Cit. p. 280.

(51) MARTIRÉ, Eduardo. "El Noventa. Una epidemia moral que llamaremos fiebre del progreso", en *Lecciones y Ensayos*, Números 21-22, Buenos Aires, 1961, p. 110.

(52) MARTIRÉ, Eduardo. "El Proyecto de Ley Nacional de Trabajo (1904) a través de la prensa porteña", *Revista de Historia del Derecho (RHD)*, Tomo III, Buenos Aires, 1975, p. 230.

Los salarios sufrirían además sensibles deterioros por las crisis monetarias que se sucederían en el último cuarto del siglo XIX.

Eduardo Wilde un joven “*médico de los pobres*” que a juicio de un testigo de la época, Paul Groussac, “*se portó admirablemente durante la epidemia*”⁵³, conocía perfectamente por su ejercicio profesional el escenario de los *conventillos* y sobre el particular confesaba: “*Yo por mi profesión me veo obligado muchísimas veces a penetrar y tener ocasión de observar lo que allí pasa. Un cuarto de conventillo..., es el comedor, cocina y despensa, patio para que jueguen los niños, sitio donde se depositan los excrementos a lo menos temporalmente, depósito de basura, almacén de ropa sucia y limpia si la hay, morada del perro y del gato, depósito de agua, almacén de comestibles, sitio donde arde de noche un candil, una vela o una lámpara, en fin, cada cuarto de estos es un pandemonium donde respiran contra todas las prescripciones higiénicas, contra las leyes del sentido común y del buen gusto y hasta contra las exigencias del organismo mismo cuatro, cinco o más personas*”⁵⁴.

Carentes de servicios cloacales y de un adecuado suministro de agua potable, la contaminación de las napas de agua donde se extraía el líquido vital con la peligrosa vecindad de los pozos ciegos que recibían las aguas servidas, los desechos y las basuras de la ciudad provocaba múltiples infecciones y severas enfermedades gastrointestinales.

El obrero pintor, escritor y periodista Adrián Patroni, una de las voces más elocuentes del socialismo temprano, que vivió en las habitaciones de los *conventillos* porteños describía: “*los tugurios que habitan las familias obreras en Buenos Aires, los que a su vez sirven de dormitorio, sala, comedor y taller de sus moradores. Pocos son los conventillos donde se albergan manos de ciento cincuenta personas. Todos son a su vez, focos de infección, verdaderos infiernos, pues el ejército de chiquillos en eterna algarabía no cesan en su gritería, mientras los más pequeñuelos, semidesnudos y harapientos, cruzan gateando por el patio recogiendo y llevando a sus bocas cuanto residuo hallan a mano; los mayorcitos saltan, gritan y brincan, produciendo desde las 7 de la mañana hasta las 9 de la noche un bullicio insoportable*”⁵⁵.

Guillermo Rawson es un médico higienista que atravesó la epidemia de 1871 trabajando arduamente en lazaretos y hospitales. Haremos referencia a sus esfuerzos en los siguientes párrafos. La dramática realidad de los *conventillos* porteños no le era pues ajena. En su “*Estudio sobre las casas de inquilinato de Buenos Aires*” traza un vehemente y despiadado informe construido en esos difíciles años y publicado en 1885 cuya exaltada vehemencia no tiene desperdicio, por ello, a pesar de su extensión me permito la transcripción completa de los párrafos iniciales. Allí denunciaba la

(53) GROUSSAC, Paul. *Los que pasaban*, Estudio Preliminar de Alejandro Eujenian, Editorial Taurus Colección Nueva Dimensión Argentina dirigida por Gregorio Weinberg, Buenos Aires, 2001, p. 69.

(54) WILDE, Eduardo. *Arrendamiento de las obras de salubridad de la Capital*, Buenos Aires, 1887, p. 67.

(55) PATRONI, Adrián. *Los trabajadores en la Argentina*, Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1898.

dramática situación de las viviendas marginales, los contrastes entre las infecciones sufridas por los hijos de los ricos y de los pobres y como unas encadenaban a otras.

Denuncia la: “... acumulación de centenares de personas, de todas las edades y condiciones, amontonadas en el recinto malsano de sus habitaciones; recordemos que allí se desenvuelven y se reproducen por millares, bajo aquellas mortíferas influencias, los gérmenes eficaces para producir las infecciones, y que ese aire envenenado se escapa lentamente con su carga de muerte, se difunde en las calles, penetra sin ser visto en las casas, aun en las mejor dispuestas.... los que hayan tenido la oportunidad de observar la vida que se pasa en esas habitaciones malsanas que venimos estudiando, los que hayan seguido con interés el proceso de afocamiento de las enfermedades infecciosas y epidémicas, podrán comprender que, de la alta cifra de defunciones, 2.200 a lo menos, proceden de las casas de inquilinato, lo que daría, sobre los 64.156 habitantes que ellas tenían, una mortalidad de 34 por mil. Y si se considera que, de los 1.500 muertos de viruela, más de mil han ocurrido en aquellas acumulaciones, se puede apreciar la influencia perniciosísima que esas casas ejercen, no solo por el sufrimiento de sus moradores, tan dignos de compasión, sino por la difusión de las enfermedades”. infecciosas, y la mayor gravedad que ellas asumen en aquellos focos horribles de donde se transmiten al resto de la población”⁵⁶.

Adam Altgelt, es un vecino de Buenos Aires, un hombre que vive en la época y padece los desatinos de la ciudad, sin propósitos políticos ni historiográficos, escribiendo al correr de la pluma para el recuerdo personal, afectuoso y entrañable de sus hijos y nietos, traza una deliciosa e íntima crónica familiar, donde no faltaba la denuncia de la angustiada realidad sanitaria de la ciudad porteña: “Desde que fue construida nuestra ciudad, nunca se evacuó un excusado. Los pozos negros tienen una profundidad de 20 a 60 pies... no tienen revestimiento carecen de caños de salida. Los líquidos son absorbidos por la tierra circundante, y cuando las partes sólidas se han acumulado, hasta llegar casi al inodoro, se hace un nuevo pozo al lado y se lo comunica con el viejo mediante una pequeña zanja. Va a parar allí también los residuos de la cocina. De modo que tenemos 30.000 pozos negros o “aguas de los mil olores” llenos al tope y otros 15.000 hasta la mitad,

(56) RAWSON, Guillermo. *Estudio sobre las casas de inquilinato de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1895. Continuaba el autor que citamos: “Las casas de inquilinato, con raras excepciones, si las hay, son edificios antiguos, mal construidos en su origen, decadentes ahora, y que nunca fueron calculados para el destino a que se les aplica. Los propietarios de las casas no tienen interés en mejorarlas, puesto que así como están les producen una renta que no podrían percibir en cualquier otra colocación que dieran a su dinero. Había el año pasado 1.868 casas de inquilinato, teniendo entre todas 25.645 habitaciones y el término medio del alquiler mensual de cada una destas era de m\$N 136. La renta que estas propiedades producen ascienden, según estos datos, a m\$N 3.487.720 cada mes y el producto anual sube a m\$N 41.852.640, o sea 1.730.162 pesos nacionales oro... Es claro que a los propietarios no les conviene vender estas fincas; y la prueba de ello es que se han enajenado 2.600 casas de 22.500 que existían en 1862, lo que corresponde al 10% del número de casas en esa fecha; y no se encuentran entre estas ventas ni el 2% siquiera de las casas de inquilinato, siendo de notar que en el mayor número de los casos esas enajenaciones tan escasas habrán sido determinadas por arreglos de familia o por otras causas que están lejos de ser financieras o comerciales”.

*que continuamente a través de todos los poros, transpiran sus miasmas, convirtiendo a la ciudad en los días sin viento, y con elevada humedad, en una verdadera cueva pestilente*⁵⁷.

La deficitaria recolección de la basura acumulaba los despojos en zonas periféricas de la ciudad, donde con una piedra de considerables dimensiones se aplaban los residuos para utilizarlos luego como relleno de los terrenos bajos y para nivelación de las calles que se pavimentaban “a bola”.

El calor del verano fermentaba los desechos enterrados que despedían vapores insoportables que se escapaban por las juntas del pavimento.

La recolección se llevaba a cabo en carros abiertos que levantaban los residuos amontonados en estado de putrefacción que solían desbordar la capacidad del transporte “dejando al paso un reguero de residuos que ya nadie volvía a levantar”⁵⁸.

A su vez, saladeros, mataderos, graserías y otros establecimientos de una incipiente industria decimonónica, arrojaban displicentemente sus desperdicios al Riachuelo o sus afluentes sin tratamiento alguno.

La sangre y las entrañas desechadas del sacrificio de los animales, en los mataderos vecinos a las márgenes del Riachuelo terminaban en sus aguas, circunstancia que provocaba la infestación de las orillas, donde se criaban nubes de moscas y mosquitos, a la par que una marea de hedores repugnantes invadía la atmósfera de la ciudad.

Se había construido un verdadero *basurero líquido*, convertido en un foco infeccioso por la gran cantidad de materias orgánicas en estado de putrefacción que albergaban sus fétidas aguas, convertidas en el perfecto *caldo de cultivo* para la incubación de mosquitos.

La Nación en su edición del día 15 de febrero de 1871 denunciaba: “Parece que el lecho del Riachuelo es una inmensa capa de materias en putrefacción. Su corriente no tiene ni el color del agua. Unas veces sangrienta, otras verde y espesa, parece un torrente de pus que escapa a raudales de la herida abierta al seno gangrenado de la tierra. Un foco tal de infección puede ser la causa de todos los flagelos, el cólera y la fiebre. ¡Hasta cuando respiraremos el aliento y beberemos la podredumbre de ese gran cadáver tendido a espaldas de nuestra ciudad!”⁵⁹.

“Solo faltaba una epidemia que pusiera a prueba las leyes del mercado”⁶⁰.

(57) ALTGELT, Adam. *Los viejos Altgelt*. Buenos Aires, 1990, citado por HARISPURU, Adela. “Buenos Aires, 1871. Crónica de una epidemia”, en *Así hacíamos Historia*, Volumen I-2 Otoño de 2008.

(58) GARCÍA CUERVA. Pbro Jorge Ignacio. *La Iglesia en Buenos Aires durante la epidemia de fiebre amarilla de 1781*, Tesis de Licenciatura, Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de Buenos Aires, Buenos Aires, 2002, p. 20.

(59) LA NACIÓN. Ejemplar del 15 de febrero de 1871.

(60) PIGNA, Felipe. *La fiebre amarilla en Buenos Aires*, en <https://www.elhistoriador.com.ar>

III.2. Y la epidemia llegó

Probablemente en barcos provenientes de Asunción, en pleno desarrollo de la Guerra de la Triple Alianza la enfermedad arribó a Buenos Aires en el mes de enero de 1871.

Previamente se registró un brote en Corrientes.

Exhausta por la larga guerra que mantenía con el Brasil desde 1864 y desde el 1 de mayo de 1865 con los países de la Triple Alianza, Paraguay atravesaba hacia finales de 1870 los estertores finales de la guerra.

Carente de estructura sanitaria, agotada, abatida y hambreada Asunción sufrió en los últimos meses de 1870, un brote de fiebre amarilla originada por los contagios provocados por prisioneros paraguayos repatriados desde el Brasil, virus que rápidamente se trasladó a Corrientes, donde el primer caso fue diagnosticado el 14 de diciembre de 1870.

“Ciudad pequeña, de calles arenosas sin empedrar, con pocas veredas y muchos aleros buscando crear sombra, de casas chatas de un solo piso con gloriosos jardines interiores, arbolada con la sed de frescura de un clima tórrido en verano, poblada de iglesias de extraña construcción, llevaba desde siempre una vida calma de severas raíces, expresada en la serena pachorra de sus habitantes, bajo cuya parsimonia escondían una dureza de granito”⁶¹.

La guerra la convirtió en el principal nudo de comunicaciones con el mando aliado y estratégica cabecera en el abastecimiento de las tropas en operación, con un puerto donde atracaban todos los navíos prestos al combate y un incesante traslado de tropas. La peste cobró 2000 muertos en los primeros meses de 1871.

Era pues inevitable la infección de Buenos Aires, sede de las autoridades nacionales del país, de los provinciales y aún de las municipales.

La fiebre amarilla se desarrollaría con especial virulencia en las zonas más densamente pobladas de San Telmo, Montserrat, San Nicolás, San Miguel, Catedral al Sur y Balvanera.

El Censo Municipal de 1887 denunciaba el siguiente encadenamiento mensual de las 13.614 muertes ocurridas en el primer semestre de 1871: Enero: 6. Febrero: 298. Marzo: 4.895. Abril: 7.535. Mayo: 842. Junio: 38.

De esta cifra de 13.614 muertes ocurridas en el primer semestre de 1871 resulta significativo acotar que el 75% de las mismas correspondía a extranjeros, totalizando 10.217 muertos, con alta incidencia de población italiana que vivían en barrios muy afectados por la epidemia y con mayor presencia en hombres. La multiplicación de las defunciones, que alcanzaron su pico más dramático en el transcurso del mes de abril, no alteró empero la dinámica poblacional que *“se recuperó de inmediato”⁶².*

(61) SCENNA, Miguel Ángel. Cit., pp. 183-184.

(62) MAGLIONI, Carolina - STRATTA, Fernando. *Impresiones profundas. Una mirada sobre la epidemia de fiebre amarilla en Buenos Aires*, Población de Buenos Aires, Año 6, Número 9, ISSN 1668-5458.

Pese a que las muertes en la ciudad se multiplicaban⁶³, los festejos de carnaval del mes de febrero de 1871 no fueron interrumpidos, porque “*los cascabeles de Momo no lograron apagar los dobles de las campanas*”⁶⁴.

Inexplicablemente los periódicos incitaban a la población a sumarse a los festejos: “*Carnaval: Ya no hay duda de que este será espléndido en el presente año. ¡La cosa se ha formalizado! Hay un buen espíritu y se llevará a cabo, como no se ha visto hasta ahora en Buenos Aires. Será un carnaval de no te muevas. Aprontarse*”⁶⁵.

Mientras Mardoqueo anotaba: “*Las fiestas arrecian y la fiebre se olvida. Los excesos rendirán sus frutos*”, hombres y mujeres bailaban en un frenético *intermezzo* que muy pronto sería reemplazado por vómitos pestilentes y una montaña de cadáveres.

Y aun cuando se admitiera la presencia de la peste, todavía se intentaba borrar la sombra amenazante de una epidemia. “*Mucha alarma, grandes preparativos, para salvarse de una epidemia que aún no se ha iniciado con carácter epidémico... Podemos garantizar al pueblo que la fiebre amarilla no tiene el carácter alarmante que se le atribuye, por algunos espíritus medrosos... Lo que sucede hoy con la fiebre amarilla en la parroquia de San Telmo no tiene el carácter de antes, pues los casos de hoy son raros y de carácter esporádico*”⁶⁶.

Ignorada por las autoridades, la fiebre avanzaba a pasos agigantados.

Las viviendas de locación múltiple, radicadas en el barrio de San Telmo: Bolívar 392 y Cochabamba 113 constituyeron los primeros focos del contagio.

Bolívar 392 era un pequeño inquilinato de apenas 8 cuartos donde moraba el inmigrante italiano Ángel Bignollo de 68 años de edad, quien murió junto a su nuera Colomba de 18 años. La certificación de sus muertes, acreditada por el médico que los atendió, Juan Antonio Argerich, el 27 de enero de 1871 indicaba respectivamente una *gastroenteritis* para el primero e *inflamación de los pulmones* para la segunda. Esta certificación, que ocultaba la verdadera causa de sus muertes para evitar el pánico de los restantes inquilinos del conventillo, fue comunicada en sus términos reales al Comisario de la Sección 14 Filemón Naón, quien la elevó al Jefe de Policía Enrique Gorman.

Sin embargo, la Comisión Municipal presidida por Narciso Martínez de Hoz no comunicó lo ocurrido, pese a las advertencias severas de los doctores Luis Tamini, Santiago Larrosa y Leopoldo Montes de Oca.

(63) Febrero concluyó con 288 fallecidos.

(64) GROUSSAC, Paul. *Los que pasaban*, cit., p. 69.

(65) *La Discusión*. Ejemplar del día 30 de enero de 1871

(66) *La Discusión*. Ejemplar del día 7 de febrero de 1871, citado por GARCÍA CUERVA, Pbro. Jorge Ignacio. “*La Iglesia en Buenos Aires...*”, cit., p. 54.

Cuando se suponía localizado el brote epidémico en los barrios del sur se desencadenó otro foco de infección en un conventillo ubicado en la calle Paraguay entre Artes y Cerrito.

El desvencijado caserón que poseía una capacidad para albergar 50 habitantes estaba ocupado por 320 inmigrantes.

Una nota macabra precipitó el drama. El dueño del inmueble se había empeñado en acumular los desechos, que los más de trescientos habitantes generaban diariamente, en el patio trasero de la casa, donde conformaban una descomunal montaña de basura, que el tórrido verano de 1871 no cesaba de fermentar, preciado festín de ratas, roedores, moscas y mosquitos.

En estas condiciones el contagio se hallaba asegurado.

El relato de *La Nación* refiere como murieron el propietario, su esposa y sus hijos y cuando las autoridades llegaron... precisaron 10 carros de basura “para eliminar la montaña que, como monumento a la miseria y a la infamia se alzaba en los fondos de la casa”.

Entretanto, la peste ya había tomado la ciudad.

El deceso de un pasajero enfermo, desembarcado y alojado en el Hotel *Roma* de la ciudad de Buenos Aires, sito en la calle Cangallo entre Esmeralda y Maipú, fallecido el 22 de febrero de 1871, obliga a dictar las primeras medidas de desinfección completa del hotel y de las casas vecinas y al desalojo de toda la manzana, aunque aún no se tenía conocimiento cierto de las causas del contagio.

En esos días aciagos, un empresario catamarqueño afincado en Buenos Aires, vinculado a los periódicos de la ciudad, comenzó a trazar pinceladas certeras de la tragedia que se vivía en brevísimos desarrollos literarios, conformando un conjunto de observaciones con fuertes críticas a la gestión pública de la epidemia, que se apuntan entre los días 27 de enero al 22 de junio de 1871.

Cañido a una austera economía de palabras que no desdeñaba la precisión de la punzante denuncia, apuntaba vigorosamente a señalar la desidia de las autoridades.

El *Diario* que anotaba los hechos más sobresalientes ocurridos en cada jornada, constituye un desnudo y vibrante *retrato vivo* y la primera bibliografía que se escribió sobre la epidemia, mientras ésta se desencadenaba.

Tal es el *Diario de la Epidemia*⁶⁷, que logra ser publicado el 5 de julio por la imprenta del diario *La República* acompañado de un cuadro cronológico ilustrativo de las defunciones ocurridas, clasificadas por nacionalidades.

El *Diario* denuncia la inicial actitud de ignorar la importancia de la epidemia pese a los reclamos de *La República* requiriendo la urgente implementación de me-

(67) NAVARRO, Mardoqueo. *El Diario de la epidemia de 1871*, Buenos Aires, Imprenta y fundición de tipos de la Sociedad Anónima del Diario La República, calle Belgrano 126, Buenos Aires 1871.

didadas sanitarias: 27 de enero: *Según las listas oficiales de la Municipalidad 4 de otras fiebres, ninguna de la amarilla*. El 3 de febrero anotaba: *“La fiebre no es asunto aún. Los municipales ni palabra a su respecto en su sesión de hoy que es de clausura”*.

Pero los casos de fiebre amarilla comenzaron a recrudescer.

El 4 de febrero se estableció un cordón sanitario para aislar el Barrio de San Telmo, el 7 Buenos Aires fue declarado *puerto infectado*. Se recomendó que ante la aparición de una persona infectada todos los habitantes de la casa fueran trasladados e inmediatamente puestos en cuarentena.

Entonces el Presidente Sarmiento y el Vicepresidente Adolfo Alsina abandonaron la ciudad.

Abordaron un tren acompañados de una extensa comitiva de setenta personas para intentar hallar seguro refugio en la ciudad de Mercedes, hija del antiguo *Fortín Mercedes*, distante a 100 kilómetros de Buenos Aires.

Sarmiento era el mismo hombre que al ascender a la primera Magistratura de la Republica había dicho: *“Una mayoría me ha traído al poder, sin que lo haya yo solicitado, y tengo por lo tanto derecho para pedirle, al sentarme en la dura silla que me ha deparado, que se mantenga unida, y que no eche en adelante sobre mí sólo las responsabilidades de su propio gobierno. (...) Teniendo por guía la Constitución Nacional, y como auxiliar la fuerza que ella pone en mis manos, alcanzaré a realizar algunas de las esperanzas que he bosquejado, entregando al que me suceda en este puesto, íntegra la República, prósperas las rentas, un mayor número de hombres felices y educados, la ley respetada, y acaso, aunque no lo espero, bendecido el gobierno”*⁶⁸.

La actitud presidencial no pasó inadvertida. La Prensa en su ejemplar del 21 de marzo de 1871 denunciaba: *“Hay ciertos rasgos de cobardía que dan la medida de lo que es un magistrado y de lo que podrá dar de sí en adelante, en el alto ejercicio que le confiaron los pueblos... El hombre que manda, el que por su alto carácter oficial tiene que ser el ejemplo a imitar por todos los que exponen su vida y su fortuna en holocausto al bien público, y abandona el pueblo que gobierna en el momento en que la existencia de todo ese pueblo necesita el esfuerzo común y entusiasta de los que gobiernan para salvarlo”*⁶⁹.

Paul Groussac resumiría con firmeza el severo parecer de la ciudadanía: *“Cada día señalaba un nuevo paro. Siguiendo a las industrias se paralizaron las instituciones. En abril habían dejado de funcionar sucesivamente las escuelas y los colegios, los bancos, la Bolsa, los teatros, los tribunales, la aduana, etc. Los gobiernos nacional y provincial decretaban la feria de sus oficinas, fuera de no dar personalmente, el presidente y el gobernador, ejemplo de heroísmo”*⁷⁰.

(68) SARMIENTO, Domingo Faustino. *Obras Completas*, Tomo XXI, Buenos Aires, 1899, pp. 272 y 273.

(69) LA PRENSA, ejemplar del día 21 de marzo de 1871.

(70) GROUSSAC, Paul. *Los que pasaban*, cit. p. 71.

Mardoqueo Navarro no podía dejar de anotar en la jornada del 19 de marzo: *“Médicos que recetan desde el estudio. El Presidente huye, legisladores, jueces municipales etc. todos huyen cada día gratis”*.

Aunque se desconocía la verdadera causa de la fiebre atribuida a la pestilencia de las *miasmas* que atormentaban la ciudad, el tema estaba en la punta de los dedos.

Un artículo aparecido en la edición del 18 de marzo de 1871 en el Diario *La Prensa*, anunciaba el peligro acunado en los zanjones en la ciudad: *“Hay ciertas calles mal niveladas, como la de Perú, en que se ha notado la siguiente particularidad: la mayor parte de los casos de fiebre han tenido lugar en las casas que miran al oeste y muy raros en las que miran al este. Si se observa esa calle, tiene su declive sobre las manzanas que apoyan su fondo sobre la calle Bolívar y, por consiguiente, es sobre esas manzanas que tiene lugar el desagüe de la población. Se ha visto también que la fiebre, saltando desde la calle San Juan por encima de manzanas enteras, ha venido a posesionarse de las que quedan entre Chile, Méjico y Venezuela, próximas al desagüe del gran Tercero de la calle Chile y calles que se convierten en ríos durante las grandes lluvias. No están entonces fuera de camino los que creen que la epidemia sigue el curso de los desagües, hecho que viene a robustecer con la observación científica de que la fiebre busca y se desarrolla en las costas. Indudablemente el miasma de esta enfermedad necesita el vapor de agua y la humedad para su desarrollo...”*.

Porque en los zanjones de la ciudad se criaba el verdadero vector del contagio: la hembra del mosquito *Aedes aegypti*.

Faltarían aún algunos años para que el médico cubano Carlos Juan Finlay descubriera el ciclo de contagio provocado por la hembra de la variedad del mosquito *Aedes aegypti* que lograba nacer y vivir donde se acumulaban unos pocos milímetros de agua⁷¹.

La enfermedad transitaba un ciclo de rápida incubación, de dos a 4 días luego: *“... el paciente pasa a tener una temperatura de 40 grados, acompañada de escalofríos, quebrantamiento general e intenso dolor de cabeza, vómitos, ligeras diarreas, cefalalgias violentísimas, dolores musculares, afectando también el sistema nervioso, que juntamente con el aparato digestivo, el aparato circulatorio y el hígado, participan activamente de este estado infeccioso; se establece una insuficiencia hepática y renal. Al cabo de este período el enfermo parece recuperarse. Remiten los síntomas, desaparecen los dolores, calman los vómitos. Este intervalo puede durar hasta 48 horas. Luego aparece el tercer momento de la enfermedad, el cuadro se torna grave, el enfermo cae presa del delirio, la temperatura desciende por debajo*

(71) Las conclusiones, elaboradas luego de pacientes investigaciones en áreas de propagación de la fiebre, fueron presentadas en 1881 a la Academia de Ciencias de La Habana, justificando al mosquito como agente trasmisor del virus que se adquiría picando a una persona enferma. En su honor se consagró el día de su nacimiento, 3 de Diciembre, como el *Día de la medicina americana*, o como comúnmente se conoce, *Día del Médico*.

de lo normal, la respiración es lenta, el pulso acelerado, vuelven los vómitos cada vez más oscuros hasta llegar al color de la brea o alquitrán, con nauseabundo olor"⁷².

El desconocimiento del periodo de contagio y de sus verdaderas causas impidió el hallazgo de la solución: la cura de los enfermos, la contención de la epidemia y el cuidado de la cuestión sanitaria de la ciudad.

Los criterios de la época atribuían a las "*miasmas*", es decir a las emanaciones, efluvios y vapores provenientes del material orgánico en descomposición y las aguas estancadas, la verdadera causa de la epidemia.

Miguel S. Etchegaray al presentar en la Facultad de Medicina de Buenos Aires su Tesis: "*Fiebre Amarilla del año 1871*" con el padrinzago del Doctor Manuel Augusto Montes de Oca, sostenía que la fiebre amarilla era una enfermedad "*miasmática endémica o epidémica que se desarrolla en las islas o en las costas de América... La combinación del calor con la humedad favorece la descomposición de las sustancias animales o vegetales, que exhaladas y puestas en tales o cuales condiciones, favorecidas por las variaciones de la atmósfera y los desequilibrios eléctricos, alteran el aire atmosférico y lo hacen nocivo para la salud. La generalidad de los autores está acorde en admitir a estos miasmas pútridos como causas del tífus icterodes. La naturaleza de las causas productoras de la enfermedad y su forma remitente, con intermitencias a veces muy marcadas, hacen que se considere la fiebre amarilla como un envenenamiento miasmático que obra sobre la sangre y los centros nerviosos*"⁷³.

Concluyendo el disertante: "*La naturaleza de las causas productoras de la enfermedad y su forma remitente, con intermitencias a veces muy marcadas, hacen que se considere la fiebre amarilla como un envenenamiento miasmático que obra sobre la sangre y los centros nerviosos*".

Las familias se encerraban en sus casas, pero allí se refugiaba el peligroso enemigo que se reproducía en jarrones, vasijas y tachos de agua, charcos, macetas, aljibes, pozos donde se depositaban los huevos y se criaban los transmisores del virus que buscaba el ambiente caldeado de las habitaciones templadas.

"*Nuestros abuelos hospedaban a sus verdugos en el seno de sus hogares, y a muchos no les alcanzó la vida para comprenderlo*"⁷⁴.

El 8 de marzo anotaba en su diario Mardoqueo Navarro: "*No hay hospitales, no hay sepultureros. Focos hay mil. Despoblación*"; en tanto, el 9 de abril de 1871 Mardo-

(72) SCENNA, Miguel Ángel. Cit., p. 120 y ss.

(73) ECHEGARAY, Miguel S. *Fiebre amarilla del año 1871*, Facultad de Medicina de Buenos Aires, Imprenta de Pablo Coni, Buenos Aires, 1871.

(74) GARCÍA CUERVA, Pbro. Jorge Ignacio. "*La Iglesia en Buenos Aires durante la epidemia de fiebre amarilla de 1781*", cit., p. 82.

queo Navarro asentaba: *“Los negocios cerrados, calles desiertas. Faltan médicos, muertos sin asistencia. Huye el que puede. Heroísmo de la Comisión Popular”*⁷⁵.

Paul Groussac describía por su parte un panorama desolador de la ciudad inundada por las lluvias del verano: *“Durante una semana, las lluvias diluvianas acrecentaron las escenas del horror: los “terceros” del sur, torrentes callejeros, nos enseñaban brutalmente las miserias de los suburbios inundados, arrastrando en su carrera airada por los barrios centrales, maderajes, muebles, detritos de toda clase, hasta cadáveres.”*⁷⁶.

Las Comisiones de Salubridad insistían en la muy necesaria observancia de estrictas medidas higiénicas que comprendían la desinfección con cal de los espacios sanitarios de las viviendas de la ciudad, el blanqueo completo de sus edificios, el continuo hervido del agua utilizada para la preparación de los alimentos, la completa y minuciosa higiene de las casas y personas.

Asimismo, se redujeron las horas de velorios y honras fúnebres, se ordenó señalar las casas donde habían morado los fallecidos y se ordenó la completa quema de los vestidos, enseres personales y ropa de cama que habían utilizado los fallecidos por la fiebre.

El tema ocupó espacio en las páginas de la prensa periódica. El 10 de febrero de 1871 *La Prensa* alertaba: *“Sobre el flagelo: Para que se vea cuanto contribuye para la salud el aseo de las personas y la ventilación y limpieza en las viviendas, conviene hacer notar que la mayor parte de los que han muerto de la fiebre, son gente que por lo regular, ya sea por pobreza o economía o abandono, vive en medio de la más completa miseria y suciedad”*⁷⁷.

La quema de enseres, ropa y muebles que habían sido parte del patrimonio de los enfermos descubrió su faceta más dramática en el miserable escenario de los conventillos atestados de inmigrantes, donde la pobreza alcanzaba sus cotas más gruesas. *“Los conventillos de San Telmo acusaron el primer impacto de la psicosis colectiva: los inmigrantes, en su mayoría españoles e italianos, comenzaron a ser desalojados y echados a la calle. La propuesta era convertir esas viviendas en hospitales de campaña”*.

Expulsados de sus habitaciones y despojados de sus escasas pertenencias, por las órdenes y los gritos formulados en una lengua extraña, que a veces casi no entendían, vagaban atónitos por la ciudad intentando alojarse en los apresurados albergues que las organizaciones de caridad intentaban establecer con premura. Templos cerrados para los oficios del culto se convirtieron por la piedad de sacerdotes y religiosos en albergues temporarios, también vagones ferroviarios y campamentos del Ejército. Algunos inmigrantes lograron gestionar ante el Consulado de Italia el regreso a su

(75) El *Diario de la Epidemia* de Mardoqueo Navarro, fue luego publicado en el mes de abril de 1894 en *Anales del Departamento Nacional de Higiene*, Nº 15, Año IV, con el título de *“Fiebre Amarilla, 10 de abril de 1871”*.

(76) GROUSSAC, Paul. Cit., p. 72.

(77) LA PRENSA. Ejemplar del 10 de febrero de 1871.

patria lejana, en un viaje azaroso donde muchos perecieron y fueron arrojados a las aguas del Océano.

¿Cuáles fueron los recursos médicos con que se intentaba afrontar la epidemia?

Purgantes y vomitivos que, aplicados en exceso, no hacían más que debilitar el extenuado organismo humano aquejado por la fiebre, constituyeron los remedios más comúnmente aplicados.

La *Revista Medico Quirúrgica de Buenos Aires* en su ejemplar correspondiente al día 8 de mayo de 1871 aconsejaba: “El tratamiento que más ha sido empleado y con algún suceso por muchos facultativos, ha sido durante el primer período: evacuantes suaves, quinina en altas dosis en lavativas, algunos diaforéticos, frío a la cabeza, bebidas gaseosas y revulsivos cutáneos. En el segundo período continuación de las bebidas gaseosas alcalinas, y si el estómago se manifiesta muy susceptible, revulsivos al epigastrio. En el tercer período los tónicos amargos y los hemostáticos contra las hemorragias, combatiendo al mismo tiempo las complicaciones”⁷⁸.

Tampoco faltó el ofrecimiento de “*curas mágicas*” que embozaban la oportunidad de un fecundo negocio.

Circulaban en la ciudad pequeñas publicaciones en forma de folletos que describían y aconsejaban la adopción de terapias supuestamente consideradas *infalibles* para la derrota de la fiebre.

Entre ellas cabe citar: “*Fiebre amarilla, curación, síntomas de supresión de orina, contagio, vómito negro, etc. Modo sencillo para curarse uno mismo*”, cuyo autor Ernesto Martín mandó imprimirlo rápidamente en Buenos Aires en este mismo año de 1871, en 24 páginas⁷⁹.

Porque la epidemia también descubrió lo mejor y lo peor del alma humana.

La excelsa solidaridad y bondad de quienes arriesgaban su vida para ayudar al prójimo y la contracara de los que medraban con la catástrofe sanitaria.

“*En la ciudad desierta, casi sin policía, la bestia humana suelta, rondaba las calles, husmeando la presa. A veces el crimen no esperaba la noche, su habitual cómplice: los diarios dieron cuenta de asaltos perpetrados en pleno día, en la calle Florida. Andaban bandidos disfrazados de enfermeros y se denunció con horror el caso de un médico -extranjero- que robo 9.000 pesos debajo de la almohada de un cliente agonizante*”⁸⁰.

Casas vacías y comercios cerrados se convirtieron muy pronto en el fácil blanco del saqueo.

(78) Citado por GARCÍA CUERVA, Pbro. Jorge Ignacio. *La Iglesia en Buenos Aires*, cit., p. 87.

(79) Un ejemplar del mismo se encuentra en University of Texas Libraries Austin, TX 78713, United States.

(80) GROUSSAC, Paul. *Los que pasaban*, cit., p. 72.

Mardoqueo Navarro dedicó también algunas lacónicas líneas al tema del delito en ocasión de la epidemia: 30 de marzo: *“La caridad explotada por ladrones disfrazados de pobres”*; 4 de abril: *“En los conventillos mueren los vivos, esperando heredar o robar a los muertos”*; 12 de abril: *“Asesinatos. Salteos”*; 13 de abril: *“Crímenes, vicios, negocios”*; 15 de abril: *“ladrones con carros”*; 16 de abril: *“La explotación de la caridad. Robos”*.

“Estamos en una batalla” anunciaba *La Nación*, *“donde no hay tiempo para contar y casi ni para sentir nuestros muertos”*⁸¹.

Y esa batalla, el domingo 9 de abril de la Pascua de Resurrección de 1871, significó la culminación de una Semana Santa donde los oficios religiosos habían sido suspendidos y los templos cerrados. Ese domingo pascual se convirtió en el día más dramático de la ciudad, pues cobijó 501 fallecidos por vómito negro. La cota de mortalidad se radicó entre el 40 y el 90 % de los infectados.

Fue el momento de mayor dramatismo y el más elevado epicentro de la tragedia que vivía la ciudad.

Absolutamente desbordada la Comisión Popular de la ciudad no halló otro recurso que aconsejar la huida desesperada de la ciudad.

El 22 de marzo nuestro escueto cronista de la tragedia anotaba: *“La muerte. El espanto. La soledad. Los salteadores. 300 toneladas de basura diaria”*, en tanto para el 10 de abril decía: *“563 defunciones - Terror - Fuga.”*, y al día siguiente: *“Reina el espanto”*.

Años más tarde, el sanjuanino Guillermo Colesbery Rawson, primer profesor de la Cátedra de Higiene en la Universidad de Buenos Aires expresaba haber sido testigo *“del hijo abandonado por su padre... la esposa abandonada por el esposo... el hermano moribundo abandonado por el hermano... Pero he visto también... en altas horas de la noche, en medio de aquella pavorosa soledad, a un hombre vestido de negro, caminando por aquellas desiertas calles. Era el sacerdote que iba a llevar la última palabra de consuelo al moribundo”*.

En las páginas del diario *El Nacional* del 24 de marzo de 1871 se leía: *“¡Escapar! ¡Escapar! Se vende o se alquila una gran casa quinta, en uno de los pueblos de campaña que toca el ferrocarril del Oeste. Para tratar, a toda hora. Confitería de Rivadavia y Libertad”*.

Las poblaciones vecinas a la ciudad recibían aterradas, por el temor al contagio, al río de residentes porteños que despavoridos huían de la ciudad, porque la peste comenzó a extenderse por los asentamientos vecinos. Afirma el ingeniero Bosio Moreno que 53.425 personas de un total poblacional de 198.500 se marcharon de la ciudad.

Pero *¿quiénes podían huir?*

Indudablemente las clases acomodadas que inicialmente habían abandonado las grandes casonas del barrio sur, foco de las primeras infecciones, para establecerse

(81) LA NACIÓN. Ejemplar del 12 de abril de 1871.

en la zona norte de la ciudad y en Belgrano, provocando la franca expansión de su planta urbana.

Ahora desertaban de sus nuevas y suntuosas mansiones, convertidas muy pronto en pasto del saqueo y el robo, para refugiarse en las quintas de veraneo o en estancias cercanas.

Paul Groussac evocaría la diáspora de los vecinos en una solitaria y abatida Buenos Aires sumida en la tristeza y en la desesperanza: *“Una de las tardes deliciosas y como irónicamente serenas de la semana lúgubre, cumplidos nuestros deberes humanitarios me propuso Lewis ir a visitar a José Manuel Estrada, que estaba veraneando en Belgrano. Acepte y realizamos el paseo, alquilando caballos en la calle Esmeralda... Al caer la noche emprendimos la vuelta. Mientras cruzábamos el campo y las quintas veníamos conversando casi alegremente. Al acercarnos al Retiro, sin darnos cuenta de ello, la charla fue arrastrándose penosamente entre grandes intervalos de silencio. Al embocar la calle Florida, muda, vacía, oscura, sin otra vida aparente, en algunas esquinas, que las fogatas de alquitrán, cuya llama “tinieblas visibles” movía sombras fantásticas, me suena todavía en el oído la voz ahogada del buen inglés que minutos antes venía callado: “Esto es demasiado triste, galopemos” Y entramos a todo galope en la inmensa necrópolis”*⁸².

Un testigo de la época confesaba: *“Vivíamos con una indiferencia a toda prueba encima de un volcán terrible, rodeado de charcos pestilenciales, envueltos en todas las emanaciones hediondas producidas por la incuria nuestra, erguíamos nuestros palacios en capas de inmundicias, que en el seno de la tierra destilaban lenta, pero seguramente, el veneno que debía transformar nuestras alcatifas en sudarios horrendos. Veíamos imposibles cambiarse nuestras calles en ríos fangosos que, bajo las caricias demasiado ardientes de un sol incansable, en lugar de arterias de la vida, se hacían vehículos de la muerte. Y todos estos vapores mefíticos, acusadores elocuentes e implacables de la negligencia pública y privada, se hacinaban en columnas verdaderamente infernales, ¡capaces de transformar el éter más puro en exhalaciones del valle de Upa! Apenas faltaba una chispa fatal para provocar la explosión... y esta chispa aún debe salir de nuestra incuria, de nuestra indiferencia homicida. El horrible azote de la fiebre amarilla, diezmaba las poblaciones de la Asunción y de Corrientes, y le dejamos puerta franca, y entró completándose en los elementos propicios que le habíamos amontonado... La muerte ya extendía sus brazos descarnados hacia nosotros, aún nos divertíamos locamente en las delicias carnavalescas, y ni siquiera teníamos lazaretos, ni corporaciones capaces de atacar y combatir el mal, ni la conciencia de este mismo mal...”*⁸³.

La vida de la ciudad entró en un cono de sombra. A duras penas solo abrían los comercios de primera necesidad, escaseaban las provisiones y antes del atardecer las calles estaban desiertas y solo transitaban los carros abiertos que recogían los cadáveres de las calles y a veces hasta enfermos agonizantes.

(82) GROUSSAC, Paul. *“Los que pasaban”*, cit., pp. 73-74.

(83) *“Recuerdos 1871 y Esperanzas 1872”*, *El Plata Ilustrado, Semanario de literatura, artes, modas y ciencias*, 13, de 7 de enero de 1872.

El cronista de la tragedia Mardoqueo Navarro señalaba en su *Diario*: “*Se entier-
rran vivos*”, en tanto en la anotación correspondiente al 16 de marzo apuntaba: “*Un
muerto salió vivo*”.

Buenos Aires contaba con 40 carros fúnebres, pero la proliferación de los decesos obligó a transportar féretros en coches comunes de plaza y hasta en carros abiertos donde se apilaban los cuerpos hallados en las calles.

Hudson refería: “*Día y noche a todas horas se oían pesados carros que llevaban los muertos a montones y los melancólicos gritos prolongados de los conductores anunciando su llegada: ‘¡sacuen a sus muertos!’ En una ciudad apesada los extremos se tocan; aquellos que, sin miedo a la muerte se ponían a hacer el trabajo necesario, son invariablemente los espíritus más nobles, mientras sus ayudantes son con frecuencia los más degradados. Los que hacían la repugnante tarea de sacar a los muertos eran, en la mayoría de los casos, infelices abandonados, embebidos en cuanto crimen y vileza existen; mientras hacían su ronda se les oía peleando y gritando sus cantos de borrachos por las calles o imitando, como horrible broma, los gritos discordantes del barrendero*”⁸⁴.

Cuando se agotaron los ataúdes o su precio se disparó, los cuerpos eran en-
vuelto en sábanas “*y se los apilaba en los peores días de abril en carros de basura para su último traslado*”⁸⁵.

El 20 de marzo Navarro había escrito: “*Antes: 40 coches para un muerto; ahora: un solo carro para muchos muertos*”.

La multiplicación de las defunciones desbordó la capacidad del Cementerio del Sur y obligó a una apremiada compra de las primeras hectáreas de la Chacharita de los Colegiales donde se instaló el nuevo Cementerio⁸⁶.

La locomotora “*La Porteña*”⁸⁷ fue acondicionada para el transporte de los cadáveres, en dos viajes diarios por un ramal de desvío del Ferrocarril Oeste de 6 kilómetros de extensión, que los conducía hasta su descanso final.

Cuadrillas de obreros bajo la dirección del Ingeniero Augusto Ringuelet, habían trabajado aceleradamente a marchas forzadas para cumplir su cometido en el exiguo plazo de tres semanas.

(84) HUDSON, William Henry. *Ralph Herne*, Letemendia, Buenos Aires, 2006. p.72. Nos referiremos al autor y su obra en las páginas que siguen.

(85) GARCÍA CUERVA, Pbro. Jorge Ignacio. *La Iglesia en Buenos Aires...*, cit., p. 85.

(86) El Cementerio del Oeste debía su nombre *Chacarita de los Colegiales* al recuerdo de la Chacra o *Chacrita* del Colegio que la Compañía de Jesús había erigido en las afueras de la ciudad de Buenos Aires hacia mediados del Siglo XVIII.

(87) La Porteña había realizado su viaje inaugural el 29 de agosto de 1857 uniendo la Estación Parque (solar hoy del Teatro Colón) con la estación Floresta. Circuló durante más de tres décadas, cubriendo para el “Ferro-Carril del Oeste” el trayecto entre Liniers y Plaza Miserere, hasta su retiro en 1890. Se encuentra hoy en el Museo del Transporte de Lujan de la Provincia de Buenos Aires.

El nuevo tramo de este “*Tren de la Muerte*” partió por primera vez el 14 de abril del depósito de cadáveres instalado apresuradamente en la esquina de Corrientes y Pueyrredón donde los cuerpos albergados en ataúdes miserables que desprendían fétidos olores, esperaban el traslado en las vagonetas que conducía *La Porteña* accionada por John Allen quien no tardó en caer víctima del contagio⁸⁸.

Ese día 14 de abril iniciando su viaje inaugural, *La Porteña* transportó 345 féretros.

La utilización de fosas comunes, donde los cadáveres eran enterrados conforme el orden de su llegada, en sepulturas de dos metros de profundidad, cubiertas por una espesa capa de cal preparada en la misma necrópolis, sobre la cual se volcaba luego tierra apisonada, resultó la solución aplicada.

III.3. *La gestión popular de la Epidemia de fiebre amarilla de 1871*

Desde los primeros brotes epidémicos que había sufrido la ciudad se organizaron las iniciales disposiciones en resguardo de la salud pública.

En tal sentido, el Consejo de Higiene Pública intimó la adopción de algunas medidas, tales como el blanqueamiento de los edificios privados y públicos, la ampliación de los equipos de recolección de la basura y las visitas domiciliarias de inspección de salubridad de las viviendas.

Se crearon *Comisiones Parroquiales* integradas por los vecinos más respetables de cada parroquia, encargadas de la vigilancia de esta problemática, quienes debían a su vez nombrar los inspectores de manzanas, encargados de llevar a cabo visitas domiciliarias para controlar irregularidades y cursar las denuncias pertinentes.

La estrategia confiaba en el vecino la habilidad para prevenir y batallar contra los brotes epidémicos con el auxilio económico municipal, en una ciudad donde estallaban sus miserias: la carencia de sistemas correctos de eliminación de la basura, administración de excrementos, provisión de agua potable y enterramiento higiénico de sus cadáveres.

Pero en 1871, ante la ausencia del Estado, el Presidente y el Vice Presidente huidos, el Congreso Nacional cerrado y la Justicia ausente, la ciudadanía se moviliza y el 13 de marzo en un mitin popular, convocado desde la páginas de la prensa local, en la Plaza de la Victoria se conforma una *Comisión Popular* que intenta planificar y organizar los esfuerzos para combatir la epidemia⁸⁹.

(88) GARCÍA CUERVA, Pbro. Jorge Ignacio. *La Iglesia en Buenos Aires...*, cit., p. 253.

(89) Estaba presidida por el abogado cordobés José Roque Pérez, e integrada por conocidos ciudadanos entre los que se contaban: Héctor F. Varela, M. Billinghamurst, Juan C. Gómez, Manuel Bilbao, Manuel Argerich, José María Cantilo, Manuel Quintana, León Walls, Carlos Guido Spano, Carlos Paz, F. López Torres, A. Ebelot, Aristóbulo del Valle, Evaristo Carriego, Alejandro Korn, José C. Paz, C. Martiño, Lucio V. Mansilla, Bartolomé Mitre y Vedia, Emilio Onruvia, Menéndez Behety, Francisco Uzal, T. Armstrong, hijo, B. Cittadini, César, José M. Lagos, F. Almonte, Gustavo Nessler, P. Ramalla,

Su domicilio se fijó primero en Bolívar 82 y más tarde en el edificio de la Universidad de Buenos Aires de la Manzana de las Luces. Su creación evidencia la activa participación de la ciudadanía ante la ausencia del Estado, la huida de sus más altos funcionarios y la imposibilidad de ofrecer y gestionar respuesta al flagelo que azotaba la ciudad, en un momento además en que se desconocía completamente las formas del contagio y el modo de atenderlo.

El abuelo de un futuro poeta⁹⁰ que nacería apenas doce años después de la tragedia, escribía en *"La Tribuna"*: *"No tengo millones que dar a los pobres, pero tengo un corazón que sabe asociarse siempre a todos los infortunios. Inicie Ud. que puede disponer de un órgano de publicidad, la idea de fundar una Asociación humanitaria cuyo fin sea prestar asistencia y medios de curación a las personas indigentes atacadas por la epidemia reinante y cuénteme desde ya como miembro de ella"*⁹¹.

La *Comisión Popular* se constituyó, pues, en un verdadero emergente social que intentó llevar adelante la gestión de la crisis, logrando amplia repercusión en las páginas de la prensa periódica local.

La *Comisión Popular* intentaba de este modo liderar el proceso de gestión de la epidemia por sobre otros órganos ya existentes, como las Comisiones Parroquiales estrechamente vinculadas a la Municipalidad y el Consejo de Higiene Pública.

En la segunda sesión de trabajo la *Comisión* elaboró su reglamento de trabajo que exigía reuniones diarias en asamblea general de sus miembros y turnos de guardia rotativos para atender las emergencias que se presentaran, debiendo elevar al Presidente de la Comisión un parte diario de lo acontecido.

Para agilizar su labor se organizaron Comisiones de trabajo en los temas de Higiene, Hacienda, Provisiones, Servicios, Médica y Asistencia, convocándose por medio de la prensa, su enorme aliado en esta tarea, a colectas públicas en dinero, ropa e insumos médicos para atender su cometido.

Las redacciones de los periódicos se convirtieron en receptorías de las donaciones que llegaron a totalizar la suma de \$ 3.700.000.

El 16 de marzo se publicaba en las páginas de *La Nación* un *Manifiesto* que constituía el verdadero programa de trabajo de la Comisión Popular: *"¡Pueblo de Buenos Aires! En nombre de la caridad, en nombre del amor al prójimo, primer consejo del Salvador*

A. Giglio, Juan y Daniel Agentí, A. Larroque, P. Berbatti, Florencio Ballesteros, J. E. P. Dillón, Pablo Gowland, R. Viñas, F. S. Mayáns y F. Dupont.

(90) Se trata de Evaristo Francisco Estanislao Carriego (1883-1912,) el hombre que en la bella pluma de Jorge Luis Borges: *"descubrió las posibilidades literarias de los decaídos y miserables suburbios de la ciudad: el Palermo de mi infancia. Su carrera siguió la misma evolución del tango: arrollador audaz y valeroso al principio, luego convertido en sentimental. En 1912 cuando tenía 29 años, murió de tuberculosis, dejando un solo libro publicado (Las Misas Herejes). Recuerdo el ejemplar, dedicado a mi padre, uno de los diversos libros argentinos que habíamos llevado a Ginebra y que allí yo leí y releí"* Jorge Luis Borges *Autobiografía*.

(91) Carta de Evaristo Carriego a Héctor Varela. Citada en SCENNA, Miguel Ángel, cit., p. 232.

del Mundo, en nombre de más santo y noble el corazón humano, venimos a pedirnos vuestro concurso para que nos ayudéis a cumplir debidamente la sagrada y ardua misión que nos hemos impuesto. El terrible flagelo que nos arrebató diariamente centenares de víctimas y que sume en la miseria y desolación a millares de hermanos, exige de nosotros un gran esfuerzo, pero para llevarlo a cabo y para que este no se esterilice necesitamos el apoyo moral y material de todos... Familias enteras perecen por falta de asistencia, por falta de médicos, por falta de medicinas, por falta de quien les alcance un vaso de agua, mueren muchísimos enfermos que salvarían si fueran atendidos a tiempo... La acción de las autoridades no basta por desgracia para remediar los terribles males que pesan sobre nuestra sociedad, es por esto que le ofrecemos nuestros auxilios leal y desinteresadamente... Las comisiones parroquiales que han trabajado y trabajan con un celo digno de todo encomio para alivio de los que sufren, no consiguen todos los buenos resultados que conseguirían si tuvieran los que nosotros venimos a traerles, brazos, medios abundantes y cuanto pueda concurrir al noble fin que se tiene en vista. Aquí estamos nosotros para llenar este vacío. En la cabecera del enfermo, en la botica, en la casa del médico, en el cementerio mismo, nuestra acción se dejará sentir eficaz y benéfica. Los focos de infección de toda especie que envenenan el aire que respiramos recibirán toda nuestra atención a fin de suprimirlos. Donde se eleve el lamento del doliente, allí estaremos para mitigar sus penas. Felices si con la ayuda ¿que pedimos podemos vestir al desnudo, dar de beber al sediento, sepultar a los muertos”⁹².

La Comisión debió afrontar múltiples tareas a través de una estrategia de provisión de alimentos y ropa, compra y distribución de medicamentos, organizando la asistencia médica a los enfermos con planteles de médicos cada vez más reducidos, puesto que ya estaban contratados por las Comisiones Parroquiales que dependían del Consejo de Higiene Pública y tenían prohibido recibir honorarios particulares en tanto otros huían de la ciudad.

Con frecuentes enfrentamientos y conflictos con las Comisiones Municipales, y el Consejo de Higiene Pública, la *Comisión Popular* también intervino en el control e inspección continua de las viviendas, labor que significaba ingresar en los domicilios considerados “*focos*” de infección y fiscalizar los hábitos y costumbres higiénicas de sus habitantes.

En el imaginario colectivo se abrió paso vigorosamente, la percepción de una ciudad enferma, pútrida, corrupta en contraste con los espacios rurales sanos y diáfanos en los que había que buscar seguro refugio.

Dos tercios de la población de Buenos Aires adoptaron esta solución.

Su principal campo de acción se radicó en la zona de los *conventillos* de Buenos Aires y en toda suerte de vivienda de locación múltiple donde las pésimas condiciones de habitabilidad, el hacinamiento y la falta de higiene favorecían el contagio.

(92) LA NACIÓN. Ejemplar del día 17 de marzo de 1871.

Al mismo tiempo se comenzó a bregar por la relocalización de los cementerios, mataderos, saladeros, graserías y toda suerte de establecimientos de procesamiento de la carne, cuyos desechos orgánicos contaminaban los cursos de agua.

El 11 de abril ante la ausencia de sepultureros, por fallecimiento de los mismos, los propios miembros de la *Comisión Popular*, Carlos Guido Spano, Héctor F. Varela y Manuel Bilbao debieron afrontar ellos mismos la tarea de enterrar 40 cajones insepultos con la ayuda del Jefe de Policía Enrique O’Gorman y piquetes de vigilantes que se ofrecieron a ayudar.

Su labor recibió aplausos por la nobleza de sus intenciones y el trabajo llevado a cabo y denostaciones al considerar que invadía espacios de gestión pública confiados a las Comisiones Municipales, pero claramente excedidos por la magnitud de la epidemia.

III. 4. El fin de la peste amarilla. Un Monumento, cuatro Tesis y una Novela

El frío de junio del 71 arrinconó a la peste. Los casi 900 muertos del mes de mayo se redujeron a 38. El 21 de junio de 1871 se declaró vencido el flagelo.

Sarmiento volvió a establecerse en la ciudad y el Congreso de la Nación se animó a abrir sus puertas que había cerrado, para proteger la salud de los legisladores, anunciando pomposamente “*que la epidemia ha terminado felizmente, pero ello será siempre de tristes recuerdos para Buenos Aires y de funestas consecuencias para la República*”.

Mardoqueo Navarro anotaba en la jornada del 22 de junio: “*La epidemia olvidada. El campo de los muertos de ayer es el escenario de los cuervos. Testamentos y Concursos, edictos y remates son el asunto. ¡¡¡Ay de ti Jerusalén!!!*”

Al abrir en el mes de julio las sesiones ordinarias del Congreso Nacional, el Presidente dijo: “*La postergación inevitable que vuestra reunión ha experimentado, tiene por origen una calamidad pública cuyas víctimas han sido Buenos Aires y Corrientes. La epidemia que acaba de desolar estos centros de población ha adquirido por la intensidad de sus estragos y acaso por las consecuencias que traería su posible reaparición, la importancia de un hecho histórico... La lección ha sido severa y debemos aprovecharla*”⁹³.

La epidemia de fiebre amarilla o *vómito negro* se había llevado alrededor de 14.000 almas. De las 13.614 muertes anunciadas por el *Diario* de Navarro, 10.217 correspondían a extranjeros, con un alto incidencia de italianos. Entre los fallecidos se cuentan 50 sacerdotes, 12 médicos, 5 farmacéuticos.

(93) MABRAGAÑA, Heraclio. Publicación autorizada por la Comisión Nacional del Centenario, Buenos Aires Talleres Gráficos de la Compañía General de Fósforos, Buenos Aires, 1910, Tomo III, p. 319.

El primer sacerdote en morir fue el Padre Anthony Dominic Fahey⁹⁴, dominico pastor de la grey irlandesa católica, nacido en Loughrea, Baile Locha Riach en 1805, que había ingresado al país en 1844, precedido como párroco de la comunidad por el Padre Patrick Moran en 1829 y por el Padre Patrick O' Gorman en 1830.

La *Comisión Popular* sólo registró 4 fallecidos.

Aunque el número de muertes difiere en los registros de la época⁹⁵ por las dificultades de acceso a documentación confiable y la razonable sospecha que bien pudieron ser registrados decesos ocurridos en el periodo, que no fueron originados exactamente por intervención de los contagios de fiebre amarilla.

Un monumento en mármol de Carrara, levantado en 1899, exquisita obra del escultor oriental Juan Manuel Ferrari en el Parque Ameghino, solar del antiguo Cementerio del Sur, recuerda a las víctimas de la tragedia y a los hombres y mujeres que lucharon con nobleza y tenacidad para ayudar a su prójimo.

El bellissimo mármol reproduce *en bulto* la escena del célebre cuadro de Juan Manuel Blanes, que refleja el momento en que el abogado Roque Pérez y el médico Manuel Argerich ingresan al mísero cuarto de un conventillo, donde un hombre yace muerto en su lecho revuelto arrinconado contra la pared, en tanto un niño pequeño intenta aún alimentarse de los pechos de su madre ya cadáver, derrumbada en el piso de toscos ladrillos⁹⁶. Allí se lee: “*El sacrificio del hombre por la humanidad es un deber y una virtud que los pueblos cultos estiman y agradecen. El Municipio de Buenos Aires a los que cayeron víctimas del deber en la epidemia de fiebre amarilla de 1871*”.

Meses después cuatro Tesis Doctorales presentadas a la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires, por entonces bajo la Presidencia del Doctor, Juan

(94) Falleció el 20 de febrero de 1871.

(95) El *Diario* de Mardoqueo Navarro los estima en 13.614; el periódico *The Standard* trepaba a 26.000 muertos; *El Nacional* aludía a 16.000 fallecidos. *La Revista Médico Quirúrgica*, de la Asociación Médica Bonaerense, ajustaba el total a 13.763 muertos. Las investigaciones del Dr. José Penna llevadas a cabo hacia finales del Siglo XIX, condensadas luego en su “Estudio sobre las epidemias de fiebre amarilla en el Río de la Plata”, publicado en 1895 en *Anales del Departamento General de Higiene* concluía en 14.467 víctimas.

(96) La escena recrea probablemente lo acontecido el 17 de marzo de 1871 en un conventillo de la calle Balcarce en el Barrio de San Telmo. La mujer muerta era Ana Bristiani. Los dos Miembros de la Comisión Popular incorporados en el cuadro por licencia del artista, fallecerían víctimas de la fiebre amarilla apenas una pocas semanas después. El 18 de marzo de 1871 *La Nación* publicaba: “*A medida que la epidemia va azotando a la población, vamos conociendo cuadros desgarradores y tristísimos, principalmente entre la gente ajena a toda clase de recursos. Sabemos que anoche un sereno penetró en una casa de la calle Balcarce llamando la atención que la puerta estuviera abierta a altas horas y se encontró con el cadáver de una mujer y entre sus brazos una criatura de cuatro meses que mamaba aun entre los pechos de aquella. Es de suponer que esta mujer ha sido atacada por la fiebre y ha muerto sin tener a nadie que le prestara el menor auxilio. La niña fue recogida y remitida a la Casa de Expósitos*”. El cuadro original de Blanes se encuentra en exhibición en el Museo Nacional de Artes Visuales de Montevideo de la República Oriental del Uruguay.

José Montes de Oca y la Vice Presidencia del Doctor Nicolás Albarellos, brindaban un elocuente testimonio de la catástrofe.

Correspondían a cuatro jóvenes médicos que prestaron servicios durante la epidemia y cuya esforzada labor les sirvió de sustento práctico para la reflexión académica.

Las Tesis contienen breves desarrollos sobre las experiencias vividas. Se exponen los registros sanitarios de los pacientes atendidos, sus historias clínicas y de vida, la sintomatología exhibida, la evolución de su estado, los cuadros observados, los remedios suministrados y el resultado de las necropsias efectuadas a los cadáveres. Todas desconocen la causa de la infección.

Ellas fueron: Jacobo Scherrer: "*Estudios sobre la fiebre amarilla del año 1871*", Imprenta de Pablo Emilio Coni, Buenos Aires 1872, Padrino de Tesis Doctor Pedro A. Mattos. Miguel Echegaray: "*Fiebre amarilla del año 1871*", Buenos Aires, 1872, Padrino de Tesis Doctor Manuel Augusto Montes de Oca. Salvador Doncel: "*La fiebre amarilla de 1871 observada en el Lazareto Municipal de San Roque*", Buenos Aires, Imprenta del Siglo y de la Verdad, 1873, Padrino de Tesis Doctor Pedro A. Mattos. Jacobo de Tezanos Pintos: "*Infección y contagio*", Buenos Aires, Imprenta La Unión 1872, Padrino de Tesis Doctor José María Bosch.

La epidemia aconsejó el diseño de nuevos espacios urbanos y las claves para la localización de cementerios, hospitales, mataderos, espacios verdes de la ciudad, intentando un desarrollo urbanístico que se llamó "*la ciudad nueva*".

Demostró los problemas que traía aparejado, la deficiente recolección de los residuos y la equívoca rutina de acudir al relleno sanitario con basura, en terrenos bajos y en nivelación de las calles.

El higienismo⁹⁷ bregaba desde casi un siglo antes por la imperiosa necesidad de mantener buenas condiciones de salubridad en los escenarios urbanos, mediante la instalación de sistemas de agua corriente, cloacas, iluminación y control de las condiciones de habitabilidad en las viviendas obreras, donde el hacinamiento de las casas de locación múltiple, "*conventillos*", considerados "*talleres de epidemias*", habían estallado en la epidemia de 1871, problemas que pese a su proclamada importancia no lograron ser solucionados en los años que vendrían.

Diecisiete años después del desencadenamiento de la epidemia de fiebre amarilla la revista británica *Youth* publicaba en forma de folletín entre los días 4 de enero al 14 de marzo de 1888, una novela *Ralph Herne* desarrollada en 15 capítulos que

(97) En 1790 Johann Peter Frank, Director de la Escuela de Medicina de Pavía en su discurso académico *De populorum miseria: morborum genetrice*, al finalizar los cursos de dicho año académico sostenía: "*la miseria del pueblo: madre de las enfermedades*", denunciando a la pobreza como causa directa de los problemas de salud del pueblo.

describía los azares de un joven médico inglés radicado en Buenos Aires en tiempos de la epidemia de fiebre amarilla.

Su autor, William H. Hudson había nacido en 1841 en la provincia de Buenos Aires, hijo de padres norteamericanos y nieto de ingleses provenientes del condado de Devon. Naturalista, ornitólogo y exquisito narrador, que a juicio de Conrad escribía “*como crece el pasto*”, fue el autor de “*Allá lejos y hace tiempo*” donde relata sus años de niño transcurridos en una estancia bonaerense “Los veinticinco ombúes” en plena dictadura de Rosas.

Autor de “*La tierra purpúrea*”; “*Días de ocio en la Patagonia*” y “*Mansiones verdes*” como asimismo de acreditados textos sobre el objeto de su pasión: los pájaros “*Birds in London*”, “*Birds and man*”, “*Adventures among birds*”, “*British birds*”, etc. constituyen los textos más celebrados por la Royal Society for the Protection of Birds que integraba.

Hudson no vivió en Buenos Aires en los desdichados días de la fiebre amarilla, pues se encontraba en la Patagonia. Recién en 1873 viajó a Inglaterra y allí quince años después daría forma a *Ralph Herne*, no es entonces aventurado sospechar que, a pesar de su ausencia, por amigos o familiares bien pudo estar perfectamente al tanto del horror que vivía la ciudad nudo de la epidemia, y cuyo clima describe: “*En las calles se veían personas que vacilaban al caminar, caían sobre el pavimento y espiraban con gritos delirantes antes que pudieran ser recogidas... En el centro mismo de este infierno trabajaba Ralph... pasaba la mitad de su tiempo con los moribundos, lo sitiaban noche y día multitudes de suplicantes llorosos poseídos por el terror; era literalmente arrastrado de casa en casa para ver caras desfiguradas por la horrible agonía o negras en el sello de la muerte y oír lamentables gritos pidiendo alivio que en casi todos los casos no podía dar*”⁹⁸.

La descripción del desarrollo de la peste en el escenario de la ciudad se ajusta a los relatos de la época, evidenciando el conocimiento que Hudson guardaba del avance de la peste en la ciudad sustentada junto al ancho y fangoso río.

Relata: “*Durante los días siguientes, los diarios hicieron una alharaca tremenda contra las autoridades locales, por permitir que la fiebre amarilla penetrase en la ciudad y sugerían incontables medidas de prevención. Pero los “perros guardianes de la civilización” empezaron a ladrar tarde, aunque sus ladridos causaran una gran conmoción. La municipalidad y la policía cumplieron una actividad extraordinaria. En todos los barrios hubo visitas de inspección a las casas, las calles se barrían al salir el sol todos los días, había una orden general para blanquear las casas por fuera y tan alertas estaban, que, si un tallo de repollo o una papa se caían del, carro de un verdulero, el pobre conductor era llamado ante un magistrado y pagaba una multa de veinte pesos o iba a la cárcel por el nuevo delito de “diseminar los elementos de la peste en las calles”*”⁹⁹.

(98) HUDSON, William Henry. *Ralph Herne*, cit., p. 73.

(99) *Ibidem*, pp. 63 y 64.

IV. Conclusiones

Las epidemias determinaron una nueva construcción del espacio, el diseño de específicas secciones de poblaciones humanas, conforme los particulares criterios adoptados, el establecimiento de las *zonas prohibidas*, el cierre y la clausura de determinadas áreas, la prohibición de circular, el sacrificio de bienes, la matanza de animales, etc.

Las epidemias fueron asimismo la espuela que en ocasiones aguijoneó la ampliación de la autoridad del Estado en plazas que no estaban inicialmente bajo su tutela.

Aun así, todos estos procesos de multiplicación de epidemias a lo largo de los siglos se encuentran atravesados por un patrón común: *el eclipse del estado en la directa relación con el combate de la peste*.

Surgieron entonces organizaciones civiles, nuevos actores que lucharon desesperadamente por salvar las deficiencias institucionales y combatir la peste.

¿Cómo se reacciona ante la presencia de la peste?

Inicialmente se intentaba no verla, no admitirla, no aceptarla, negarla en su importancia por los altos costos que la misma implicaba.

Albert Camus en su célebre novela *La peste*, publicada el 10 de junio de 1947, y que probablemente referenciaba la peste de cólera que padeció la ciudad argelina de Oran en 1849, traza un singular cuadro narrativo del desarrollo de una epidemia. En esta ciudad anclada sobre las costas del Mar Mediterráneo, donde: “... *el cambio de las estaciones solo se lee en el cielo. La primavera se anuncia solo por la calidad del aire o por las cestas de flores que pequeños vendedores traen de las afueras; es una primavera que se vende en los mercados. Durante el verano, el sol incendia las casas demasiado secas y cubre las paredes de una ceniza gris; entonces no se puede vivir nada más que a la sombra de los postigos bien cerrados. En otoño, al contrario, es un diluvio de barro. Los días hermosos solamente llegan en invierno*”¹⁰⁰, inesperadamente como un augurio aciago, una mañana comenzaron a aparecer centenares de ratas muertas: “*las ratas comienzan a afluir a plena luz del día desde las alcantarillas hacia los umbrales, las calles y las veredas para morir. La gente no alcanza a dimensionar las implicancias de este extraño fenómeno hasta que los mismos ciudadanos comienzan a enfermar y fallecer súbitamente en medio de un sufrimiento atroz*”¹⁰¹.

En las páginas iniciales, Camus narraba: “*La mañana del 16 de abril, el doctor Bernard Rieux salió de su consultorio y tropezó con una rata muerta, en medio del rellano. Sobre la marcha apartó el animal sin miedo y bajó la escalera. Pero, llegado a la calle pensó que esa rata no estaba en su lugar y volvió sobre sus pasos para advertir al conserje. Ante*

(100) CAMUS, Albert. *La peste* (hay varias ediciones).

(101) BELINCO, Ana. “*La peste*”: crisis, resistencia y una posibilidad para la revolución, Política Obrera, Partido Obrero, Tendencia, 31 de marzo de 2020.

la reacción del viejo M. Michel, descubrió mejor lo que su descubrimiento tenía de insólito. La presencia de esa rata muerta solo le pareció extraña, mientras que, para el conserje, era un escándalo. La postura de este último era categórica: no había ratas en la casa. El doctor insistió asegurando que había una rata en el rellano del primer piso, y probablemente muerta, pero la convicción de M. Michel era total. No había ratas en la casa, por lo que la debían de haber traído de fuera. O sea, que se trataba de una broma”¹⁰².

Las palabras finales del fragmento transcrito apostillan la reiteración de una práctica, que sufrieron invariablemente todos los procesos de desencadenamiento de las epidemias a lo largo de la historia.

La sistemática negativa a reconocerla: *“No hay tal epidemia, es una broma, es una amenaza infundada, no existe ningún peligro, no va a desencadenarse aquí, ocurre solo en otra ciudad lejana, jamás llegará a nuestro espacio, a nuestra casa”*.

La negligencia de las autoridades se explica porque toda peste significaba el inevitable paro económico, hundimiento de la circulación de bienes y parálisis de la producción, malestar en las calles y toda suerte de desórdenes sociales que no tardaban en brotar, interrupción de las relaciones económicas y políticas con el mundo exterior.

Se especulaba que, aunque causara un número de muertos, pasado cierto tiempo retrocedería por sí misma.

Cuando aparecía en el horizonte de una ciudad la amenaza de una epidemia las autoridades buscaban pareceres médicos tranquilizadores, que se acomodaran a sus propósitos políticos, tendientes a evitar la circulación del pánico porque no hay nada más destabilizador que el miedo.

Entonces se disminuye su importancia, se ridiculizan opiniones de científicos, se recomiendan soluciones baratas y rápidas.

La peste atesora la virtud de exponer, en todo su dramatismo las penosas condiciones de vida, justamente en los sectores sociales donde la epidemia arrecia.

El recurso de la huida está siempre presente..., pero *¿quiénes pueden huir?*

Solo aquellos que cuentan con medios suficientes para establecerse en una zona segura, el resto debe permanecer en la ciudad sitiada o vagar por los campos intentando vanamente procurarse el alimento.

Se recurre a todas las formas del aislamiento social, quienes pueden acumular alimentos se quedan encerrados en sus casas.

“Separados del resto del mundo los habitantes se apartan unos de otros en el interior mismo de la ciudad maldita temiendo contaminarse mutuamente. Se evita abrir las ventanas

(102) El resaltado es nuestro. Albert Camus: *La peste* (hay varias ediciones).

de la propia casa y bajar a la calle. Se esfuerzan por aguantar encerrados en la casa con las reservas que han podido acumular”¹⁰³.

Giovanni Boccaccio describía: “Casi todos se inclinaban a un remedio muy cruel como era esquivar y huir a los enfermos y a sus cosas; y, haciéndolo, cada uno creía que conseguía la salud para sí mismo. Y había algunos que pensaban que vivir moderadamente y guardarse de todo lo superfluo debía ofrecer gran resistencia al dicho accidente y, reunida su compañía, vivían separados de todos los demás recogiéndose y encerrándose en aquellas casas donde no hubiera ningún enfermo y pudiera vivirse mejor, usando con gran templanza de comidas delicadísimas y de óptimos vinos y huyendo de todo exceso, sin dejarse hablar de ninguno ni querer oír noticia de fuera, ni de muertos ni de enfermos, con el tañer de los instrumentos y con los placeres que podían tener se entretenían”¹⁰⁴.

El silencio opresor amparaba la desconfianza y el recelo.

Al recrear en su célebre novela “*Los novios*” la peste italiana de 1630, Alejandro Manzoni confesaba: “Mientras los cadáveres o los montones de cadáveres, siempre presentes y entre los pies, hacían de toda la ciudad un inmenso féretro, presentaba todavía mayor y más funesta deformidad el recíproco encarnizamiento el desenfreno y la monstruosidad de las sospechas. No solo se desconfiaba del vecino, del amigo, del huésped, sino que infundían terror hasta los vínculos y nombres más sagrados para el hombre en sociedad, como son los de marido y mujer, de padre e hijo, de hermano y hermana y, causa horror, el decirlo, la mesa doméstica, el tálamo nupcial, se temían como sitios de asechanza o como escondrijos de veneno”¹⁰⁵.

Boccaccio decía: “Y no digamos ya que un ciudadano esquivase al otro y que casi ningún vecino tuviese cuidado del otro, y que los parientes raras veces o nunca se visitasen, y de lejos: con tanto espanto había entrado esta tribulación en el pecho de los hombres y de las mujeres, que un hermano abandonaba al otro y el tío al sobrino y la hermana al hermano, y muchas veces la mujer a su marido, y lo que mayor cosa es y casi increíble, los padres y las madres a los hijos, como si no fuesen suyos, evitaban visitar y atender”¹⁰⁶.

Porque en tiempos de la peste el prójimo es peligroso y la soledad forzada constituye la mejor terapia para evitar el contagio.

Se cubren los rostros y las manos con máscaras y guantes, se rocían los vestidos con vinagre, las bendiciones y absoluciones se imparten desde la lejanía, se suspenden los servicios religiosos, las relaciones humanas entran en un cono de distancia que procura el aislamiento y el encierro.

(103) DELUMEAU, Jean. *El miedo*, cit., p. 179.

(104) BOCCACCIO, Giovanni. *Decameron*, cit.

(105) MANZONI, Alejandro. *Los novios*, Biblioteca Mundial Sopena, Editorial Sopena SRL, Buenos Aires, p. 250.

(106) BOCCACCIO, Giovanni. *Decameron*, cit.

La misma liturgia de la muerte, las solemnes celebraciones del paso a la eternidad: el aseo del cadáver, la puesta en un cajón con sus mejores galas, la preparación minuciosa de la cámara mortuoria, la convocatoria a la reunión familiar en torno a la capilla ardiente, las velas y los rezos susurrados devotamente, eran hachadas en aras de un rápido enterratorio del cadáver envuelto miserablemente en trapos y arrojado a fosas comunes bajo capas de cal viva.

IV.1. Y el miedo

El miedo atroz y lacerante que paraliza y agarrota y que agujoneaba a Martin Lutero, cuando denunciaba la huida despavorida de los religiosos, mientras la peste de 1539 arreciaba en Wittenberg: *“Huyen unos de otros y apenas si pueden encontrarse alguien para cuidar y consolar a los enfermos... Ese miedo que el Diablo pone en el corazón de las pobres gentes es la peste más temible”*¹⁰⁷.

La multiplicación de los fallecimientos complicaba el entierro de los cadáveres.

Boccaccio describía: *“Los vecinos... por sí mismos o con ayuda de algunos acarreadores cuando podían tenerla, sacaban de sus casas los cuerpos de los ya finados y los ponían delante de sus puertas (donde, especialmente por la mañana, hubiera podido ver un sinnúmero de ellos quien se hubiese paseado por allí) y allí hacían venir los ataúdes, y hubo tales a quienes por defecto de ellos pusieron sobre alguna tabla. Tampoco fue un solo ataúd el que se llevó juntas a dos o tres personas; ni sucedió una vez sola, sino que se habrían podido contar bastantes de los que la mujer y el marido, los dos o tres hermanos, o el padre y el hijo, o así sucesivamente, contuvieron. Y muchas veces sucedió que, andando dos curas con una cruz a por alguno, se pusieron tres o cuatro ataúdes, llevados por acarreadores, detrás de ella; y donde los curas creían tener un muerto para sepultar, tenían seis u ocho, o tal vez más”*¹⁰⁸.

Había también quienes, en medio de la tragedia medraban en las sombras: los saqueadores que asaltaban las propiedades abandonadas y robaban a los cadáveres o guiados por la misma voracidad apresuraban la muerte de los enfermos.

Manzoni retrataba a quienes, en plena epidemia, con la espantosa multiplicación de cadáveres que obligaban a su retiro en carros comunitarios, ingresaban a las casas exigiendo rescates, para no apilar en los carros los cuerpos de los enfermos que aún vivían. *“Entraban como dueños o como enemigos en las casas y sin hablar del saqueo y del modo como trataban a los infelices que por la peste tenían que pasar por aquellas inmundas manos, las ponían sobre los sanos, sobre los hijos, los parientes, las mujeres y los maridos, amenazándolos con que los arrastrarían al lazareto si no los rescataban al precio que ellos mismos establecían”*¹⁰⁹.

(107) Citado por DELUMEAU, Jean. *El miedo*, cit., p. 196.

(108) BOCCACCIO, Giovanni. *Decameron*, cit.

(109) MANZONI, Alejandro. *Los novios*, cit., p. 250.

Boccaccio narraba las penosas circunstancias en que eran llevados a su última morada los enfermos de la peste florentina: transportados por: *“una especie de sepultureros salidos de la gente baja que se hacían llamar faquines y hacían este servicio a sueldo poniéndose debajo del ataúd y, llevándolo con presurosos pasos, no a aquella iglesia que hubiese antes de la muerte dispuesto, sino a la más cercana la mayoría de las veces lo llevaban, detrás de cuatro o seis clérigos con pocas luces y a veces sin ninguna; los que, con la ayuda de los dichos faquines, sin cansarse en un oficio demasiado largo o solemne, en cualquier sepultura desocupada encontrada primero lo metían. De la gente baja, y tal vez de la mediana, el espectáculo estaba lleno de mucha mayor miseria, porque éstos, o por la esperanza o la pobreza retenidos la mayoría en sus casas, quedándose en sus barrios, enfermaban a millares por día, y no siendo ni servidos ni ayudados por nadie, sin redención alguna morían todos. Y bastantes acababan en la vía pública, de día o de noche; y muchos, si morían en sus casas, antes con el hedor corrompido de sus cuerpos que de otra manera, hacían sentir a los vecinos que estaban muertos; y entre éstos y los otros que por toda parte morían, una muchedumbre. Era sobre todo observada una costumbre por los vecinos, movidos no menos por el temor de que la corrupción de los muertos no los ofendiese que por el amor que tuvieran a los finados. Ellos, o por sí mismos o con ayuda de algunos acarreadores cuando podían tenerla, sacaban de sus casas los cuerpos de los ya finados y los ponían delante de sus puertas (donde, especialmente por la mañana, hubiera podido ver un sinnúmero de ellos quien se hubiese paseado por allí) y allí hacían venir los ataúdes, y hubo tales a quienes por defecto de ellos pusieron sobre alguna tabla. Tampoco fue un solo ataúd el que se llevó juntas a dos o tres personas; ni sucedió una vez sola sino que se habrían podido contar bastantes de los que la mujer y el marido, los dos o tres hermanos, o el padre y el hijo, o así sucesivamente, contuvieron. Y muchas veces sucedió que, andando dos curas con una cruz a por alguno, se pusieron tres o cuatro ataúdes, llevados por acarreadores, detrás de ella; y donde los curas creían tener un muerto para sepultar, tenían seis u ocho, o tal vez más”*¹¹⁰.

Por su parte Daniel Defoe, en su relato sobre la gran plaga de Londres de 1665: *“Diario del año de la peste”*, publicada en 1722, detallaba: *“Muchos robos y acciones perversas en ese tiempo terrible... porque la codicia era tan fuerte en algunos que habrían corrido cualquier riesgo para saquear”*¹¹¹.

También aparecen en el minucioso relato *los que contagiaban a sabiendas*, es decir aquellos infectados que recorrían las calles y las plazas, ingresando a los templos, las posadas y las casas, bebiendo de fuentes comunes para contagiar al resto de sus semejantes, en la pertinaz creencia que de este modo descargaban el veneno que recorría sus cuerpos.

Lutero los referenciaba: *“... criminales mayores que sintiendo el germen de la enfermedad se mezclan sin decir nada a sus hermanos, como si esperaran descargar en ellos el veneno que los devora. Dominados por esta idea recorren las calles, penetran en las casas,*

(110) BOCCACCIO, Giovanni. *Decameron*, cit.

(111) DEFOE, Daniel. *Diario del año de la peste*, Biblioteca Virtual Universal.

llegan incluso a abrazar a sus hijos o a sus domésticos con la esperanza de salvarse ellos mismos. Quiero creer que el diablo inspira tales acciones y que solo a él debemos acusarle de esto, pero también me han dicho que una especie de desesperación envidiosa impulsa algunas veces a estos desventurados a propagar así la peste, porque no quieren ser los únicos en ser alcanzados... Si el hecho es cierto o no, lo ignoro. Pero realmente, si las cosas son así, termino por preguntarme si nosotros, los alemanes, somos hombres o demonios"¹¹².

Defoe halla en el argumento la excusa perfecta que se buscaba para justificar la prohibición del ingreso de los extraños a las ciudades en peligro, achacándoles que solo buscaban el contagio, como lo hacían, en los imaginarios populares, las figuras demoníacas, con largos vestidos negros que visitaban las aldeas en las noches sin luna ¹¹³.

Manzoni relata, en *"Los Novios"*, cómo en pleno desarrollo de la epidemia del Milanesado, a los extranjeros *"sospechosos ya por serlo y muy fácil de distinguirse por el traje se los arrestaba en las calles por el pueblo y se los encarcelaba"*¹¹⁴.

Porque se perseguía con saña a todos aquellos que se creía podían contagiar. Las pestes logran incluso quebrar los oscuros silencios que habían sepultado crímenes y dolores del pasado. La cercanía de la muerte lleva a la confesión y a la súplica del perdón y el desahogo del delito y del pecado.

Y la oscura certeza de que el peligro de la peste siempre embozado y acechante vuelva a atacar. Albert Camus no puede huir de la angustiada convicción que en todos los tiempos y en todas las épocas, siempre se asistía a la penosa e inevitable *crónica de una muerte anunciada*. Que pasara lo que pasara, la sombra negra del flagelo volvería a atacar con renovados bríos.

En las páginas finales de *La peste*, su protagonista el doctor Bernard Rieux reflexionaba sombríamente: *"Escuchando los gritos de alegría que subían de la ciudad, Rieux se acordaba que esta alegría estaba siempre amenazada, pues él sabía lo que esta multitud alegre ignoraba, y que se podía leer en los libros, que el bacilo de la peste ni muere ni desaparecerá nunca, que puede estar durante decenas de años dormido en los muebles o en la ropa, que espera con paciencia en las habitaciones, en los baúles, las bodegas, los pañuelos y los papeles, y que, tal vez, llegará el día en que por desgracia y el conocimiento de los hombres, la peste despertará sus ratas y las enviará a morir en una ciudad feliz"*¹¹⁵.

Pero también están los héroes.

Los hombres y mujeres que vencen el miedo y se ponen de pie.

(112) Citado por DELUMEAU, Jean. *El miedo*, cit., p. 211.

(113) Conforme DEFOE, Daniel. *Diario del año de la peste*, Biblioteca Virtual Universal.

(114) MANZONI, Alejandro. *Los Novios*, cit., p. 243.

(115) CAMUS, Albert. *La peste* (hay varias ediciones).

A lo largo de los siglos sacerdotes, clérigos, hermanos, religiosas, funcionarios, laicos consagrados, médicos, enfermeros y practicantes, colegiales y simples vecinos de la comunidad con recursos económicos o sin ellos derrocharon bondad y amor por sus semejantes. *“Porque en las calamidades públicas y en los largos trastornos de cualquier orden de cosas se ve siempre un aumento, un exceso de virtud”*¹¹⁶.

(116) MANZONI, Alejandro. *Los Novios*, cit., p. 249.

¿DE VERDAD FRANCISCO DE VITORIA FUE EL PADRE DEL DERECHO INTERNACIONAL?*

WAS FRANCISCO DE VITORIA REALLY THE FATHER OF INTERNATIONAL LAW?

*Pablo Antonio Fernández Sánchez***

Resumen: Francisco de Vitoria fue el primer intelectual que reflexionó sobre las nuevas características que el descubrimiento de América traería a la organización del mundo. Utilizó argumentos doctrinales, por lo que se le reconoció la paternidad del derecho internacional, tal como se desarrolló en los siglos posteriores. Tuvo la virtud de considerar la existencia de un *totus orbis*, que hoy llamaríamos “comunidad internacional”. Luego, rivalizaría con Hugo Grocio en relación con la paternidad de esta rama del derecho. Sin embargo, su pensamiento quizá no fue bien entendido. Vitoria no estaba pensando en un ordenamiento cuyo centro fuera el Estado sino la persona.

Palabras-clave: Francisco de Vitoria - Hugo Grocio - Derecho internacional clásico - Derecho global - Comunidad internacional - *Totus orbis*.

Abstract: Francisco de Vitoria was the first intellectual who reflected on the new characteristics that the discovery of America would bring to the organization of the world. He used doctrinal arguments by which his paternity of international law was recognized, as it developed in subsequent centuries. He had the virtue of considering the existence of a *totus orbis*, which today we would call the “international community”. He would later rival Hugo Grotius in relation to the paternity of this branch of law. However, the thought of him was perhaps not well understood. Vitoria was not thinking of a legal system whose center was the State, but the person.

Keywords: Francisco de Vitoria - Hugo Grotius - Clasic international law - Global law - International community - *Totus orbis*.

Sumario: I. Introducción. II. Los argumentos doctrinales de Vitoria en torno al derecho internacional. III. Los mimbres para la construcción del derecho internacional clásico en Francisco de Vitoria. IV. El *totus orbis* y la comunidad

* Trabajo recibido el 13 de septiembre de 2022, habiendo sido publicado en el Anuario Mexicano de Derecho Internacional, XXII, 2022, e incorporado –con consentimiento del autor– en este número por el interés de la temática.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla-España. Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla-España. Presidente del Instituto Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional (IHLADI).

internacional, como centro neurálgico del pensamiento vitoriano. V. Francisco de Vitoria *versus* Hugo Grocio. VI. ¿Sirve el pensamiento vitoriano para fundamentar el nuevo orden jurídico global actual? VII. Los nuevos paradigmas de la sociedad internacional más cerca del *totus orbis* que los existentes en el siglo XVI. VIII. Características del derecho global actual y las ideas vitorianas. IX. Conclusiones. X. Bibliografía.

I. Introducción

El llamado Siglo de Oro español se caracterizó, en el contexto en el que se desarrolla este artículo, en la elaboración intelectual de una escuela de pensamiento que argumentó muchos de los aspectos que hemos considerado hasta la fecha como el derecho internacional.

Esta escuela de pensamiento se desenvuelve en el ámbito universitario europeo, principalmente París, Roma, Coímbra y Bolonia¹; sin embargo, donde realmente se desarrolla es en las universidades hispánicas. Sólo entre 1500 y 1560 se crean en todo el vasto territorio del imperio español, dieciocho universidades, pero ya existían algunas tan importantes, como Salamanca, Alcalá de Henares o Valladolid², que eran, por ese mismo orden, las universidades que más alumnos tenían en toda Europa.

Esta confluencia de circunstancias hizo que los grandes pensadores se acercaran a Salamanca, de tal manera que al conjunto de intelectuales que desarrollaron ideas en torno a lo que hoy conocemos como derecho internacional se le conoce como Escuela de Salamanca de Derecho Internacional³ o, menos apropiadamente, como Segunda Escolástica⁴. Esta aproximación escolástica se acepta por la cuestión metodológica, porque “enunciaba un principio, ordenaba los argumentos en su favor y aducía los argumentos contrarios, para deducir al fin las propias conclusiones”⁵.

(1) Para ver un mapa de las universidades existentes en Europa a principios del siglo XVI, véase COLBECK, Ch. *The Public Schools Historical Atlas*, Nueva York-Londres-Bombay, Longmans y Green, 1905, p. 23.

(2) Estos datos pueden verse en PRÖGLER, D. *English Students at Leiden University, 1575-1650*, Farnham (Surrey), Ashgate, 2013. También véase en WERNER, TH. - VERDONK, R. *Encuentros en Flandes. Relaciones e intercambios hispanoflamencos a inicios de la edad moderna*, Lovaina (Bélgica), Leuven University Press, 2000.

(3) En realidad, se le llama Escuela Española, pero el hecho indiscutible fue que hubo una Escuela de Salamanca de universal renombre. Véase RODRÍGUEZ MOLINERO, M. “La doctrina colonial de Francisco de Vitoria, legado permanente de la Escuela de Salamanca”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VIII, 1991, pp. 43-75, especialmente pp. 45-49.

(4) TORRENT RUIZ, A. “Segunda Escolástica Española y renovación de la ciencia del derecho en el siglo XVI”, *Teoría e Storia del Diritto Privado*, núm. 6, 2013, pp. 1-77.

(5) “El descubrimiento de América y el derecho internacional público”, *Viajes Jurídicos*, 10 de julio de 2020, disponible en: <https://viajesjuridicos.com/2020/07/10/el-descubrimiento-de>

Es verdad que no fue sólo Francisco de Vitoria, sino que también el pensamiento estructurado de la constitución de una comunidad internacional partía del análisis y el estudio de un conjunto de hombres que constituyeron, como he dicho, una Escuela. Así lo piensa el profesor Riaza, considerando que estamos ante una escuela propiamente dicha. Analiza los escritos de Vitoria, Soto, Molina y Suárez, donde encontró un método común, una temática coincidente y una raíz filosófica única: el tomismo, para llegar a la conclusión de que conforma una auténtica escuela⁶.

Tal vez, no constituyeron una “escuela” en el sentido clásico⁷. Sin embargo, lo que tenían en común era que todos analizaron la conquista de América desde un punto de vista crítico. Dirigieron, por primera vez, sus ideas centrales hacia la dignidad de los seres humanos. Los derechos humanos fueron defendidos para toda la humanidad. Esto suponía una novedad.

También establecieron reglas para la ocupación del nuevo mundo. El emperador no tenía derecho a la posesión de nuevas tierras. Los indios tenían el derecho de conservar sus propios territorios, y ambos mundos (europeo e indio) tenían el derecho a la igual soberanía. La convivencia intercultural fue un postulado de la Escuela.

Francisco de Vitoria y después Francisco Suárez fueron los dos eruditos más importantes que contribuyeron a la construcción del Derecho internacional. Sin embargo, a Francisco de Vitoria se le atribuye la paternidad del Derecho internacional, porque Suárez se ocupó más de la filosofía del derecho⁸.

Ahora bien, me he preguntado si de verdad fue el padre del Derecho internacional, y la respuesta va a requerir el análisis de los fundamentos de este sector doctrinal, para determinar si ese análisis es coincidente con el pensamiento vitoriano. Si lo es, al ser Vitoria el primer pensador que habló de estas cuestiones debería declararse la paternidad de la elaboración y sistematización de este ordenamiento. Si no es coincidente, habrá que determinar que no lo es o que es padre de algo diferente que puede o no coincidir con un ordenamiento parecido, pero más vivo o, como se diría ahora, más líquido.

Como hipótesis, si analizamos el proceso de globalización actual, tal vez podríamos convencernos de que Vitoria pensaba en una sociedad internacional mucho más parecida a la actual que aquella a la que iba destinada en el siglo XVI. Por tanto, quizá, lo que luego sería el derecho internacional que hemos considerado clásico

(6) RIAZA MARTÍNEZ-OSORIO, R. “La escuela española del derecho natural”, *Revista de Cultura y Vida Universitaria*, 1925.

(7) Sin embargo, a la muerte de Vitoria en 1547 había más de treinta catedráticos discípulos de Vitoria en las universidades españolas, entre ellos Domingo de Soto, Diego Covarrubias, Melchor Cano y Fernando Vázquez de Menchaca.

(8) SUÁREZ, F. *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, Madrid, CSIC, 1971-1981, 8 vols. Esta edición es una edición crítica bilingüe (latín y español) basada en la edición original publicada en Coímbra en 1612.

hasta ahora no era exactamente lo que consideraba Vitoria. Eso puede afirmarse cuando observamos el marco de preocupación intelectual de Vitoria, cuyo objeto se aproxima más a los intereses generales actuales que a los intereses comunes de los Estados; se aproxima más a una sociedad o comunidad integrada que a una sociedad de Estados yuxtapuestos.

Para explorar estas ideas, por tanto, voy a utilizar algunos argumentos clásicos y otros más novedosos, y los voy a poner en conexión para dar cumplida respuesta, si es que es posible, a la pregunta del título.

Para alcanzar este objetivo será imprescindible poner orden en los conceptos y conectarlos con la realidad jurídica para determinar si la experiencia empírica es acorde. Ello me guiará por un método intuitivo, que me permitirá observar los fenómenos jurídicos y dar respuestas a los mismos, tras proceder a su análisis y evaluación, y por un método sistemático, que ordene y relacione lo aparentemente disperso. No podré olvidarme del método historicista, porque el desarrollo cronológico permitirá una adecuación al mundo jurídico real. Estos métodos bien combinados me permitirán observar los fenómenos que se analizan, formular los posibles problemas y contradicciones, confirmar la hipótesis y establecer unos resultados.

Obviamente, las fuentes van a ser muy diversas, pero la mayoría serán doctrinales, bien originales, bien desarrolladas o comentadas por autores acreditados, o análisis diversos sobre el entorno, las ideas, el momento histórico, etcétera que sirvan para encuadrar el objeto de estudio.

II. Los argumentos doctrinales de Vitoria en torno al derecho internacional

Francisco de Vitoria (1485-1546) se había alejado del viejo mundo feudal y fetichista y dedicó parte de su vida a reflexionar sobre los valores generales y los valores colectivos; estaba preocupado, por la deriva del imperio español en el que vivía y se cuestionaba el trato a las nuevas personas encontradas en América o al destino de los nuevos territorios conquistados. Esto le sirvió para reflexionar sobre la nueva dimensión de lo que se llamaba entonces el universo mundo⁹.

(9) Esta expresión medieval era relativamente común encontrarla en los escritores de la época. Denota la escala de la humanidad en el universo. En derecho canónico aparece, por ejemplo, en la frase *“Formationi ad cultum Eucharisticum iungatur formatio ad divinum officium, quo sacerdotes «nomine Ecclesiae pro toto populo sibi commisso, immo pro universo mundo, Deum deprecantur»* (Conc. Vat. II, Decr. de Presbyt. ministerio et vita Presbyterorum Ordinis, n. 5), en *Acta Apostolicae Sedis, Commentarium Officiale*, An et, vol. LXII, *Typis Polyglottis Vaticanis*, MDCCCCLXX, Librería Editrice Vaticana, 1979, p. 358, disponible en: <http://www.vatican.va/archive/aas/documents/AAS-62-1970-ocr.pdf>. Cervantes la utiliza en el Quijote, en el capítulo LI: “Que trata de lo que contó el cabrero a todos los que llevaban a Don Quijote al referirse a Nápoles como «la más rica y más viciosa ciudad que había en todo el universo mundo»”. Véase CERVANTES, M. de. *Don Quijote de la Mancha*, Barcelona, Planeta-Fundación Gala-Salvador Dalí, 2004, p. 313. También está recogida por RIQUER, M. de. *Antología, cantares de gesta, trovadore, narrativa medieval, literatura catalana, y vida caballeresca*, Anthropos, Barcelona, 1989, p. 95. Igualmente se encuentra en LATOURELLE, R. *Teología de la revelación*, Sígueme, Salamanca, 1967, p. 281.

Francisco de Vitoria, concebido fundamentalmente como un teólogo, dijo que: “El oficio del teólogo es tan vasto, que ningún argumento, ninguna disputa, ninguna materia, parecen ajenos a su profesión”¹⁰. Ello justifica las incursiones de Vitoria en el mundo del derecho, de la economía, de la sociología, de la política, etcétera.

Ahora bien, no conservamos textos originales donde fundamentar las teorías de Vitoria. Sin embargo, existen copias de los apuntes, sobre todo los tomados en clase por el alumno Francisco Trigo, durante los cursos 1534 a 1537¹¹, y algunas de las doce reelecciones que seguramente pudo revisar el propio Vitoria. No obstante, hay que tener en cuenta que es

... dable observar la redacción desmañada, las omisiones y las construcciones oscuras propias de esas versiones estudiantiles. Los escritos... deben ser tomados, pues, no como versiones taquigráficas, sino como algo aproximado, cuando no tergiversado, como testimonia el primer editor de las Reelecciones en la dedicatoria al inquisidor Valdés: alius misere dilacerabit alius corrupte recitabit¹².

Francisco de Vitoria¹³ (junto a Francisco Suárez)¹⁴ acercó el viejo concepto de *ius gentium* al derecho de gentes o intergentes, alejándose del viejo derecho romano y acercándose al moderno derecho internacional. De hecho, hay quien no estimándolo fundador del derecho internacional, al menos, lo considera¹⁵ precursor del mismo; pero esta consideración en sí misma es una injusticia inaceptable. El profesor Roca Tocco señala que “su nombre se menciona y no dejará nunca de mencionarse en punto a la génesis de nuestra disciplina, junto a los de Francisco Suárez (1548-1617), Alberico Gentili (1552-1608) y Hugo Grocio (1583-1645)”¹⁶.

Como dijo Verdross:

(10) VITORIA, F. de. *Reelecciones del Estado, de los indios y del derecho de la guerra*, Porrúa, México, 1985, p. 2.

(11) RODRÍGUEZ MOLINERO, M. *Op. cit.*, p. 53.

(12) PIROTTO, A. de. “Francisco de Vitoria”, en Vitoria, F. de *Reelecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, Espasa-Calpe, Madrid, 3a. ed., 1975, pp. 14 y 15.

(13) Sobre este personaje histórico y sus análisis jurídicos, véase BARCIA TRELLES, C. “Francisco de Vitoria et l’École moderne de droit international”, *RCADI*, vol. II, 1927, pp. 111 y ss.

(14) Las obras donde expuso sus ideas sobre el “Derecho de Gentes” fueron *De Legibus ac Deo Legislatore* (1612) y *De Charitate* (1621). Sobre el personaje véase BARCIA TRELLES, C. “Francisco Suárez (1548-1617). Les théologiens espagnols du XVI si cles et l’École moderne du droit international”, *RCADI*, vol. 43, 1933, pp. 389-551.

(15) ZABALLA, L. “Vitoria, Grocio y el origen del derecho internacional”, *Análisis*, núm. 10, junio de 2017, p. 4, disponible en: http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Documents/2017_%20ANALISIS_10.pdf

(16) ROCA TOCCO, C. A. “Origen y evolución del derecho internacional público”, *Iushistoria. Revista Electrónica*, núm. 3, septiembre de 2006, p. 9, disponible en: <http://www.salvador.edu.ar/juri/reih/2006/m4.pdf>

... el mérito fundamental de Vitoria consiste en haber dado un relieve especial al antiguo pensamiento estoico de la unidad moral y jurídica del universo: el mundo (*totus orbis*) integra una sola comunidad jurídica, pero no como una simple idea -según era el pensamiento de la Stoa¹⁷ sino como una comunidad concreta, unida al derecho natural. Vitoria dio por primera vez el nombre de *jus intergentes* a las normas del derecho natural que regulan las relaciones entre los pueblos¹⁸.

Por tanto, Vitoria difiere del pensamiento de Gayo, porque considera al derecho internacional como *ius intergentes*, es decir, derecho entre naciones¹⁹, a diferencia del *ius gentium* de Gayo, que era el derecho común a los hombres, es decir, el derecho natural²⁰. Esto justificaría, por sí solo, la inclusión de Vitoria en la vitola de la paternidad del derecho internacional. De hecho, Ortiz Treviño reconoce que

Francisco de Vitoria es el indudable padre del derecho internacional moderno. En la Relectio prior de Indis recenter inventis de 1538, al argumentar el primer título legítimo por el que los habitantes del nuevo mundo pudieran pasar al dominio de España, referente a la comunidad jurídica natural internacional, decide transformar el concepto clásico de ius gentium por el de ius intergentes²¹.

El profesor norteamericano Brown Scott tampoco tuvo dudas:

La escuela moderna de derecho internacional surgió a la vida, para hacer frente a las necesidades modernas de las naciones. Y el primero que expuso los principios que deberían regir y los aplicó a hechos concretos de la vida internacional de su época, fue Francisco de Vitoria, en sus dos lecciones sobre las Indias²².

(17) Escuela Estoica, ubicada en el pórtico de Atenas, dirigida por Crisipo de Solos. Véase THOMPSON, H.A. *The Stoa of Attalos II in Athens*, Nueva Jersey, Princeton, 1992.

(18) VERDROSS, A. *La filosofía del derecho del mundo occidental*, trad. de Mario de la Cueva, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1983, p. 147.

(19) Sobre el sistema de fuentes en Francisco de Vitoria, véase TODESCAN, F. "*Ultrum Onmnis Lex Derivetur a Lege Aeterna. Dogmatica giuridica e suggestioni teologiche nel «sistema delle fonti» di Francisco de Vitoria*", en Beneyto, J. M. y Román Vaca, C. (eds.), *New Perspectives on Francisco de Vitoria: Does International Law lie at the Heart of the Origin of the Modern World?*, CEU Ediciones, Madrid, 2014, cap. II.

(20) PIETRO, A. *Institutas de Gayo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 45-47.

(21) ORTIZ TREVIÑO, R. G. "La naturaleza jurídica del *ius gentium* de acuerdo con la doctrina de Francisco de Vitoria. Estudio breve en honor al pensamiento de Antonio Gómez Robledo", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XVII, 2005, pp. 51 y 52.

(22) BROWN SCOTT, J. *El origen español del derecho internacional moderno*, Cuesta Universidad de Valladolid, Valladolid, 1928, pp. 12-73.

Este *ius intergentes* de Vitoria es, pues, el antecedente inmediato del derecho internacional moderno²³ y, en realidad, no tiene nada que ver con el viejo.

Las discusiones doctrinales en torno a este nuevo derecho sirven de almohada para ir definiéndolo lentamente.

La doctrina de Francisco de Vitoria defendió “los derechos inalienables de los pueblos indios, entre ellos a conservar sus propiedades y a mantener a sus gobernantes legítimos, así como a preservar su lengua y tradiciones”²⁴, es decir, habla de derechos individuales y colectivos. Consideró siempre que los indios, por tanto, eran dueños de sus tierras y ningún príncipe cristiano era superior a ellos.

En su relectión sobre la potestad civil, Vitoria acentúa la distinción de lo que llama la sociedad natural de la humanidad de la sociedad eclesiástica, por razón de origen, finalidad y poder que la encarna²⁵. Por tanto, aquellos que le acusan de teologizar el derecho no han interpretado correctamente su pensamiento.

Francisco de Vitoria también fundamentó el derecho de injerencia humanitaria cuando se cuestiona si es lícito hacer la guerra a los bárbaros si se alimentan de carne humana y sacrifican vidas inocentes. La razón radica en que se trata de la violación de derechos inalienables e irrenunciables; además en la mayoría de las ocasiones consta que son llevados a la muerte contra su voluntad, sobre todo cuando se trata de niños. Por ello es lícito intervenir y recurrir a la guerra para proteger el derecho a la vida de seres inocentes²⁶.

Otro argumento doctrinal para reconocer a Vitoria la posible paternidad del derecho internacional es su idea de lo que hoy llamaríamos patrimonio común de la humanidad o, más moderno aún, bienes públicos globales. En su *Relectio prima de Indis*, Vitoria consideraba al mar, a los ríos y a los puertos como bienes comunes a los pueblos, aunque lo fundamentaba en el derecho natural²⁷.

(23) Sobre su concepción de un orden cosmopolita, véase SÁNCHEZ HIDALGO, A. “Francisco de Vitoria: un orden cosmopolita a realizar”, en Beneyto, J. M. y Román Vaca, C. (eds.), *New Perspectives on Francisco de Vitoria: Does International Law lie at the Heart of the Origin of the Modern World?*, CEU Ediciones, Madrid, 2014, cap. 9.

(24) RODRÍGUEZ MOLINERO, *op. cit.*, p. 46.

(25) BELTRÁN DE HEREDIA - RUIZ DE ALEGRÍA, Vicente. *Personalidad del maestro Francisco de Vitoria y trascendencia de su obra doctrinal*, edición crítica bilingüe de la *Relectio de Indis* por Vicente L. Pereña y J.M. Pérez Prendes, CISC, Madrid, 1967, p. XXV.

(26) RODRÍGUEZ MOLINERO, *op. cit.*, p. 56.

(27) Citado por VALLET DE GOYTISOLO, J. B. “Perspectiva histórica de las relaciones de derecho internacional público observadas por el derecho de gentes”, *Verbo Revista de Formación Cívica y de Acción Cultural*, según el *derecho Natural y Cristiano*, núms. 411-412, 2003, p. 78.

III. Los mimbres para la construcción del derecho internacional clásico en Francisco de Vitoria

Vitoria fundamenta la ocupación de América en su concepto de la guerra justa. Sólo será justa la guerra siempre y cuando haya oposición a la prédica y al comercio justo²⁸. Ésas eran las dos claves necesarias: poder predicar el evangelio y poder comerciar. En relación con el comercio justo, Francisco de Vitoria considera que es un derecho natural y, por lo tanto, los españoles pueden comerciar con los bárbaros y éstos no pueden negarse. Si se niegan, estarían dando título suficiente para el ejercicio de una guerra justa²⁹.

Igual planteamiento tiene Vitoria en relación con el derecho de prédica. Los cristianos disponen del derecho de anunciar el evangelio a los bárbaros.

Vitoria señala que:

si los bárbaros, ya sean sus jefes, ya sea el pueblo mismo, impidieran a los españoles anunciar libremente el evangelio... hacen los bárbaros injuria a los cristianos... luego, tienen ya éstos justa causa para declarar la guerra... es lícito a los españoles ocupar sus tierras y provincias, establecer nuevos señores y destituir a los antiguos, y hacer las demás cosas que por derecho de guerra son lícitas en toda guerra justa³⁰.

Como vemos, ninguno de los dos podría servir de fundamento para los problemas actuales del siglo XXI en relación con el orden mundial, pero sí para la construcción del derecho internacional clásico. Ambos son signos de su tiempo, como gustaba decir al papa Bueno, y el actual orden mundial es deudor de ambos.

Vitoria no criminaliza la conquista, pero establece derechos para los indios. Como reconoce Beatriz Maldonado Simán:

La novedad del pensamiento vitoriano radica pues, en la formulación de títulos basados en el derecho natural común a todas las naciones como el libre comercio que esgrime, apartándose en apariencia y sólo en apariencia de la raigambre medieval, pues la tarea de misión es característica del Medievo. Así, es la interpretación moderna de su pensamiento la que lo adscribe a los nuevos tiempos³¹.

La síntesis doctrinal de Vitoria en relación con el hecho colonial puede centrarse en el poder o potestad, el dominio o propiedad, la legitimidad y la licitud de la

(28) MALDONADO SIMÁN, B. "La guerra justa de Francisco de Vitoria", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, p. 695.

(29) VITORIA, F. de. *Reelecciones del...*, cit., Porrúa, México, 1985, pp. 60-65.

(30) *Ibidem*, p. 66.

(31) MALDONADO SIMÁN, B. *Op. cit.*, p. 699.

guerra. Son elementos que “se convierten en la columna vertebral de las dos largas disertaciones sobre el problema indiano”³².

Otra cuestión que acerca a Vitoria al derecho internacional clásico sería su intento teórico de determinar los delitos contra el derecho de gentes (sacrificios humanos, antropofagia), concretando la competencia para su represión, si cualquier nación civilizada o sólo la nación en cuyo territorio se hayan cometido³³. Su conclusión es que no hay autoridad ni legitimidad punitiva más allá del poder legítimo de cada pueblo o nación. Esto se aleja del concepto de jurisdicción universal que se acuñó en el siglo XX; sin embargo en el fondo, la actual práctica de los Estados asume esos postulados.

De igual forma sucede con la cesión voluntaria de soberanía de los pueblos que, aun admitiéndola, señala que para admitirla como causa legítima debe estar libre de presión, miedo o ignorancia³⁴. Esto se asemeja mucho a la doctrina de Naciones Unidas sobre la descolonización.

IV. El *totus orbis* y la comunidad internacional, como centro neurálgico del pensamiento vitoriano

Francisco de Vitoria considera que el *jus intergentes* es el derecho del *totus orbis*, que es una comunidad universal de todos los pueblos políticamente organizados. Esta unión era un vínculo natural que podía personalizarse en lo que ahora se conoce como humanidad.

La conceptualización de “humanidad” permite a Vitoria escapar del contrato social (aceptación de individuos para formar parte de una comunidad política) y el concepto del Imperio (la apropiación por un príncipe de territorios, donde el vasallaje se impone por la fuerza). El emperador no tenía el *dominus orbis*. Por lo tanto, el derecho de conquista era una ley obsoleta, prevaleciendo los derechos de los indios.

La humanidad, en el pensamiento de Vitoria, existe antes que las comunidades políticas y supone una *res publica pars totus orbis*. Incluso, en su “De civile potestate”, Vitoria concibió el *totus orbis* como un derecho universal de la humanidad, concebido por la ley natural, de la cual la comunidad universal recibe su autoridad.

Como reconoce Aloé, el concepto de *totus orbis* fue la gran novedad legal introducida por Vitoria. Discursivamente, legitimó la autoridad de los españoles en América según una “ley de naciones”. Esta ley no existía antes, y fue concebida a la sombra del pensamiento tomista. Con este criterio legalista, “Vitoria puso la base

(32) RODRÍGUEZ MOLINERO, M. *Op. cit.*, p. 58.

(33) *Ibidem*, p. 64.

(34) *Ibidem*, p. 65.

de una de las instancias de 'modernidad', necesaria para canonizar reglas claras y vinculantes entre los reinos en expansión"³⁵.

Vitoria no tenía idea de *orbis christianus*, sino de *totus orbis*. Él construyó el concepto de soberanía más allá del mundo cristiano³⁶. *Totus orbis* no es un gobierno universal. Vitoria consideraba la idea de una sociabilidad natural de la humanidad, acompañada de la existencia de relaciones entre comunidades con vínculos jurídicos³⁷. El *totus orbis* es una sociedad de comunidades y de individuos. Esto nos aleja sustancialmente del derecho internacional clásico que se construyó los cuatro siglos siguientes a la vida de Vitoria, basándose en la yuxtaposición de Estados. No era, pues, lo que había ideado Vitoria. Como señala Zaballa: "La novedad histórica del pensamiento de Vitoria radica en su concepción del Derecho Internacional como un conjunto de normas jurídicas en interés de la humanidad, y no, como hasta entonces se entendía, en interés de los Estados que las adoptaban"³⁸.

Vitoria postuló la existencia de un orden objetivo universal. Este orden rige la realidad fáctica y se rige por la organización social sobre estrictos principios naturales.

Una cuestión que Vitoria nunca pudo aclarar fue el requisito de una autoridad gubernamental para guiar a la sociedad. En el marco del Estado, la autoridad gubernamental podría ser un emperador o un príncipe. Sin embargo, a nivel universal la autoridad gubernamental no se planteó. Como Rojano Esquivel ha señalado: "La causa final del Estado es un simple medio para remediar la miseria humana. Esa *miseria hominum* es la base remota del Estado y la razón por la cual los hombres deben asociarse para la ayuda mutua. El fin del Estado es, por lo tanto, la comunidad para la prestación de servicios, *mutua officia*"³⁹.

Esta idea de la autoridad gubernamental universal complica aún más el pensamiento de Vitoria, en el sentido de que la identificación de una autoridad mundial es más difícil. Vitoria resuelve esta identificación considerando que el Estado debe cooperar con otros Estados para lograr el *bonum totus orbis*, es decir, el orden jurídico de la humanidad, en el cual los Estados están obligados, como las personas, a

(35) ALOÉ, V. D. *Europeos y americanos, conflictos y armonías. La historia de 'occidente', la crisis de la contemporaneidad y la 'cuestión argentina'*, Dunken, Buenos Aires, 2015, p. 2.

(36) ROMMEN, H. A. *La teoría del Estado y de la comunidad internacional en Francisco Suárez*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Instituto de Derecho Internacional, Madrid, 1951.

(37) LEWKOWICZ, N. "The Spanish School as a Forerunner to the English School of International Relations", *Estudios Humanísticos. Historia*, núm. 6, 2007, pp. 85-96.

(38) ZABALLA, L. *Op. cit.*, p. 2.

(39) ROJANO ESQUIVEL, J. C. "Del *totus orbis* al *ordo orbis*. El pensamiento internacionalista de Francisco de Vitoria", en García Flores, Eugenio (coord.), *Globalización y derecho internacional en la primera década del siglo XXI*, UNAM, México, p. 164, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3540/11.pdf>

respetar el bien común⁴⁰. La comunidad global, a través de la cooperación entre los Estados, es lo que ordena las reglas (*totus orbis habet potestatem ferendi leges*)⁴¹. Entre esas reglas puede haber una transferencia de soberanía a una autoridad externa (que podrían ser las organizaciones internacionales actuales).

Ahora bien, como había ideado Vitoria, el procedimiento para la adopción de normas internacionales sería el consenso. Él consideraba que debían elaborarse por “el consenso de la mayor parte de todo el orbe”⁴². Esto no ha sido lo que ha imperado en el derecho internacional clásico, sino más bien todo lo contrario. De hecho, Vitoria consideraba que “si... la mayoría de los hombres estableciese que los embajadores fueran inviolables... ‘o que el mar fuese común’, esto tendría ‘fuerza de ley’, aun con la oposición de los demás”⁴³.

Vitoria consideraba a la comunidad política como no contractualista (no dependiente de la disposición de los sujetos), porque no hay una mera creación humana, sino una necesidad natural, creada por Dios, que da un canal al poder político⁴⁴.

En la actualidad, el derecho internacional puede considerarse desde una perspectiva voluntaria o desde una perspectiva objetiva⁴⁵. En cualquier caso, el derecho internacional clásico no puede entenderse sin tener en cuenta la voluntad de los Estados, tanto en su elaboración como en su aplicación. En este sentido, podríamos considerar que el pensamiento de Vitoria estaría de acuerdo sólo en parte con el derecho internacional clásico. Por esta razón,

*... los puntos de contacto con algunos de los conceptos evocados en el Pacto de la Sociedad de Naciones, como el arbitraje o la ‘guerra justa’, promovieron no solo reclamar la figura y el trabajo de Vitoria, además de otros tales como F. Suárez, A. Soto y Gabriel Vázquez, sino también ‘revivir en un entorno moderno’ esas doctrinas*⁴⁶.

(40) *Ibidem*, p. 165.

(41) “*Totus orbis, qui aliquo modo est una Respublica, potestatem ferendi leges aequas et convenientes omnibus, quales sunt in Iure Gentium... Neque licet uni regno teneri Iure Gentium; est enim latum totius Orbis auctoritate*”; VITORIA, Francisco de. *De potestate civil*, Citado por CRUZ CRUZ, J. “Vitoria y el fundamento del derecho internacional”, *Ley Natural*, 15 de marzo de 2020, nota 51, disponible en: http://www.leynatural.es/2020/03/15/vitoria-y-el-fundamento-del-derechointernacional/#_ftn51

(42) VITORIA, F. de. *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de guerra*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 134.

(43) *Idem*.

(44) ROJANO ESQUIVEL, J. C., op .cit., p. 173.

(45) JIMÉNEZ GARCÍA, F. “El derecho internacional como necesidad y factor social. Reflexiones sobre su fundamento, concepto y método”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, núm. 2, 2010, pp. 129-140.

(46) NEILA HERNÁNDEZ, J. L. “España y la Sociedad de Naciones: Un tránsito historiográfico inacabado”, *Cuadernos de Historia Contemporánea*, núm. extraordinario, 2003, p. 54.

Miaja de la Muela ha estudiado las ideas de Vitoria sobre el Estado y la comunidad internacional⁴⁷, y concluyó que la idea del *ius humanae societatis*, en el pensamiento de Vitoria llamado *totus orbis*, tiene fundamento en el concepto de Cicerone *societas hominum*. Salvador de Madariaga⁴⁸, Rafael Altamira⁴⁹ e, incluso, Fernando de los Ríos criticaron los aspectos religiosos responsables de siglos de la monolítica sociedad española, salvo a Vitoria y los juristas-teólogos de Salamanca, por ser pioneros en la causa de la comunidad internacional⁵⁰.

Por tanto, Francisco de Vitoria planteó una doctrina internacionalista que no fue luego la que se desarrollaría durante los primeros siglos que le siguieron. Como ha reconocido Zaballa:

*Si, por ejemplo, varios Estados suscribiesen un tratado para la defensa común, el tratado entraría a formar parte del derecho internacional, ya que sus fines serían acordes al principio de paz y seguridad internacionales, y, por tanto, al interés general de la humanidad. Pero si el tratado tuviera como fin la agresión a otros países, carecería por completo de validez jurídica al contravenir el principio de paz y seguridad internacionales, esencial al interés general de la humanidad*⁵¹.

V. Francisco de Vitoria versus Hugo Grocio

Una parte de la doctrina europea, sobre todo la anglosajona, y, por ende, la internacional han ignorado durante mucho tiempo las aportaciones de Francisco de Vitoria y han otorgado la paternidad del derecho internacional a Hugo Grocio. ¿Puede esta ignorancia justificar la paternidad putativa o tienen razón esa doctrina europea y, por extensión, la internacional?

Un elemento que no habría que olvidar porque quizá sea relevante desde el punto de vista sociológico-jurídico, es que las "Relecciones, por ejemplo, no se tradujeron del latín al español hasta 1925, lo que contrasta con el tratamiento de la obra de Grocio, publicada en diversas lenguas europeas a lo largo de los siglos XVII, XVIII y XIX"⁵².

(47) MIAJA DE LA MUELA, A. "El derecho 'totus orbis' en el pensamiento de Vitoria", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XVIII, 1965, pp. 341-364.

(48) EGIDO, Ma. A. "Madariaga reivindicador de la figura de Vitoria como fundador del derecho internacional", en Ayuntamiento de la Coruña, *S. de Madariaga: exposición. Libro homenaje*, Imprenta Mundo, La Coruña, 1987, p. 108.

(49) GÓMEZ, F. "Historicidad, juridicidad y para-literatura: en torno a Francisco de Vitoria (1486-1546)", *Anuario de Estudios Americanos*, t. LIX, núm. 2, 2002, p. 420.

(50) GINER DE LOS RÍOS, F. "Religión y Estado en la España del siglo XVI", *Obras completas*, Anthropos - Fundación Caja de Madrid, Madrid, 1997, vol. II, p. 484.

(51) ZABALLA, L. *Op. cit.*, p. 3.

(52) *Ibidem*, p. 4.

Hugo Grocio nació en Delft, Países Bajos, en 1583 (murió en Rostock, Alemania, en 1645); por tanto, fue muy posterior a Francisco de Vitoria. No conoció la Paz de Westfalia (tratados de Osnabrück y Münster, del 24 de octubre de 1648), por el que se reconoce la independencia foral de las Provincias Unidas (Países Bajos), lo cual le hace haber sido siempre súbdito del imperio español, aunque defensor de la independencia de las Provincias Unidas.

Nadie puede discutirle a Hugo Grocio su dimensión humanística y su saber enciclopédico, así como, su vertiente jurídica, sobre todo en el campo de la racionalización del derecho natural y en la elaboración de un código sobre la esclavitud y las reglas de la guerra (*De iure belli ac pacis*, 1625). Sin embargo, eso no significa que fuera el padre del derecho internacional, porque se daría “la paradoja de que el pensador original de una de las construcciones fundamentales del mundo moderno es catalogado como un antecesor remoto de la idea, mientras que un estrecho seguidor suyo es encumbrado como pionero intelectual de la Modernidad”⁵³.

Hugo Grocio, además, cometió el error de considerar al *ius gentium* como un derecho civil amplio⁵⁴. Él confundió las instituciones y mezcló las de derecho privado con las de derecho público. Ello, por supuesto, no es ningún demérito para este gran jurista, cuya aportación al derecho internacional es tan reconocida⁵⁵, cuya obra *De iure belli ac pacis*, en palabras de Hont, lo acercó a la modernidad⁵⁶.

Ahora bien, no está exento de críticas. En este sentido, Roca Tocco dice lo siguiente respecto de él:

*Hugo Grocio, de estudio y actuación precoces, llevó una vida agitada en que conoció desde la cárcel y el exilio hasta la actuación diplomática. Se le ha presentado como el creador del Derecho Natural y del derecho internacional, pero, apunta Touchard, “no creó ni uno ni lo otro”. Su obra se vincula estrechamente por la forma y el fondo, con la tradición escolástica; es una obra de transición entre el derecho natural metafísico y el derecho natural racionalista*⁵⁷.

Hugo Grocio, lejos de ser un filósofo abstracto, se ha mostrado desde sus primeras obras como un burgués holandés muy consciente de los intereses comerciales de su país. Así, en *De Iure Praede* (1604) justifica la captura de un buque portugués

(53) *Idem*.

(54) GROCIO, H. *Prolegómenos*, libro I, cap. XVII, p. 78, parágrafo 2.

(55) Véanse al respecto la obra de AGO, R. “Le droit international dans la conception de Grotius”, *RCADI*, vol. IV, núm. 182, 1983, pp. 375-298, y la de TRUYOL Y SERRA, A. “Grotius dans ses rapports avec les classiques espagnols du droit de gens”, *RCADI*, vol. IV, núm. 182, 1983, pp. 431-450.

(56) HONT, I. *Jealousy of Trade: International Competition and the Nation-State in Historical Perspective*, Cambridge, Harvard University Press, 2006, p. 390. Hont también señala a Pufendorf y a Locke, junto a Grotius, como modernizadores del derecho internacional.

(57) Sobre el pensamiento de Touchard, véase TOUCHARD, J. *Histoire des idées politiques*, Presses Universitaires de France, Paris, 2006.

por otra de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, y en *Mare Liberum* demuestra el derecho holandés a navegar hacia las Indias y a comerciar con los indígenas⁵⁸. En *De Iure Belli*, Grocio no piensa en la supresión de la guerra, sino en su legalización y, en definitiva, para su concepción, “el Derecho de Gentes” es sólo un aspecto del “Derecho Natural”⁵⁹.

Desde luego, de lo que ya no queda ninguna duda es que Hugo Grocio no sólo conoció los escritos de los escolásticos españoles, sino que también se dejó influenciar por ellos⁶⁰.

En el análisis de una obra inédita de Grocio, el profesor Borschberg, haciendo referencia a escritos de Cayetano, Covarrubias, Silvestre Mazzolini, Soto y Vitoria, señala que: “De las anotaciones que se pueden encontrar en el legajo Ms. Cod. B.P.L. 922 se deduce que Grocio conocía a todos estos autores y escritos del siglo XVI de primera mano”⁶¹. En relación con Francisco de Vitoria, en las referencias que utiliza en esa obra analizada por el profesor Borschberg se lee:

*Consisten en algunas palabras, la abreviación Vict y los números de páginas 368 y 370. Si se valora esta referencia en relación a la que se encuentra en el folio 285v y a las que se encuentran en el Commentarius in Theses XI, se desprende que Grocio se refiere a la edición de las Relectiones Theologicae XII publicada en Lyon en 1557*⁶².

Quizá, la justificación de que Grocio no citara demasiado a los salmantinos la da, una vez más, el profesor Borschberg, cuando asegura que:

*Como explicación a esta no reconocida recepción de ideas y conceptos en un hombre como Grocio, que por lo demás le gustaba citar y dar referencias, se suele decir con frecuencia que Grocio quiso deliberadamente esconder la influencia de Suárez, y de otros autores católicos, sobre sí mismo para cubrirse de las posibles críticas por parte de sus acérrimos enemigos*⁶³.

(58) A esta teoría del *Mare Liberum* (1609), que Grocio utiliza para contrarrestar las pretensiones hispanoportuguesas, se opone el inglés John Selden (*Mare Clausum*, 1635). Véase una edición reciente del libro de Grocio, con los textos originales en latín, traducidos al inglés, al cuidado de FEENSTRA, R. *Hugo Grotius Mare Liberum 1609-2009*, Martinus Nijhoff, Leyden, 2009.

(59) ROCA TOCCO, C. A. *op. cit.*, pp. 15 y 16, disponible en: <http://www.salvador.edu.ar/juri/reih/2006/m4.pdf>

(60) Sobre el influjo de los salmantinos en Grocio, con carácter general, véanse BROWN SCOTT, J. “El descubrimiento de América y su influjo en el derecho internacional”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 13, núm. 50, 1930, pp. 5-38; CARRO, V. Diego. *Domingo de Soto y su doctrina jurídica*, 2a. ed., Biblioteca de Teólogos Españoles, Salamanca, 1944, pp. 301 y ss. Sobre la influencia en particular de Suárez en la obra de Grocio, puede consultarse EDWARDS, C. S. *Hugo Grotius. The Miracle of Holland*, Nelson Hall, Chicago, 1981, pp. 148 y ss.

(61) BORSCHBERG, P. “*De Societate Publica Cum Infidelibus* (Una obra juvenil de Hugo Grocio)”, *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 83, enero-marzo de 1994, p. 123.

(62) *Idem*.

(63) *Ibidem*, p. 124.

En el fondo, en Hugo Grocio predomina la idea de que todo lo que procede de la naturaleza es una herencia común de la humanidad. Por eso

(...) de esta afirmación deducirá Grocio -de manera similar a Vitoria en su *Relectio de Indis Insularis* y en *De Iure Belli*- que todos los hombres y los pueblos libres, sean cristianos o no, pueden cultivar relaciones unos con otros, sin ningún impedimento, y que, consiguientemente, pueden también tener relaciones comerciales⁶⁴.

Por tanto, parece exagerada la consideración de paternidad del derecho internacional que se le da a Grocio. Por ejemplo, Vreeland lo presenta en una biografía como el padre de la moderna ciencia del derecho internacional⁶⁵ y, sin embargo, ya he indicado cuánto bebió de los clásicos de esa mal llamada Segunda Escolástica, incluso de otros precursores anglosajones⁶⁶. Por supuesto, sus aportaciones al derecho internacional⁶⁷ han sido muy estimables.

Lo que sí suele atribuirse a Grocio es que fue el desteologizador del derecho internacional, que consideró la práctica de los Estados como fuente del derecho internacional y la voluntad como el fundamento de validez⁶⁸, aunque este enfoque positivista no empaña para nada su visión naturalista del derecho internacional, que sigue conservando. En este sentido, Koskenniemi señala que “Grocio adaptó el vocabulario del derecho natural desarrollado por la Escuela de Salamanca y sus sucesores, en especial Vázquez (de Menchaca), en una teoría secular de sociabilidad que se refiere de nuevo a lo que Dios había inscrito en el corazón de todo ser humano”⁶⁹.

A pesar de esto, el profesor Borschberg, en su concienzudo análisis de una obra primeriza de Grocio, considera que “no puede hablarse de una secularización de

(64) *Ibidem*, p. 127.

(65) VREELAND, H. *Hugo Grotius: The Father of the Modern Science of International Law*, Oxford University Press, Nueva York, 1917.

(66) Véase, al respecto, SIMMONDS, K. R. “Some English Precursors of Hugo Grotius”, *Transactions of the Grotius Society*, vol. 43, 1957, pp. 143-157.

(67) Respecto al derecho del mar, véase PAUW, F. *Grotius and the Law of the Sea*, trad. de P. J. Arthern, Editions de l’Institut de Sociologie, Bruselas, 1965. Con relación a la doctrina de la guerra justa, véase HAGGENMACHER, P. *Hugo Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Presses Universitaires de France, Paris, 1983, u ONUMA, Y. (ed.) *A Normative Approach to War: Peace, War and Justice in Hugo Grotius*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

(68) HERDEGEN, M. *Derecho internacional público*, UNAM, México, 2005, p. 17.

(69) KOSKENNIEMI, M. “International Community from Dante to Vattel”, *Vattel’s International Law in a XXI Century Perspective*, Institut de Haute Études Internationales, The Graduate Institute, Ginebra, 2008, p. 15, disponible en: <http://www.helsinki.fi/eci/Publications/MKINTERNATIONAL%20COMMUNITY-08i.pdf> El texto original es “Grotius adapted the natural law vocabulary developed by the Salamanca School and its successors, especially Vázquez, into a secular theory of sociability that referred back to what God had inscribed in the heart of every human being.”

su pensamiento. Su amplia acomodación a la voluntad divina está todavía muy alejada del *etiamsi daremus Deum non esse*⁷⁰.

Esa secularización del derecho internacional está también presente en la obra de Vitoria y, en mi opinión, de forma más clara. Ya he comentado que Vitoria distingue plenamente entre la sociedad civil y la sociedad eclesiástica, por lo que admite los derechos colectivos de los indígenas, aunque sean creyentes de otras religiones, el derecho del comercio y el derecho a la soberanía, sin interferencias de ninguna autoridad religiosa o civil⁷¹. Francisco de Vitoria “‘seculariza’ la comunidad internacional en la medida en que Santo Tomás ‘seculariza’ la comunidad política y en general el pensamiento, al admitir una filosofía distinta de la teología”⁷².

Es más, Vitoria desprende de la doctrina clásica del derecho natural “los principios que harían posible su aplicación al nuevo orden de cosas determinado por la presencia de una pluralidad de Estados soberanos”⁷³.

Todo esto era conocido por Grocio. No hay que olvidar que, según cuenta el padre Luis Alonso Getino, hay hasta treinta y seis páginas de textos paralelos de Vitoria y Grocio, donde Vitoria es citado hasta en trece ocasiones en *Mare Liberum*, y una cincuentena de ocasiones en *De iure predae* y en *De iure belli ac pacis*⁷⁴. Alonso considera que Francisco de Vitoria “no sólo ha sido precursor sino en buena parte inspirador de Hugo Grocio”⁷⁵.

Claro que hay diferencias evidentes. Mientras, como ya he señalado, Vitoria consideraba como un bien común a los mares, los ríos o los puertos, Grocio, quien compartía esta opinión de la inapropiabilidad de estos bienes (sobre todo el mar), defendía que “el conflicto con los ‘hispanos’ giraba en torno a la cuestión de determinar si ‘el acceso a un mar tan inmenso e interminable puede pertenecer solamente a un reino, aunque sea el más poderoso’ y si ‘a alguien se le permite obstaculizar a otros el comerciar o tener comunicación justa entre ellos’”⁷⁶.

La tesis de Vitoria de fundamentar la existencia de la ley en la razón es apoyada por Hugo Grocio, pero no participa de su fundamentación en la ley eterna, sino en

(70) BORSCHBERG, P. *Op. cit.*, p. 136.

(71) BELTRÁN DE HEREDIA - RUIZ DE ALEGRÍA, V. *Personalidad del maestro Francisco de Vitoria y trascendencia de su obra doctrinal*, edición crítica bilingüe de la *Relectio de Indis* por L. Pereña Vicente y J. M. Pérez Prendes, C. S. I. C., Madrid, 1967, p. XXV.

(72) TRUYOL Y SERRA, A. *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*, t. II: *Del Renacimiento a Kant*, Alianza, Madrid, 2007, p. 86.

(73) VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *op. cit.*, p. 78.

(74) ALONSO GETINO, L. G. *Relecciones teológicas del maestro fray Francisco de Vitoria*, Imprenta La Rafa, Madrid, 1935, pp. 36 y ss.

(75) URDANOZ, T. “Síntesis teológico-jurídica de la doctrina de Vitoria”, *Relectio de Indis, del Corpus Hispanorum de Pace*, Madrid, CSIC, 1967, p. XLVII.

(76) GELDEREN, M. van. “‘Mare Liberum’: Hugo Grocio entre la defensa del colonialismo y los derechos de ‘otros’”, *Pedralbes*, núm. 28, 2009, pp. 195-212.

la razón natural, lo que le lleva a Grocio a señalar que su teoría tendrá validez “incluso si admitiéramos -cosa que no puede ser admitida sino con gran maldad- que Dios no existe o que los asuntos del hombre no le incumben”⁷⁷.

Sin embargo, en mi opinión, esto no resta valor a la visión que se trasluce del pensamiento moderno de Grocio respecto a los escolásticos, y ese valor es quizá, lo que debería impedir también atribuir la paternidad del derecho internacional a algunos de los salmantinos, como se viene haciendo en la literatura hispana⁷⁸. Tal vez, quien más razón tenga sea, una vez más, el profesor Truyol y Serra, cuando considera tanto a Vitoria como a Grocio cofundadores del derecho internacional⁷⁹.

VI. ¿Sirve el pensamiento vitoriano para fundamentar el nuevo orden jurídico global?

Podríamos preguntarnos, con respecto a todo lo visto hasta ahora, ¿qué tiene que ver el planteamiento de Francisco de Vitoria con el orden mundial actual?, ¿acaso la regulación de la sociedad internacional en el siglo XVI se asemeja a la actual?, ¿su pensamiento se dirigía a lo que luego se desarrolló o los acontecimientos no se acomodaron al pensamiento vitoriano? Si no creyera que tiene mucho que ver con las posibles respuestas, no me habría interesado recurrir a estos viejos problemas históricos.

Ahora que estamos inmersos en una globalización sin precedentes, con consecuencias en un mundo jurídico fragmentado, incluso, en muchas ocasiones, carente de regulación, es cuando se podría comprender que, en realidad, el orden internacional que nos ha estado sirviendo no era el orden internacional ideado por Francisco de Vitoria o, mejor dicho, la comunidad internacional en la que pensaba Francisco de Vitoria se asemeja mucho más a la actual que la sociedad internacional que se desarrolló desde sus postulados.

En realidad, Vitoria estaba pensando en un orden jurídico global; es decir, en la regulación de los intereses generales de una comunidad internacional integrada, y no de los intereses comunes de los Estados, que ha sido la esencia de la regulación jurídica internacional durante los últimos siglos. En nuestros días, hay cambios significativos en todos los paradigmas, desde los actores, los procedimientos de la toma de decisiones, la responsabilidad internacional, etcétera.

Esto nos pone sobre las cuerdas. Estamos ante un orden que ha sido válido para regular las relaciones entre Estados soberanos, donde se han permitido espacios que

(77) *Ibidem*, p. 201.

(78) BARCIA TRELLES, C. *Francisco de Vitoria, fundador del derecho internacional*, Cuesta-Universidad de Valladolid, Valladolid, 1928; HINOJOSO Y NAVEROS, E. “Los precursores de Grocio”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 6, 1929, pp. 220-236.

(79) TRUYOL Y SERRA, A. “Francisco de Vitoria y Hugo Grocio: cofundadores del derecho internacional”, *Ciencia Tomista*, vol. 111, 1984, pp. 17-27.

se han ido introduciendo en todos sus paradigmas: sujetos, fuentes, aplicación, responsabilidad internacional, funciones. Sin embargo, ese traje está a punto de estallar, porque no es capaz de dar cabida a todos los nuevos parámetros que ha traído la globalización y, por lo tanto, el derecho global (al que ha evolucionado el derecho internacional clásico) tiene dificultades para adaptarse a unas reglas obsoletas.

Hoy en día, hay pocos temas, antes reducidos al puro derecho interno, que escapen de la globalización. Incluso, los notarios, los registradores, los procesalistas, los penalistas, los civilistas, todos se ven envueltos en una dimensión internacional de la que antes carecían. Eso muestra que todo se ha globalizado. Todo debe tenerse en cuenta para la resolución de una situación dada. Además el derecho internacional da algunas coordenadas, como la existencia o no de acuerdos internacionales, los procedimientos establecidos, las normas generales de interpretación, etcétera. Pero no siempre puede dar respuesta a todos los problemas creados.

¿Qué es lo que ha sucedido para crear estas dificultades? Que la desterralización, la aceleración y la fusión de las relaciones sociales han cambiado radicalmente el objeto que, incluso, se crean instituciones paraestatales que regulan dichas relaciones sociales, a veces sin legitimidad alguna. Parecen cuestiones sumamente nuevas, pero vienen desarrollándose desde hace algún tiempo⁸⁰.

Hoy en día, hablamos en verdad de diplomacias paralelas a las tradicionales diplomacias políticas de los Estados, como la diplomacia parlamentaria, la científica, la cultural, la deportiva. Hay que ser consciente de la importancia de estos nuevos actores que permiten, por ejemplo, establecer cauces de conducta o procedimientos alternativos a los tradicionales.

Si los fiscales generales de los Estados, por ejemplo, se reúnen y toman decisiones sobre procedimientos o asuntos antes reservados a los ministerios de asuntos exteriores, es verdad que no crean normas, pero sí pautas de conducta que tendrán sus consecuencias. Igualmente, esto ocurre cuando se formalizan reuniones de presidentes de tribunales constitucionales, incluso de tribunales supremos, etcétera.

No digamos si lo que se produce son reuniones informales de jefes de Estado y de gobierno, en grupos sin legitimidad alguna que toman decisiones que afectan a los ciudadanos, sin que hayan intervenido los canales legítimos de decisión.

¿Estamos ante un nuevo orden mundial?, ¿qué relevancia tiene Francisco de Vitoria en este nuevo orden mundial?

No voy a negar las respuestas a ninguna de las dos preguntas. Lo que sí niego es que, si bien Vitoria tenía en mente este orden, lo tenía, desde luego, como un instrumento regulador y legitimador de una comunidad internacional organizada, no caótica o multipolarizadas y mediante cauces de positivación formal.

(80) LEVITT, T. "The Globalization of Markets", *Harvard Business Review*, vol. 61, mayo-junio de 1983, pp. 92-102.

El fenómeno, por tanto, lo conocemos, sabemos que es multifacético, que entre sus causas recoge al acelerado cambio tecnológico, la multiplicación de la actividad económica transfronteriza y la miríada de instrumentos con el objetivo de liberalizar las políticas económicas a nivel estatal, regional y mundial; y que abarca y va más allá de lo económico, de lo político y de lo cultural⁸¹.

En efecto, multitud de actividades humanas tienen lugar hoy en espacios que han trascendido al espacio meramente físico, superando todo tipo de límites geográficos, ya sean naturales o jurídicos, siendo irrelevante el lugar en el que se hallan quienes participan en esa relación social y quienes resultan por ella influenciados. Por lo tanto, la escala del Estado-nación deviene insuficiente para la comprensión de buena parte de los fenómenos sociales, incluidos los jurídicos⁸².

Pero tenemos necesidad de disponer de un orden coactivo para poder organizar las relaciones jurídicas que se están creando a nivel global o planetario y que han desconfigurado el orden jurídico conocido. Ya no es suficiente el ordenamiento jurídico estatal o inter estatal, nacional o internacional. ¿Qué derecho se aplica a una compraventa producida en el marco global de Internet, cuyo pacto se ha producido en una máquina establecida en Países Bajos, que compra a una empresa británica que produce su material en China, que envía su producto por barco en contenedores coreanos y se distribuye en España?

Francisco de Vitoria da algunas coordenadas. Su concepto de guerra justa, su derecho de comercio y su concepto de *totus orbis* son elementos que sirven para explicar el orden jurídico global actual, mucho más que el orden jurídico que ha venido desarrollando el derecho internacional clásico.

¿Quién está regulando hoy en día el mercado digital? Esto no sólo ocurre con el mercado digital, sino también con el derecho de patentes, con las nuevas normas establecidas por sujetos no estatales ni legitimados para ello, o con la puesta en el mercado de bitcoins, sin controles estatales o bancarios rigurosos, si es que los de los bancos centrales lo son.

Igualmente, se está produciendo en relación con la propia administración de justicia. Los Estados han tardado docenas de años en establecer algunos tribunales de justicia a nivel internacional y, con muchas dificultades, podemos hablar de una docena de ellos. Ya Vitoria hablaba de arbitraje, de resolución pacífica de controversias, aunque hoy en día la proliferación de arbitrajes que permiten sustraerse de las normas estatales o, aún peor, que perviertan esas normas están desarrollando un derecho interesado, incluso contra los propios intereses de los Estados en cuestión, favoreciendo intereses particulares de grandes empresas o mercados.

(81) JIMÉNEZ ALEMÁN, Á. Aday. "Derecho global", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 11, octubre de 2016-marzo de 2017, p. 238.

(82) *Ibidem*, p. 239.

Esto hace que los parámetros o los paradigmas del derecho internacional clásico estén en tela de juicio. Ya ni siquiera se tienen en cuenta las normas reguladoras de los órganos legitimados para ello, sino las normas particulares de intereses poco o nada generales. Incluso tampoco, la vieja *lex mercatoria*, que tanto justificó Vitoria, tiene nada que ver con las actuales *leges mercatoriae*.

En definitiva, lo que está ocurriendo es que: La validez del orden jurídico sigue descansando en el poder del Estado, pero tanto el orden jurídico como el poder superan progresivamente sus límites estrictos. Por ello, ya no nos sorprende que buena parte de la creación del Derecho provenga hoy de ámbitos no estatales, enfrentándose de forma directa a la articulación estatal de la creación del derecho, distribuida entre funciones legislativa, judicial y ejecutiva, y aún más importante, a su fundamentación democrática⁸³.

Vitoria en el siglo XVI era muy crítico con el poder de la Iglesia y del príncipe, y hoy lo podría ser perfectamente con el poder de las multinacionales o las bolsas.

Ahora bien, las circunstancias actuales del sistema imperante de una sociedad internacional que cada día necesita más comunidad, la erosión de la soberanía, la fragilidad de los Estados para enfrentar los grandes desafíos de los riesgos y amenazas para la seguridad humana y la existencia de intereses difusos implican cambios fundamentales en relación con los precedentes del derecho internacional clásico, del cual Vitoria era el aparente padre putativo.

En este sentido, Ziccardi señala que “estos cambios plantean la cuestión de si el nacimiento de la comunidad universal dio lugar a un nuevo conjunto de normas internacionales, y si estas normas equivalen a un sistema lo suficientemente coherente como para llamarse ‘Derecho Global’”⁸⁴. Ziccardi se pregunta si este nuevo derecho es diferente del derecho internacional clásico.

Este planteamiento nos sirve para saber si la fundamentación del derecho global y la fundamentación del *ius gentium* vitoriano son la misma. Rafael Domingo Oslé, en este sentido, ha afirmado que el fundamento del derecho global es la persona como origen del derecho, y no el Estado, y ello requiere la reformulación del derecho internacional clásico con la creación de un *ius novum universale*⁸⁵. Los principios jurídicos que inspiran al derecho global, centrado siempre en la noción de persona, según Domingo Oslé, serían los principios de justicia, de racionalidad, de coerción, de universalidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de horizontalidad⁸⁶.

Parece que este planteamiento del derecho global, sea porque pone a la persona en su centro, sea porque pone los intereses generales de la comunidad internacional

(83) *Ibidem*, pp. 241 y 242.

(84) ZICCARDI CAPALDO, G. *The Pillars of Global Law*, Ashgate, 2008, p. 3.

(85) DOMINGO OSLÉ, R. *¿Qué es el derecho global?*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

(86) *Ibidem*, pp. 183-212.

en su centro, se asemeja a la comunidad universal de Vitoria, es decir, al *totus orbis*. ¿Es este derecho global el *ius gentium* en el que se inspiró Vitoria?

VII. Los nuevos paradigmas de la sociedad internacional más cerca del *totus orbis* que los existentes en el siglo XVI

Como es bien sabido entre los especialistas, la primera mención del término “derecho internacional” fue en el libro de Jeremy Bentham *Una introducción a los principios de la moral y la legislación*. Sin embargo, su reclamo no era teorizar sobre el derecho internacional. Todo su trabajo está dirigido a las teorías generales del derecho interno inglés⁸⁷. Por lo tanto, el concepto de derecho internacional emerge en el trabajo de Bentham tangencialmente, cuando al final del capítulo de los principios se interesa por la definición de la jurisprudencia. Habla de las cualidades políticas de la ley, que incluyen al derecho internacional en contraste con la ley nacional. Eso no significa que analice cuestiones sustantivas del derecho internacional, como su concepto o su propia codificación⁸⁸.

Las cualidades políticas de Bentham significan una revolución terminológica, porque, a pesar de que la doctrina había aceptado hasta ahora el término “ley de las naciones” para referirse al derecho de la comunidad internacional, Bentham lo había utilizado en contraposición a la ley nacional.

En este sentido, es importante no olvidar que, en el concepto anglosajón, el término “nación” es sinónimo de Estado. Según su opinión, el derecho internacional es probablemente un término apropiado para el concepto de derecho internacional. Sin embargo, desde su inicio, la doctrina ha sido polémica y, aun hoy, sigue siendo tema de discusión científica. Incluso, se puede decir que la antigua expresión romana se utiliza como sinónimo de derecho internacional en numerosas ocasiones. También lo son términos como *law of nations*⁸⁹, derecho de gentes⁹⁰, *droit de gens*⁹¹,

(87) BOWRING, J. (ed.) *The Works of Jeremy Bentham*, William Tait, Edimburg, 1843, (reimpreso en Nueva York, 1962). Sobre su pensamiento, ver MANNING, D. J. *The Mind of Jeremy Bentham*, Longmans, Londres, 1968.

(88) JACOBINI, H. B. “Some Observations Concerning Jeremy Bentham’s Concepts of International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, pp. 415-417; CAZALA, J. “Jeremy Bentham et le droit international”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 109, 2005, pp. 363-388.

(89) Incluso hoy en día, todavía se utiliza esta expresión, véase WEINER, Allen S. - NEFF, St. “War and the Law of Nations: A General History”, *American Journal of International Law*, vol. 101, núm. 1, 2007.

(90) RAWLS, J. *El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública*, trad. De Hernando Valencia Villa, Paidós, Madrid, 2001; ARENAL, C. *Ensayo sobre el derecho de gentes*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Madrid, 2005, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/ensayo-sobre-el-derecho-de-gentes-0/>

(91) TRUYOL Y SERRA, A. “Doctrines contemporaines de droit des gens”, *Revue Générale de Droit International Public*, núm. 3, 1950; DORIGNY, M. - TLILI SELLAOUTI, R. (dirs.), *Droit des gens et relations entre les peuples dans l’espace méditerranéen autour de la Révolution française*, SER, París, 2006.

*diritto delle genti*⁹², *direito das gentes*⁹³, *drets de gents*⁹⁴, *dreptul ginților*⁹⁵, etcétera, en muchas monografías escritas hoy. Inclusive muchos idiomas representan traducciones literales de *ius gentium*, como el alemán *Völkerrecht*⁹⁶ y otras lenguas nórdicas, como *volkenrecht*⁹⁷, *folkraätten*⁹⁸.

Existe pues, una falta de reconocimiento en la expresión, porque hoy en día no se puede decir que el derecho internacional sólo regule las relaciones entre Estados soberanos. Hay otras realidades jurídicas en el campo de las relaciones internacionales, como son las organizaciones internacionales, las empresas transnacionales, la personalidad jurídica incipiente del individuo, los pueblos, e incluso la humanidad en su conjunto. Además, en el campo de las normas jurídicas, tenemos el desarrollo de normas singulares de diferentes significados, como las obligaciones *erga omnes* o las normas *jus cogens*. Todo ello parece que escapa a los viejos paradigmas del derecho internacional clásico, pero no a las ideas de Francisco de Vitoria.

Cuando se habla de derecho global, se hace referencia a las reglas diseñadas para lograr los intereses generales de la comunidad internacional; como tal, está más cerca del *ius gentium* que declaraba el *totus orbis* de Vitoria. No podemos seguir considerando que las funciones del derecho internacional se centran exclusivamente en la coexistencia de Estados o, incluso, en la coordinación institucionalizada. Ello nos va a llevar cuanto menos a considerar que el derecho internacional es el sistema jurídico de la comunidad internacional que rige la coexistencia social y política de entidades con diferentes niveles jurídicos, políticos, económicos, sociales, etcétera, que operan en el entorno internacional para la coordinación de sus intereses comunes, y la cooperación en la búsqueda de los intereses generales para promover el bienestar humano.

Ziccardi analiza “el impacto de las fuerzas globales en el derecho internacional”⁹⁹. Ella considera que la globalización ha impactado en el derecho internacional,

(92) FRANK, M. *Diritto naturale, diritto delle genti, diritto civile (ad usum scholarium)*, Giappichelli, Turín, 2006.

(93) ALMEIDA DINIZ, A. J. *Subdesenvolvimento e direito das gentes*, Universidade de Minas Gerais, Belo Horizonte (Brasil), 1977.

(94) BENHABIB, S. “El dret de gents, la justícia distributiva i les migracions”, *Enrahonar*, núm. 43, 2009, pp. 153-180.

(95) Esta expresión rumana aparece en los diccionarios como sinónimo de derecho internacional e, incluso, en normas jurídicas, como la Ley 674/1925 (*Monitorul Oficial nr.79/8.04.1925*, art. II-8-A).

(96) THÜRER, D. *Völkerrecht als Fortschritt und Chance, Grundidee Gerechtigkeit*, Band 2, Nomos Verlagsgesellschaft mbH y Co. KG, Baden-Baden (Alemania), 2009.

(97) BOGAERT, E. R. C. *Volkenrecht*, Kluwer, Amberes (Países Bajos), 1982.

(98) EEK, H. *Folkraätten, Staternas och de mellanstatliga organisationernas rättsordning*, P. A. Norstedt (Estocolmo), 1968. Más recientemente, referido al DIH, véase AHLSTROM, Chr. *Gulfkriget och den humanitära folkraätten*, Folkrättsdelegationen, Estocolmo, 1992.

(99) ZICCARDI CAPALDO, G. *Op. cit.*, p. 3.

de tal manera que ha cambiado sus procesos decisionales e interacciones con normas regionales, específicas y nacionales.

Como dice Ziccardi:

La construcción del sistema jurídico de la comunidad universal ha comenzado. Existen signos del surgimiento de una Constitución Global, es decir, un orden jurídico donde la fuerza está prohibida, y donde la legalidad está incorporada en principios destinados a proteger la vida humana y los individuos en general de la guerra, el terrorismo y gobiernos tiránicos y sangrientos, hambre y desastres ecológicos, y donde los bienes culturales y ambientales y los recursos naturales, la alta mar y el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre son para que la humanidad pueda disfrutarlos¹⁰⁰.

Si esto es así, ¿qué tiene esto de diferente del *totus orbis* que preconizaba Francisco de Vitoria?

VIII. Características del derecho global actual y las ideas vitorianas

Creo que sería muy útil identificar las características del actual sistema global para confirmar la tesis de que Vitoria tuvo más en mente el sistema global actual que el derecho internacional clásico. Para ello, me voy a servir de las características que reconoce Ziccardi al derecho global.

1. Primera característica: verticalidad

El derecho global ha creado estructuras y procesos de decisión (a veces por medios democráticos) para implementar normas. Es cierto que, como dice Ziccardi,

... la verticalidad del poder internacional se ha producido sobre la base de la Carta, e incluso más allá de la Carta. De hecho, debido a la insuficiencia de la Carta y las instituciones internacionales, este sistema emergente se está desarrollando fuera del sistema de las Naciones Unidas por medio de una amplia práctica de cogestión de los objetivos y los intereses globales que conducen a normas internacionales generales¹⁰¹.

¿Cuál es el significado de “verticalidad”? El derecho global “crea las estructuras y regula los procesos de decisión de determinación e implementación de normas destinadas a salvaguardar el interés global”¹⁰².

¿Qué podría pensar Vitoria sobre estas estructuras y sobre la regulación de los procesos decisionales? El *totus orbis* de Vitoria no era un gobierno universal. Sin embargo, Vitoria consideró la idea de una sociabilidad natural de la humanidad,

(100) *Ibidem*, p. 8.

(101) *Ibidem*, p. 10.

(102) *Ibidem*, p. 9.

acompañada de la existencia de relaciones entre comunidades con vínculos legales, que es el *totus orbis*, representando una sociedad de comunidades y de individuos.

En realidad, Vitoria está pensando en el Estado como la comunidad superior. Naszlayi ha desarrollado la idea del “Estado de Vitoria”. El fraile dominico español, con base en Santo Tomás, considera un concepto de la unidad de un orden superior¹⁰³.

Cuando Pereña explora preguntas y respuestas, de acuerdo con los textos de Vitoria sobre *jus ad bellum* y *jus in bello*, considera el intento de Vitoria de responder preguntas como ¿quién puede y cómo hacer la guerra?, ¿cuáles son los límites de la guerra?, ¿a quién se le puede matar en una guerra?, etcétera¹⁰⁴. Es decir, Vitoria era consciente de la necesidad de la verticalidad.

Aparisi Miralles, cuando estudia los presupuestos filosóficos y políticos de Vitoria en su teoría sobre la guerra justa, *jus ad bellum* y *jus in bello*, considera que el fundamento de la intervención humanitaria es uno de esos presupuestos. Con esta consideración sobre la intervención humanitaria, Aparisi analiza si una guerra puede ser justa para ambas partes¹⁰⁵.

Vitoria no dibujó ninguna estructura o regulación para estos procesos decisoriales. Sin embargo, su consideración de la norma y el orden jurídico implica una concepción de verticalidad.

2. Segunda característica: principios jurídicos y valores comunes

Las normas globales se basan en valores y principios, y las obligaciones se aplican a Estados, individuos, grupos, entes subestatales, etcétera. La comunidad internacional organizada defiende estos valores y principios. Por esta razón, Ziccardi considera al sistema jurídico global como “obligaciones establecidas *erga omnes* para estados, individuos, entidades y grupos”¹⁰⁶. Afirma, según Thomas Franck, que “el derecho internacional contemporáneo exige que los gobiernos sean legítimos: el control de la legitimidad se confía a los organismos internacionales que utilizan normas universales”¹⁰⁷. Por supuesto, existen diferentes medios para garantizar tal legalidad, entre ellos están los órganos judiciales internacionales. Las obligaciones de legalidad justifican la erosión de la soberanía de los Estados.

Como ya se dijo, Vitoria nunca mencionó el concepto de soberanía. De hecho, Bodino fue quien, antes que nadie, dijo que el poder absoluto de la organización

(103) NASZLAYI, E. *El Estado según Francisco de Vitoria*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1948.

(104) PEREÑA, L. *et al. Francisco de Vitoria. Relectio de Iure Belli o paz dinámica. Escuela Española de la Paz. Primera generación 1526-1560*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1981.

(105) APARISI MIRALLES, Á. *Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria*, Comares, Granada, 2007.

(106) ZICCARDI CAPALDO, G. *Op. cit.*, p. 11.

(107) *Idem*.

política emergente de la época, llamada Estado, no estaba sujeto a ningún otro poder, justificando así no el poder despótico, sino la concentración del poder. Desde entonces, refiriéndose a 1576, el concepto de Bodino se llama soberanía y ha servido para referirse a los poderes del Estado¹⁰⁸.

Hoy, como se dijo anteriormente,

... nos enfrentamos a lo que podría llamarse una soberanía operacional, es decir, los Estados limitaron su libertad de acción a través de acuerdos internacionales, estableciendo organismos supranacionales y beneficiándose de influencia política. Véase, si no, la propia Unión Europea o cualquiera de las más de trescientas organizaciones internacionales a las que pertenece España. Ahí radica la erosión rampante que está bajo la soberanía de Estados en los últimos tiempos. El Estado, en sí mismo, ya no es capaz de articularse solo, un sistema de protección de sus intereses e, incluso, un sistema de autosuficiencia de sus necesidades básicas y elementales¹⁰⁹.

En este sentido, según Hernández Martín, se acerca mucho al pensamiento internacionalista de Vitoria. Analiza la fuente del poder y sus límites, la obligación de la ley, la guerra justa y la colonización¹¹⁰.

Rojano Esquivel está en conformidad con las ideas de Vitoria, incluso ahora. Su tesis:

... no forma parte de una utopía ni de un futurismo irracional, simplemente apela a la lógica de una comunidad civilizada: el sometimiento al Estado de derecho y la democracia de acuerdo con las dignity. En consecuencia, la democracia y los derechos humanos serán los principios rectores de una República totus orbis¹¹¹.

Truyol y Serra analiza la concepción ideológica del universo de Vitoria y los fundamentos naturales de la sociedad internacional y el papel del Estado¹¹²; esto es, Vitoria estaba considerando los principios jurídicos y los valores comunes de la república del *totus orbis*.

(108) BODINO, J., *Les six livres de la République*, París, 1576, libro I, cap. 8. He manejado la edición publicada: Librairie Générale Française, París, 1993 (extraits en français moderne).

(109) FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. "La necesidad de cambios jurídicos estratégicos para los nuevos escenarios mundiales", *The Global Community - Yearbook of International Law and Jurisprudence* 2008, vol. I, 2009, p. 285.

(110) HERNÁNDEZ MARTÍN, R. *Francisco de vitoria, vida y pensamiento Internacionalista*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1995.

(111) ROJANO ESQUIVEL, J. C. *Op .cit.*, p. 178.

(112) TRUYOL Y SERRA, A. *The Principles of Political and International Law in the Work of Francisco de Vitoria*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1946.

3. Tercera característica: sistema jurídico integrado

Ziccardi ha mencionado que,

... a medida que el sistema jurídico internacional continúa expandiéndose, regulando cada vez más los procesos económicos y los sectores sociales significativos, requiere que los Estados cumplan con ciertos estándares internacionales mínimos para la implementación interna de las obligaciones asumidas. Estas normas, a saber, la buena fe, la aplicabilidad directa y la primacía de los tratados y las costumbres, son consideradas por los tribunales internacionales como principios generales establecidos por el derecho internacional¹¹³.

De esta manera, es posible decir que el derecho global contribuye a la integración o armonización del sistema del derecho internacional.

Francisco de Vitoria era consciente de la existencia de reglas universales de derecho¹¹⁴. El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general [*jus cogens*]) declara:

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.

Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Cuando el artículo dice en su propio título *jus cogens*, tiene la intención de “reclamar el reconocimiento inmediato sin discusión de su obligación”¹¹⁵. Vitoria dijo que el mundo entero, que es una república, tiene el poder de dictar leyes justas y convenientes para todos, como las de *ius gentium*, por lo que no es lícito que un reino

(113) ZICCARDI CAPALDO, G. *Op. cit.*, p. 11.

(114) TRUYOL Y SERRA, A. “El derecho de gentes como orden universal (The law of nations as global order)”, en Mangas Martín, A. (ed.), *La Escuela de Salamanca y el Derecho Internacional en América. Del pasado al futuro*, Jornadas Iberoamericanas de la Asociación Española de profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1993. pp. 17-25.

(115) MESSUTI, A. “Las Huellas de Francisco de Vitoria en el Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” (*The Trail of Francisco de Vitoria in Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*), en Pérez Cepeda, I. (dir.), *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 2, disponible en: http://www.femicidio.net/sites/default/files/Francisco%20de%20Vitoria_0.pdf

no cumpla con el derecho internacional, porque han sido dadas por la autoridad del mundo entero¹¹⁶.

Messuti ha notado que todo “esto se basa en el principio fundamental de la doctrina de Vitoria: la supremacía del bien del mundo sobre el bien particular de un estado. El *bonum orbis*, como utilidad de la mayoría, no puede ser pospuesto por intereses egoístas de un estado”¹¹⁷.

4. Cuarta característica: garantía colectiva

Más allá de la Carta de la ONU, el derecho global proporciona una gestión multilateral que opera en diferentes niveles: nivel universal, nivel universal especializado, nivel regional, nivel regional sectorial y/o nivel nacional. Como dice Ziccardi:

*... un sistema de gobernanza compartido se basa en un mecanismo integrado y sistemático de monitoreo, determinación y medidas coercitivas de implementación adoptadas no solo por la ONU, sino también por gobiernos, organizaciones internacionales, tanto regionales como mundiales, gubernamentales y no gubernamentales, y varios actores de la sociedad civil*¹¹⁸.

En esto consiste la garantía colectiva en el marco del derecho global. En relación con esta cuestión, Vitoria, como nos señala Gómez Riva,

*... se aparta del tradicional límite restrictivo de la respuesta a una injuria, para alcanzar un moderno “derecho probable” que en la mayoría de los casos puede asistir a los dos contendientes de un conflicto. No podía ser de otra forma, en aquel entorno histórico de una Europa en guerra entre naciones cristianas, y aún católicas. Tal vez puedan parecer todas estas disquisiciones algo eruditas y alejadas de una influencia sobre la vida real... pero sería un error tal consideración; incluso me atrevo a indicar que nuestro mundo actual globalizado y todavía perplejo por los zarpazos del terrorismo fundamentalista o las intervenciones militares preventivas, necesita con mayor urgencia una reflexión como la sustentada en esos viejos tratados con más de cuatrocientos años a sus espaldas*¹¹⁹.

(116) FRAYLE DELGADO, L. *Francisco de Vitoria. Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra. Estudio preliminar, traducción y notas*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 51.

(117) MESSUTI, A., *cit.*

(118) ZICCARDI CAPALDO, G. *Op. cit.*, p. 14.

(119) GÓMEZ RIVA, L. “Los tratados de *iure belli* y el origen del derecho internacional. Una aproximación historiográfica a los estudios sobre el derecho de la guerra durante el primer franquismo”, *Hispania Sacra*, vol. LXII, núm. 125, 2010, p. 319.

De hecho, Vitoria consideró que, aunque una guerra fuera útil para un Estado, si fuera dañina para el orbe o el cristianismo, sería una guerra injusta¹²⁰.

Como se mencionó anteriormente, en relación con el derecho de intervención o injerencia, Vitoria consideró que, aunque las leyes favorezcan crímenes, se permite la intervención de otro Estado, incluso si los sujetos dan su consentimiento a tales leyes inhumanas y no quieren esta intervención, porque no son dueños ni tienen derecho a dar muerte a sus hijos¹²¹.

Diego Carro, en los años cincuenta del siglo pasado, pidió la intervención de las Naciones Unidas, incluso el deber de liberación de Hungría basándose en el derecho de intervención, tal como se interpreta por el pensamiento de Vitoria¹²².

Por tanto, parece que la garantía colectiva del derecho global y la que preconizaba Vitoria son mucho más parecidas que la regulación de la garantía colectiva que se realizó durante los siglos posteriores al pensamiento de Vitoria.

IX. Conclusiones

Francisco de Vitoria no puede considerarse un jurista que formulara teorías para la organización del mundo. Él era teólogo, incluso clérigo, y, por tanto, su planteamiento jurídico lo hacía desde la perspectiva de la ética y de la moral, pero siendo consciente de que esa perspectiva debía tener una estructura jurídica que permitiera establecer responsabilidades y sanciones. Por eso, su defensa de los derechos humanos, la protección de la dignidad del ser humano, el derecho de injerencia por razones humanitarias, el derecho de la soberanía de los pueblos indígenas, los límites del emperador y de la Iglesia en relación con los nuevos territorios y los indígenas, el aprovechamiento racional de los recursos naturales de todos, etcétera fueron estructurados teóricamente como normas jurídicas vinculantes, por su carácter racional.

Vitoria fue, sin género de dudas, el primer y mayor contribuyente a la construcción de un derecho que regulara ese *totus orbis*, hoy llamado comunidad internacional.

Ese derecho internacional ideado por Vitoria tuvo luego diferentes fases de la evolución: *ius gentium*, *ius intergentes*, *ius publicum europaeum*, derecho westfaliano, derecho poswestfaliano, derecho internacional clásico, derecho internacional moderno, derecho internacional transmoderno y, finalmente, derecho global.

(120) FRAYLE DELGADO, L. *Op. cit.*, p. 24.

(121) *Ibidem*, nota a pie de página núm. 5.

(122) CARRO, V. Diego. "El derecho de intervención según Vitoria y los teólogos-juristas españoles del siglo XVI. ¿Es un deber universal la liberación de Hungría?", *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*, 1956-57, pp. 227-247.

Sin embargo, si tenemos en cuenta las características de ese derecho internacional, en estas distintas fases y si consideramos el derecho global como el conjunto de normas internacionales que codifican un sistema jurídico coherente, establecido por los distintos sujetos que operan en el mundo internacional, para regular los intereses generales de la comunidad internacional, para la consecución del bienestar humano, se puede afirmar que este derecho está más en consonancia con el planteamiento de Francisco de Vitoria que los sistemas que se desarrollaron para dar satisfacción a los intereses comunes de los Estados durante los siglos posteriores.

Si aceptamos las características comunes del derecho global, según la profesora Ziccardi, como la verticalidad, los principios jurídicos y valores comunes, el sistema jurídico integrado y la garantía colectiva, podemos encontrar esas cuatro características en el pensamiento de Vitoria.

Vitoria no trazó ninguna estructura o regulación para la formulación de políticas. Sin embargo, su consideración de la ley y el orden jurídico implica una verdadera concepción de verticalidad. También consideró que el *totus orbis* requería principios jurídicos y valores comunes, como muestra el actual derecho global. Las reglas de derecho establecidas por Vitoria para el *totus orbis* y las existentes de la actual comunidad internacional son idénticas, ya que el centro de ellas es el ser humano y su protección.

Por último, Vitoria y el actual derecho global consideran la necesidad de una garantía colectiva necesaria para preservar sus objetivos: proteger a la humanidad. Se trata de una garantía colectiva que incluye la posibilidad de intervenir para eliminar amenazas contra la paz y la seguridad internacionales o para la seguridad humana.

El necesario nuevo orden mundial no puede basarse exclusivamente en los viejos paradigmas del derecho internacional clásico, porque hay que dar entrada a una multiplicidad de nuevos actores, de nuevas acciones, de nuevas aplicaciones, de nuevas funciones. Por ello, se hace necesario conocer bien el planteamiento de Francisco de Vitoria para comprender adecuadamente el objeto de la regulación, que no es más que el bien común de la sociedad internacional entera, interrelacionada. Y esto estaba en el pensamiento de Vitoria.

X. Bibliografía

AGO, R. "Le droit international dans la conception de Grotius", *RCADI*, vol. IV, núm. 182, 1983.

AHLSTROÖM, Chr. *Gulfkriget och den humanitaära folkraätten*, Folkkräftsdelegationen, Estocolmo, 1992.

ALMEIDA DINIZ, A. J. *Subdesenvolvimento e direito das gentes*, Universidad de Minas Gerais, Belo Horizonte (Brasil), 1977.

ALOÉ, V. D. *Europeos y americanos, conflictos y armonías. La historia de "occidente", la crisis de la contemporaneidad y la "cuestión argentina"*, Dunken, Buenos Aires, 2015.

ALONSO GETINO, L. G. *Relecciones teológicas del maestro fray Francisco de Vitoria*, Imprenta La Rafa, Madrid, 1935.

APARISI MIRALLES, Á. *Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria*, Comares, Granada, 2007.

ARENAL, C. *Ensayo sobre el derecho de gentes*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Madrid, 2005, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/ensayo-sobre-el-derecho-de-gentes--0/>

BARCIA TRELLES, C. "Francisco de Vitoria et l'École moderne de droit international", *RCADI*, vol. II, 1927.

BARCIA TRELLES, C. "Francisco Suárez (1548-1617). Les théologiens espagnols du XVI si cles et l'Ecole moderne du droit international", *RCADI*, vol. 43, 1933.

BARCIA TRELLES, C. *Francisco de Vitoria, fundador del derecho internacional*, Cuesta-Universidad de Valladolid, Valladolid, 1928.

BELTRÁN DE HEREDIA Y RUIZ DE ALEGRÍA, Vicente. *Personalidad del maestro Francisco de Vitoria y trascendencia de su obra doctrinal*, edición crítica bilingüe de la *Relectio de Indis* por Vicente L. Pereña y J. M., Pérez Prendes, C. S. I. C., Madrid, 1967.

BENEYTO, J. M. y ROMÁN VACA, C. (eds.), *New Perspectives on Francisco de Vitoria: Does International Law Lie at the Heart of the Origin of the Modern World?*, CEU Ediciones, Madrid, 2014.

BENHABIB, S. "El dret de gents, la justícia distributiva i les migracions", *Enrahonar*, núm. 43, 2009.

BLOM, H. W. y WINKEL, L. C. (eds.), *Grotius and the Stoa*, Royal Van Gorkum, Países Bajos, 2004.

BODINO, J. *Les six livres de la République*, París, 1576 (París, Librairie Générale Française, 1993).

BOGAERT, E. R. C. *Volkenrecht*, Kluwer, Amberes (Países Bajos), 1982.

BORSCHBERG, P. "De Societate Publica cum Infidelibus (una obra juvenil de Hugo Grocio)", *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 83, enero marzo de 1994.

BOWRING, J. (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, William Tait, Edimburgo, 1843 (Nueva York, 1962).

BROWN SCOTT, J. "El descubrimiento de América y su influjo en el derecho internacional", *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 13, núm. 50, 1930.

BROWNSCOTT, J. *El origen español del derecho internacional moderno*, Cuesta-Universidad de Valladolid, Valladolid, 1928.

CARRO, V. Diego. "El derecho de intervención según Vitoria y los teólogos juristas españoles del siglo XVI. ¿Es un deber universal la liberación de Hungría?", *Anuario Asociación Francisco de Vitoria*, 1956-1957.

CARRO, V. Diego. *Domingo de Soto y su doctrina jurídica*, 2a. ed., Biblioteca de Teólogos Españoles, Salamanca, 1944.

CAZALA, J. "Jeremy Bentham et le droit international", *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 109, 2005.

CERVANTES, M. de. *Don Quijote de la Mancha*, Planeta-Fundación Gala-Salvador Dalí, Barcelona, 2004.

COLBECK, Ch. *The Public Schools Historical Atlas*, Nueva York-Londres-Bombay, Longmans y Green, 1905.

CRUZ CRUZ, J. "Vitoria y el fundamento del derecho internacional", *Ley Natural*, 15 de marzo de 2020, disponible en: http://www.leynatural.es/2020/03/15/vitoria-y-el-fundamento-del-derecho-internacional/#_ftn51

DOMINGO OSLÉ, R. *¿Qué es el derecho global?*, Thomson- Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

DORIGNY, M. -TLILI SELLAOUTI, R. (dirs.), *Droit des gens et relations entre les peuples dans l'espace méditerranéen autour de la Révolution française*, SER, París, 2006.

EDWARDS, C. S. *Hugo Grotius. The Miracle of Holand*, Nelson Hall, Chicago, 1981.

EEK, H., *Folkraätten, Staternas och de mellanstatliga organisationernas rättsordning*, P. A. Norstedt (Estocolmo), 1968.

EGIDO, Ma. A. "Madariaga reivindicador de la figura de Vitoria como fundador del derecho internacional", en Ayuntamiento de La Coruña, S. de Madariaga: Exposición. Libro homenaje, Imprenta Mundo, La Coruña, 1987.

FEENSTRA, R. *Hugo Grotius Mare Liberum 1609-2009*, Martinus Nijhoif, Leiden (Países Bajos), 2009.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. "La necesidad de cambios jurídicos estratégicos para los nuevos escenarios mundiales", *The Global Community-Yearbook of International Law and Jurisprudence* 2008, vol. I, 2009.

FRANK, M. *Diritto naturale, diritto delle genti, diritto civile (ad usum scholarium)*, Giappichelli, Turín, 2006.

FRAYLE DELGADO, L. *Francisco de Vitoria. Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra. Estudio preliminar, traducción y notas*, Tecnos, Madrid, 2007.

GELDEREN, M. van. “«Mare Liberum»: Hugo Grocio, entre la defensa del colonialismo y los derechos de «otros»”, *Pedralbes*, núm. 28, 2009.

GINER DE LOS RÍOS, F. “*Religión y Estado en la España del siglo XVI*”, *Obras completas*, Anthropos - Fundación Caja de Madrid, Madrid, 1997, vol. II.

GÓMEZ RIVA, L. “Los tratados de iure belli y el origen del derecho internacional. Una aproximación historiográfica a los estudios sobre el derecho de la guerra durante el primer franquismo”, *Hispania Sacra*, vol. LXII, núm. 125, 2010.

GÓMEZ, F. “Historicidad, juridicidad y para-literatura: en torno a Francisco de Vitoria (1486-1546)”, *Anuario de Estudios Americanos*, t. LIX, núm. 2, 2002.

GROCIO, H. *Prolegómenos*.

HAGGENMACHER, P. *Hugo Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Presses Universitaires de France, París, 1983.

HERDEGEN, M. *Derecho internacional público*, UNAM, México, 2005.

HERNÁNDEZ MARTÍN, R. *Francisco de Vitoria, vida y pensamiento internacionalista*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1995.

HINOJOSO Y NAVEROS, E. “Los precursores de Grocio”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 6, 1929.

HONT, I. “Jealousy of Trade: International Competition and the Nation-State”, *Historical Perspective*, Harvard University Press, Cambridge, 2006.

JACOBINI, H. B. “Some Observations Concerning Jeremy Bentham’s Concepts of International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 42, 1948.

JIMÉNEZ ALEMÁN, Á. Aday, “Derecho global”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 11, octubre de 2016-marzo de 2017.

JIMÉNEZ GARCÍA, F. “El derecho internacional como necesidad y factor social. Reflexiones sobre su fundamento, concepto y método”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, núm. 2, 2010.

KOSKENNIEMI, M. “«International Community» from Dante to Vattel”, *Vattel’s International Law in a XXI Century Perspective*, Institut de Haute Études Internationales, The Graduate Institute, Ginebra, 2008, disponible en: <http://www.helsinki.fi/eci/Publications/MKINTERNATIONAL%20COMMUNITY-08i.pdf>

LATOURELLE, R. *Teología de la revelación*, Sígueme, Salamanca, 1967.

LEVITT, T. “The Globalization of Markets”, *Harvard Business Review*, vol. 61, mayo-junio de 1983.

LEWKOWICZ, N. “The Spanish School as a Forerunner to the English School of International Relations”, *Estudios Humanísticos Historia*, núm. 6, 2007.

MALDONADO SIMÁN, B. "La guerra justa de Francisco de Vitoria," *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, vol. VI, 2006.

MANNING, D. J. *The Mind of Jeremy Bentham*, Longmans, Londres, 1968.

MESSUTI, A. "Las huellas de Francisco de Vitoria en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados" ("The Trail of Francisco de Vitoria in Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties"), en Pérez Cepeda, I. (dir.), *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, disponible en: http://www.feminicidio.net/sites/default/files/Francisco%20de%20Vitoria_0.pdf

MIAJA DE LA MUELA, A. "El derecho 'totus orbis' en el pensamiento de Vitoria", *Revista Española de derecho internacional*, vol. XVIII, 1965.

NASZLAYI, E. *El Estado según Francisco de Vitoria*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1948.

NEILA HERNÁNDEZ, J. L. "España y la Sociedad de Naciones: un tránsito historiográfico inacabado", *Cuadernos de Historia Contemporánea*, núm. extraordinario, 2003.

ONUMA, Y. (ed.), *A Normative Approach to War: Peace, War and Justice in Hugo Grotius*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

ORTIZ TREVIÑO, R. G. "La naturaleza jurídica del ius gentium de acuerdo con la doctrina de Francisco de Vitoria. Estudio breve en honor al pensamiento de Antonio Gómez Robledo", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XVII, 2005.

PAUW, F. *Grotius and the Law of the Sea*, trad. de P. J. Arthern, Bruselas, Ediciones del Instituto de Sociología, 1965.

PEREÑA, L. et al., *Francisco de Vitoria. Relectio de Iure Belli o paz dinámica. Escuela Española de la Paz. Primera generación 1526-1560*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1981.

PIETRO, A. *Institutas de Gayo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

PIROTTO, A. de. "Francisco de Vitoria", en *Vitoria, F. de, Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, 3a. ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1975.

PRÖGLER, D. *English Students at Leiden University, 1575-1650*, Ashgate, Farnham (Surrey), 2013.

RAWLS, J. *El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública*, trad. de Hernando Valencia Villa, Paidós, Madrid, 2001.

RIAZA MARTÍNEZ OSORIO, R. "La escuela española del derecho natural", *Revista de Cultura y Vida Universitaria*, 1925.

RIQUER, M. de. *Antología, cantares de gesta, trovadore, narrativa medieval, literatura catalana, y vida caballeresca*, Anthropos, Barcelona, 1989.

ROCA TOCCO, C. A. "Origen y evolución del derecho internacional público", *Iushistoria, Revista Electrónica*. núm. 3, septiembre de 2006, disponible en: <http://www.salvador.edu.ar/juri/reih/2006/m4.pdf>

RODRÍGUEZ MOLINERO, M. "La doctrina colonial de Francisco de Vitoria, legado permanente de la Escuela de Salamanca", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VIII, 1991.

ROJANO ESQUIVEL, J. C. *Del totus orbis al ordo orbis. El pensamiento internacionalista de Francisco de Vitoria*, 2013, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3540/11.pdf>

ROMMEN, H. A. *La teoría del Estado y de la comunidad internacional en Francisco Suárez*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Instituto de Derecho Internacional, Madrid, 1951.

SÁNCHEZ HIDALGO, A. "Francisco de Vitoria: un orden cosmopolita a realizar", en Beneyto, J. M. y román vaca, C. (eds.), *New Perspectives on Francisco de Vitoria: Does International Law Lie at the Heart of the Origin of the Modern World?*, CEU Ediciones, Madrid, 2014.

SIMMONDS, K. R. "Some English Precursors of Hugo Grotius", *Transactions of the Grotius Society*, vol. 43, 1957.

SUÁREZ, F. *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, CSIC, 1971-1981, 8 vols, Madrid.

THOMPSON, H. A. *The Stoa of Attalos II in Athens*, Nueva Jersey, 1992.

THÜRER, D. *Völkerrecht als Fortschritt und Chance, Grundidee Gerechtigkeit Band 2*, Nomos Verlagsgesellschaft mbH y Co. KG, Baden-Baden (Alemania), 2009.

TORRENT RUIZ, A. "Segunda Escolástica Española y renovación de la ciencia del derecho en el siglo XVI", *Teoría e Storia del Diritto Privado*, núm. 6, 2013.

TOUCHARD, J. *Histoire des idées politiques*, Presses Universitaires de France, París, 2006.

TRUYOL Y SERRA, A. "Doctrines contemporaines de droit des gens", *Revue Générale de Droit International Public*, núm. 3, 1950.

TRUYOL Y SERRA, A. "El derecho de gentes como orden universal (The Law of Nations as Global Order)", en Mangas Martín, A. (ed.), *La Escuela de Salamanca y el derecho internacional en América. Del pasado al futuro*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1993.

TRUYOL Y SERRA, A. "Francisco de Vitoria y Hugo Grocio: Cofundadores del derecho internacional", *Ciencia Tomista*, vol. 111, 1984.

TRUYOL Y SERRA, A. "Grotius dans ses rapports avec les classiques espagnols du droit de gens", *RCADI*, vol. IV, núm. 182, 1983.

TRUYOL Y SERRA, A. *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*, t. II: Del Renacimiento a Kant, Alianza, Madrid, 2007.

TRUYOL Y SERRA, A. *The Principles of Political and International Law in the Work of Francisco de Vitoria*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1946.

URDANOZ, T. "Síntesis teológico-jurídica de la doctrina de Vitoria", *Relectio de Indis, del Corpus Hispanorum de Pace*, Madrid, C. S. I. C., 1967.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B. "Perspectiva histórica de las relaciones de derecho internacional público observadas por el derecho de gentes", *Verbo. Revista de Formación Cívica y de Acción Cultural, según el Derecho Natural y Cristiano*, núms. 411-412, 2003.

VATICAN. *Acta Apostolicae Sedis, Commentarium Officiale, An et vol. LXII, Typis Polyglottis Vaticanis*, MDCCCCLXX, Librería Editrice Vaticana, 1979, disponible en: <http://www.vatican.va/archive/aas/documents/AAS62-1970-ocr.pdf>.

VERDROSS, A. *La filosofía del derecho del mundo occidental*, trad. de Mario de la Cueva, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 1983.

VITORIA, F. de. *Reelecciones del Estado, de los indios y del derecho de la guerra*, Porrúa, México, 1985.

VITORIA, F. de. *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de guerra*, Tecnos, Madrid, 2012.

VREELAND, H. *Hugo Grotius: The Father of the Modern Science of International Law*, Oxford University Press, Nueva York, 1917.

WEINER, Allen S. - NEFF, St. "War and the Law of Nations: A General History", *American Journal of International Law*, vol. 101, núm. 1, 2007.

WERNER, TH. y VERDONK, R. *Encuentros en Flandes: Relaciones e intercambios hispanoflamencos a inicios de la edad moderna*, Leuven University Press, Lovaina (Bélgica), 2000.

ZABALLA, L. "Vitoria, Grocio y el origen del derecho internacional", *Análisis*, núm. 10, junio de 2017, disponible en: http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Documents/2017_%20ANA_LISIS_10.pdf

ZICCARDI CAPALDO, G. *The Pillars of Global Law*, Ashgate, Hamsphire, 2008.

HISTORIA TRANSICIONAL NORPATAGÓNICA REVISITADA. PERSPECTIVAS, MÉTODOS Y PRESUPUESTOS EN DISPUTA*

*REVISITED NORTH PATAGONIC TRANSITIONAL HISTORY.
PERSPECTIVES, METHODS AND PRESUPPOSITIONS IN DISPUTE*

*Nicolás Emanuel Olivares***

Resumen: En el presente trabajo se propone una lectura revisitada de los complejos procesos transicionales norpatagónicos desarrollados en La Pampa, Río Negro y Neuquén durante el período 1983-1987. Asumiendo una perspectiva metodológica interdisciplinaria, la cual incorpora herramientas analíticas de filosofía política normativa, historia conceptual e historia política del pasado reciente. Se brindan argumentos en defensa de una perspectiva reconstructiva y evaluativa republicana del pasado político reciente norpatagónico. En miras de este objetivo principal, se recuperan ciertos presupuestos metodológicos de la trascendente obra teórica de Q. Skinner, así como algunos de los valiosos aportes teóricos efectuados por colegas argentinas tales como M. Franco, A. Reano, M. Garategaray y S. Morán.

Palabras-clave: Historia norpatagónica - Transición democrática - Republica- nismo - Lenguajes políticos.

Abstract: This paper proposes a revisited reading of the complex North Patagonian transitional processes developed in La Pampa, Río Negro and Neuquén during the period 1983-1987. Assuming an interdisciplinary methodological perspective incorporates analytical tools of normative political philosophy,

* El presente trabajo ha sido recibido el 6 de diciembre de 2022 y aprobado para su publicación el 7 de marzo de 2023. El mismo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación: "Transición y consolidación democrática en la Patagonia Norte", aprobado mediante RD-EX-2019-39496872-APN-DDRH#CONICET. El autor agradece a: E. Llamosas, M. Moroni y G. Caetano por los valiosos comentarios vertidos a una versión preliminar

** Abogado (Universidad Nacional de Córdoba/UNC), Profesor Universitario (Universidad Católica de Córdoba/UCC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Magister en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC). Becario Posdoctoral CONICET-IEHSOLP (2017-2019), Becario Posdoctoral CONICET-UdG (2019-2021), Investigador Asistente CONICET-IEHSOLP (2021). Profesor de Historia de las Instituciones (Universidad Nacional de La Pampa/UNLPam) y Profesor de Derecho Constitucional (UNLPam). E-mail: olivares.nicolasmanuel@gmail.com

conceptual history and political history of the recent past. Arguments are provided in defense of a republican, reconstructive and evaluative perspective of the recent North Patagonian political past. In view of this main objective, certain methodological assumptions of the transcendent theoretical work of Q. Skinner are recovered, as well as some of the valuable theoretical contributions made by Argentine colleagues such as M. Franco, A. Reano, M. Garategaray and S. Morán.

Keywords: North Patagonian history - Democratic transition - Republicanism - Political languages.

Sumario: I. Introducción. II. Un análisis histórico conceptual de ciertos procesos discursivos norpatagónicos. III. El republicanismo en tanto concepción democrática contemporánea. IV. Discursos republicanos en las transiciones democráticas norpatagónicas. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

I. Introducción

El presente trabajo constituye un segundo esfuerzo intelectual orientado a especificar los trazos más prominentes de una novel agenda investigativa en desarrollo, así como a justificar la adopción de ciertas perspectivas metodológicas y conceptuales. Nuestro objeto general de indagación está configurado por ciertos *procesos políticos discursivos* acaecidos durante las transiciones democráticas norpatagónicas de las provincias de La Pampa, Rio Negro y Neuquén del período 1983-1987¹. En este sentido, huelga aclarar que, en términos generales, el presente artículo se inscribe en cierta línea investigativa a la que se ha denominado *historia política del pasado reciente*, así como en términos específicos, abrevia de criterios metodológicos propios de un *enfoque analítico subnacional*, y se nutre de una *concepción republicana de la democracia*, en tanto matriz proveedora de estándares conceptuales y normativos.

A los fines de especificar aún más nuestros compromisos teóricos, es que a continuación, en el presente apartado introductorio (I), precisaremos sintéticamente qué entendemos por cada uno de los *sintagmas destacados en cursiva*.

En primer lugar, existe una notoria proliferación de trabajos historiográficos que asumen explícitamente como marco teórico el de la *historia política del pasado reciente* (Pittaluga, 2017). En este sentido, la escasa, relativa o inexistente distancia entre el sujeto conocido y el sujeto cognoscente no ha sido óbice para que diversas y reconocidas colegas historiadoras ofrezcan nuevas hipótesis de relevancia sobre el período político transicional argentino (Franco, 2017; Canelo, 2016). De este modo,

(1) El recorte temporal aquí efectuado se justifica en dos hitos políticos de relevancia historiográfica. En primer lugar, en el año 1983 se produjo en la Argentina, tanto a nivel nacional como subnacional, el retorno a un sistema político *democrático constitucional*. En segundo lugar, el año 1987 marca el fin del primer período de ejercicio de *gobiernos provinciales transicionales democráticos* en la región norpatagónica, atento la duración de cuatro años impuesta en sus respectivas constituciones provinciales.

el pasado reciente habilitaría la indagación acerca de cuáles son las conexiones de sentido identificables entre actores, prácticas y concepciones actuales y otras pasadas pero relativamente cercanas en el tiempo (Franco y Lvovich, 2017). Asimismo, resulta claro que la vocación metodológica de esta novel perspectiva historiográfica es de tipo *interdisciplinario*, lo cual habilita a que las y los investigadores recurran a diversas combinaciones posibles de herramientas hermenéuticas propias de disciplinas tales como la filosofía política normativa, la ciencia política empírica e historia conceptual (Aguirre y Morán, 2020).

La perspectiva aquí asumida va entonces de bruceas con aquella perspectiva reduccionista, limitante y homogeneizante propia de la politología sudamericana de los años 80 y 90, cuyos principales avances se inspiraron en el libro *Transiciones desde un gobierno autoritario* (Paidós, 1991) el cual fuere coordinado por G. O'Donnell, P. Schmitter y L. Whitehead, pensando a la transición como "... un pasaje desde un régimen político (autoritario) hacia otro (deseablemente la democracia, entendida como poliarquía)..." (Reano y Garategaray, 2020: 706). De este modo, la politología de fines de siglo pasado definía al sintagma transición democrática de una forma teleológica, de manera que "... situaba a los procesos políticos en una línea de tiempo en la que se establecía una cadena secuencial caracterizada como: 'liberalización', 'transición', 'democratización', 'socialización' y 'consolidación'...", lo cual permitía a juicio de los referidos autores, establecer, identificar y fijar en el plano conceptual, ciertos modelos, patrones y tipos de transiciones, siendo destacable la clasificación allí efectuada entre transiciones "pactadas" y "no pactadas" (Reano y Garategaray, 2020: 708-709).

La principal pretensión de aquella perspectiva politológica secuencial, teleológica y modelizadora, era la de aportar únicamente argumentos descriptivos puros. Sin embargo, cabe afirmar que aquella perspectiva supuestamente empiricista, estaba sustentada "... sobre una concepción normativa de la democracia..." de tipo "... institucionalista o procedimental...", conforme la cual la normatividad política estaba siempre "... ligada a una competencia política regular y formalizada que garantizara la gobernabilidad, muchas veces por sobre la pérdida o postergación de oportunidades para una mayor justicia social..." (Reano y Garategaray, 2020: 709). Así, la perspectiva transitológica de los 80 y 90 se erige sobre "... la ponderación de una perspectiva de la democracia (...) que deja en un segundo plano el rol de la ideas, de los lenguajes y de los discursos que visibilizaron y/o dieron sentido a dichas acciones..." (Reano y Garategaray, 2020: 710). Dicho enfoque politológico sería cuanto menos problemático, por tres motivos principales. En primer lugar, dado que los defensores de dicha concepción pluralista de la democracia asumen "... como determinante la perspectiva que fue exitosa en el proceso transicional, lo cual no necesariamente da cuenta de la complejidad del momento y de la disputa entre ideas y proyectos políticos..." (Reano y Garategaray, 2020: 714). En segundo lugar, dicho enfoque se sustenta sobre "...una mirada esencialista y teleológica de los procesos históricos y políticos..." (Reano y Garategaray, 2020: 715). En tercer

lugar, los propulsores de dicha perspectiva transitológica, tienden a enfatizar "... el modelo de 'originales' y 'copias', 'tipos ideales' y 'desvíos'..." (Reano y Garategaray, 2020: 715).

En segundo lugar, como enfatizaremos en el segundo apartado (II), el presente trabajo asume un *enfoque analítico subnacional*, es decir se propone analizar el fenómeno transicional democrático, en tanto tópico inscripto en el marco más amplio de la historia política argentina reciente, desde una perspectiva política multinivel que rechaza reducir la política y lo político al ámbito nacional, valorizando los ámbitos provinciales y municipales. En este sentido, cabe señalar que "... a partir de la década del noventa adquiere impulso y mayor visibilidad la política provincial como objeto de estudio, comenzando a conformarse un campo o área de estudios sobre política subnacional..." (Ortiz de Rozas, 2016b: 58). El ámbito subnacional se presenta entonces, por un lado "... como el espacio en el que el Estado presenta una cara más próxima a los ciudadanos, con potencialidades de ampliar la transparencia y la participación democrática...", y por el otro, "... como esfera para pensar las transformaciones en las relaciones de representación política en el territorio..." (Ortiz de Rozas, 2016b: 58). En otras palabras, el enfoque multinivel aquí referido constituiría una perspectiva metodológica "... que evade dos preconceptos simétricamente erróneos: aquel relativo a la suposición de que lo 'local' es autosuficiente y sólo se explica a sí mismo, y la creencia de que el caso meramente 'refleja' procesos cuya interpretación reside en otro nivel..." (Ortiz de Rozas, 2016b: 63).

En particular consideramos que una mirada subnacional de las transiciones democráticas norpatagónicas nos permitiría evitar aquellas reconstrucciones del pasado reciente regional que reafirman los caracteres de "... 'uniformidad, estatuización, centralización y expropiación social' ...", asumiendo en su lugar, un enfoque capaz de evidenciar "... el carácter complejo, intrincado, inacabado, heterodoxo y conflictivo..." de dichos procesos políticos provinciales (Ortiz de Rozas, 2016b: 60). La combinación de los presupuestos de la referida novel historia del pasado político reciente con la mirada subnacional de la política y lo político nos permitiría entonces "... reconstruir una diversidad y pluralidad de actores y procesos sociales desconocidos o al menos no tenidos en cuenta por las investigaciones con una mirada nacional..." (Ortiz de Rozas, 2016b: 74). De este modo, la perspectiva subnacional no se ofrece como un mero espacio reflejo de lo nacional, sino como un genuino ámbito "... de producción de lo político, desde el cual pueden realizarse importantes aportes a las explicaciones generales sobre la política argentina..." (Ortiz de Rozas, 2016b: 75).

En síntesis, los estudios efectuados desde dicho enfoque subnacional pretenden erigirse en representantes de una nueva historiografía la cual evita asumir una perspectiva centralista, nacionalista o uniformista de los procesos políticos históricos, y en su lugar considera a los procesos políticos subnacionales como genuinos causantes, elementos enzimáticos o bien explicativos de ciertos procesos nacionales (Ortiz de Rozas, 2016b). Así, desde dicho enfoque histórico multinivel,

diversos investigadores han comenzado a cuestionar "...la construcción de una historia nacional, que funciona como un modelo normativo frente al cual medir los fenómenos políticos subnacionales..." (Ortiz de Rozas, 2016b: 74).

En tercer lugar, en el subsiguiente apartado (III), brindaremos argumentos en defensa de una perspectiva específica de la idea de democracia representativa, la cual pretende ser superadora de una concepción pluralista o poliárquica de la misma (Dahl, 1997; Smith, 1997). Al respecto, siguiendo a los más destacados cientistas y filósofos políticos que se han abocado al estudio de la transitología argentina (O'Donnell, 1993; Quiroga, 2008; Nino, 1992), consideramos apropiado emplear una *concepción republicana de la democracia*, la cual coloca el foco en los procesos públicos, abiertos y provisorios de justificación política que se producen entre ciudadanos y representantes (Gargarella, 2001). Aquí nuestra intención es la de profundizar aquella dimensión republicana de la democracia representativa defendida por G. O'Donnell y sus seguidores, procurando una comprensión cualitativa de los referidos procesos transitológicos subnacionales (Gervasoni, 2005; Nogueira, 2012).

En cuarto lugar, en el anteuúltimo apartado (IV), nos proponemos asumir un *enfoque discursivo de lo político* a los fines de efectuar una adecuada reconstrucción intelectual de los referidos procesos transicionales norpatagónicos. En consistencia, desde el punto de vista metodológico, consideramos apropiado emplear ciertas herramientas propias de la historiografía republicana de Q. Skinner (1998, 2002)², así como atender a las teorizaciones que en esta línea han efectuado colegas argentinos tales como L. Nosetto y T. Wiczorek, O. Majul, G. R. Aguirre y S. Morán (2020).

El historiador británico Q. Skinner ha señalado que "... una de las formas en que somos capaces de reevaluar y cambiar nuestro mundo es cambiando las formas en que se aplican ciertos vocabularios..." (Skinner, 2002: 178). De este modo, la mismísima comprensión del mundo dependería de nuestra interpretación del lenguaje. Así, para Q. Skinner la historia de la teoría política requeriría efectuar "... una investigación más amplia de los lenguajes políticos cambiantes en los que las sociedades se hablan a sí mismas..." (Skinner, 1998: 105). El estudio de los lenguajes es propuesto aquí no solo a los fines de detectar significados, sino también para analizar la intencionalidad de las palabras, así como reconstruir el contexto argumentativo. La perspectiva discursiva de la historia política nos permitiría entonces desnaturalizar los usos semánticos predominantes de ciertos significantes, o bien en términos del mismísimo Q. Skinner, nos evitaría "... caer bajo el hechizo de nuestra propia herencia intelectual..." (Skinner, 1998: 116). La noción de hechizo aquí refiere a que, sin un estudio contextual de los discursos políticos, podríamos erróneamente creer que las formas habituales en las cuales pensamos sobre nuestros

(2) Se ha señalado que "... el auge de la historia intelectual como método vino de la mano, en los países anglosajones, del auge del neorepublicanismo como alternativa política al liberalismo..." (Majul, 2020: 55).

conceptos normativos podrían ser consideradas como las únicas formas de pensar sobre ellos (Skinner, 1998: 116)³.

Desde esta perspectiva discursiva skinnereana de la historia política, podría afirmarse que "... el ejercicio de la teoría política supone una triple vinculación con el presente, el texto y la historia. El ejercicio de articular esas tres aristas conlleva una serie de problemas y decisiones de método..." (Nosetto y Wieczorek, 2020: 11). La perspectiva discursiva, conceptual y compleja de la historia política de Q. Skinner pretende entonces objetar, rechazar y superar a aquellas perspectivas textualistas de la clásica historia intelectual, la cual solo tiene por meta efectuar cierta exégesis de textos (Majul, 2020: 41). Asimismo, otra de las razones por las cuales el contextualismo discursivo de Q. Skinner nos compele a rechazar la tradicional historia intelectual es que esta última perspectiva descuida, desatiende o infravalora la intencionalidad de las palabras. De este modo, "... la otra razón por la cual lo que un texto dice no sirve como única guía para entender lo que el autor o la autora quiso decir es que a menudo se emplean estrategias retóricas que, por ejemplo, separan la intención con la que se dice algo del contenido literal de lo que es dicho..." (Majul, 2020: 44). En otras palabras, "... la segunda razón por la cual es necesario situar el texto en su contexto es, entonces, que la intención y el significado de un texto tienen cierta autonomía entre sí..." (Majul, 2020: 44).

Así, la historia intelectual revisitada de Q. Skinner nos conmina a "... aprehender tanto el significado teórico de un texto como la intención que lleva (...) lo que un texto dice (el significado) y lo que un texto hace al decir (la acción que intenta hacer)..." (Majul, 2020: 44). De este modo, "... si la dimensión semántica refiere al plano del significado del lenguaje, la dimensión pragmática apunta a ver los usos situados del lenguaje y la dimensión retórica, a mostrar la forma en que se lo dice..." (Majul, 2020: 46). En otros términos, a los fines de interpretar apropiadamente una fuente historiográfica textual "... debemos atender al contexto semántico -que significan los conceptos y términos que utiliza en los lenguajes políticos de su época- al contexto pragmático -contra qué o quiénes está escribiendo, qué uso intenta hacer de su texto- y al contexto retórico -de qué forma lo está haciendo..." (Majul, 2020: 46). Esta triple dimensión, tarea y funcionalidad de los estudios históricos políticos squinnereanos nos conduce a una de las características más destacadas de esta nueva corriente de historia intelectual, a saber, *la interdisciplina*, en tanto la comprensión de su triple dimensión semántica, pragmática y retórica, lo cual, cuanto menos, nos conmina a emplear herramientas metodológicas de la historia, filosofía y ciencia política (Majul, 2020: 55).

(3) Esta perspectiva historiográfica ofrecería así un doble aporte en materia de estudios sobre el pasado político. Por un lado, "... obliga a problematizar e historizar los conceptos actualmente disponibles, vistos generalmente como inmediatos, autoevidentes y universales..." (Aguirre y Morán, 2020: 65). Por otro lado, "... permite ganar claridad sobre la historicidad de los conceptos políticos y evitar consecuentemente usos anacrónicos o descontextualizados de los mismos..." (Aguirre y Morán, 2020: 68).

Finalmente, en el apartado conclusivo (V) sintetizaremos el contenido de dichos cuatro presupuestos conceptuales y normativos, así como explicitaremos cuáles serían las *hipótesis exploratorias* posiblemente emergentes de los mismos.

II. Un análisis histórico conceptual de ciertos procesos discursivos norpatagónicos

Como adelantáramos en el apartado introductorio (I), los recientes avances efectuados en materia de filosofía, ciencia e historia política, enfatizan en la necesidad de asumir *un aparato metodológico interdisciplinar*, así como otorgar especial relevancia a *la dimensión discursiva de los fenómenos políticos*. Asimismo, hemos precisado que esta nueva mirada sobre la política y lo político es la que sustenta nuestros propios estudios transitológicos norpatagónicos del período 1983-1987. Es tiempo ahora entonces, de precisar con mayor detenimiento los presupuestos centrales de esta mirada, concepción o perspectiva discursiva de la historia política reciente. Para ello, nos valdremos de ciertas enseñanzas del historiador británico Q. Skinner, así como de las teorizaciones efectuadas por las colegas argentinas A. Reano y M. Garategaray.

Q. Skinner ha señalado que una de nuestras principales tareas como investigadores en ciencias sociales “... debe ser situar los textos que estudiamos dentro de contextos intelectuales que nos permitan dar sentido a lo que sus autores estaban haciendo al escribirlos...” (Skinner, 2002: 3). De este modo, Q. Skinner considera “... que para comprender un texto no solo es necesario conocer el significado de las palabras, sino el sentido...” (Reano y Garategaray, 2018: 32).

Sin embargo, esta búsqueda por el sentido de los textos históricos, no puede derivar en la afirmación de que existen conceptos enmascarados y otros enmascarantes de una determinada, indubitable e indiscutible realidad política, sino que cuanto menos podríamos identificar una variedad de discursos, concepciones y perspectivas, entre las cuales una se impuso por fuerza de los acontecimientos, sea o no por mérito epistémico. Por un lado, la historia conceptual de tónica discursiva adoptada por Q. Skinner se opone entonces a dichas perspectivas historiográficas que presuponen “... que nuestro mundo social contiene objetos inequívocos y estados de cosas que cualquier sistema adecuado de signos puede esperar detectar...” (Skinner, 2002: 45), y considera que cuanto mucho, podríamos detectar hasta qué punto los estudios históricos actuales de los modos de pensamiento político, religioso estarían contaminados “... por la aplicación inconsciente de paradigmas cuya familiaridad, para el historiador, disfraza una inaplicabilidad esencial al pasado...” (Skinner, 2002: 59). Por otro lado, esta misma actitud metodológica le permite, a quienes adhieren a la historia conceptual de Q. Skinner, la posibilidad de criticar, objetar o bien desenmascarar aquellas historiografías cuyo “... punto de partida característico es establecer un tipo ideal de la doctrina dada...” y cuya meta es la de mostrar las máculas, imperfecciones o desvíos que la realidad histórica evidencia en

contraste con dicho ideal regulativo (Skinner, 2002: 62). En términos más específicos, la historia conceptual skinnereana esta interesada en evitar tanto la retrolepsis como la prolepsis, en tanto expresiones mitológicas denostables. En primer lugar, las y los investigadores acometerían retrolepsis cuando proyectan un uso semántico, término o constelación semántica del pasado a una situación del presente. En segundo lugar, la prolepsis quedaría configurada cuando deseamos proyectar retrospectivamente hacia el pasado un uso semántico, término o constelación semántica del presente como válida, indiscutible o verdadera hacia el pasado (Skinner, 2002: 73).

Por su parte, A. Reano y M. Garategaray se preguntan si "... ¿es posible hablar de un lenguaje político de la transición democrática en el mismo sentido en que la nueva historia intelectual piensa la categoría?... " (Reano y Garategaray, 2018: 31). A su consideración, la hipótesis a defender no es la de "... determinar la existencia de un lenguaje específico de la transición...", sino la de "... pensar las transiciones democráticas desde la perspectiva de los lenguajes políticos..." (Reano y Garategaray, 2018: 31). A nuestra consideración, como veremos más adelante, ambas hipótesis son relevantes, atendibles y razonables, al menos, en el marco de las transiciones norpatagónicas del período 1983-1987.

Del mismo modo que aconteció en el plano político nacional, los partidos políticos norpatagónicos se avocaron a la tarea de precisar un discurso político desde el cual sustentar la emergencia de nuevos gobiernos democráticos en el plano subnacional (Camino Vela; Rafart, 2019; Moroni, 2019; Olivares, 2019). Especialmente relevante fue la contraposición argumentativa que tanto en el plano nacional como subnacional se produjo desde 1979 a 1983 entre los partidarios de una democracia tutelada, restringida y conservadora, a los que se ha denominado como "monistas", en tanto partidarios del Movimiento de Opinión Nacional (MON), y quienes defendieron una democracia amplia, plural y humanitaria, a los que se ha catalogado como "pluralistas", en tanto militantes de la Multipartidaria (MP). En este sentido, monistas y pluralistas, brindaron una importante batalla argumentativa por el sentido predominante de ciertos términos políticos, tales como democracia, república y dignidad humana, en un espacio y lugar determinados por el descalabro de la legitimación del último gobierno dictatorial. En este específico contexto político discursivo transicional podríamos proyectar tres posibles tesis, hipótesis o análisis preliminares sobre las bondades de aplicar una historia conceptual, compleja y discursiva al estudio de las transiciones norpatagónicas.

En primer lugar, el enfoque historiográfico aquí asumido, nos permitiría vislumbrar la afrenta entre dos macroestructuras semánticas distintas, las cuales organizaban globalmente el significado del discurso político transitológico a los fines de imponer un modelo político comunicacional hegemónico que sea responsivo a su perspectiva de lo político (Aguirre y Morán, 2020). En esta misma línea, se ha señalado que una posible proyección analítica de sobre nuestro pasado político reciente nacional y subnacional, arrojaría que la *hegemonía del discurso político pluralista* durante el período 1979-1983 no solo constituiría la base retórica de sustentación de

la emergencia en 1983 de un nuevo gobierno democrático, sino también, el surgimiento de aquel perjudicial corsé teórico que ha impedido o bien condicionado la emergencia de plataformas electorales, reformas institucionales, desarrollos culturales y cívicos, que puedan ser calificados como republicanos participativos. En otras palabras, podría afirmarse, que la reducción poliárquica de la idea de democracia a un mecanismo de toma de decisiones únicamente definido por principio del voto mayoritario, ha coartado la posibilidad de que otras concepciones, expresiones y manifestaciones democráticas, de tipo republicanas se hagan presentes en nuestra historia política reciente (Olivares, 2019).

En segundo lugar, dicho *análisis contextual de los discursos políticos transicionales* nos permitiría comprender que más allá del poderío comunicacional y legitimación que en aquel entonces poseía el discurso militar, el mismo fue disputado por otros discursos políticos, los cuales se apropiaron de las categorías o términos políticos de aquel, pero mudando los usos semánticos que se les debía atribuir. La historia conceptual skinnereana señalaría que ello podría explicarse dado que más allá de cierta predominancia de un discurso político, siempre existen contraprestaciones argumentativas. Este tipo de análisis discursivo de nuestra historia política reciente nos permitiría evitar aquel reduccionismo propio de ciertos estudios teóricos politológicos de principios de 1990 que, en el contexto de la transición argentina, definían al concepto de democracia como el opuesto, inverso o antónimo de autocracia. En particular, como hemos adelantado, diversas y reconocidas historiadoras contemporáneas nos persuaden de la complejidad de los procesos transicionales subnacionales, siendo posible detectar en nuestro pasado reciente concepciones democráticas diversas, las cuales rivalizarían en diversos aspectos teóricos y prácticos.

En tercer lugar, retomando las consideraciones efectuadas por nuestras colegas A. Reano y M. Garategaray (2018: 311), consideramos, podrían ofrecerse algunos argumentos en defensa no solo de la hipótesis skinnereana más general de que las transiciones democráticas deben ser pensadas de forma interdisciplinaria complementando la métrica cuantitativa proveída por las ciencias políticas con la perspectiva histórica conceptual de los lenguajes políticos, sino también de aquella hipótesis más específica de que durante el período transicional democrático argentino, han existido lenguajes, semantizaciones y discursos específicos a la transición. En el presente trabajo, nuestra intención no es solo la de sustentar esta última hipótesis sobre los referidos avances acerca de cierta disputa argumentativa entre monistas y pluralistas durante el período 1979-1983, sino también la de señalar ciertos discursos transicionales subnacionales específicos al espacio político regional norpatagónico, lo cual, como hemos anticipado, desarrollaremos en el anteúltimo apartado de este artículo (IV).

Finalmente, como hemos señalado con anterioridad, la perspectiva discursiva del pasado reciente aquí asumida, se alimentaría de los presupuestos teóricos y metodológicos del *republicanismo*. Es por ello, que en el siguiente apartado nos tendremos a dar contenido a dicha concepción normativa, en tanto matriz teórica

desde la cual reconstruir intelectualmente las complejas transiciones democráticas subnacionales de La Pampa, Rio Negro y Neuquén propias del período 1983-1987.

III. El republicanismo en tanto concepción democrática contemporánea

A finales de 1960, contra postulados anarquistas y elitistas, R. Dahl sintetizó lo que él considero criterios necesarios y suficientes para que todo procedimiento de decisión sea considerado *democrático*. La primera formulación de los mismos aparecerá ya decantada en las obras de 1980: y permanecerá en su estructura básica hasta la obra cumbre del autor (Dahl, 1997: 135). Estos últimos son cinco criterios, a saber: 1) Participación efectiva; 2) Igualdad de los votos en la etapa decisoria; 3) Autonomía; 4) Control final de la agenda; 5) Inclusión de las y los ciudadanos (Dahl, 1997: 135-267).

El *pluralismo democrático* como base pragmática y normativa de sustentación, en su expresión más palmaria de la transición democrática argentina persistiría hasta la elección de Alfonsín como presidente de la nación en 1983. Al respecto, corresponde advertir que el presidente electo, asesorado por el filósofo C. S. Nino, delineó una política democrática dialógica que se distanciaba de la lógica pluralista antes mencionada, intentando profundizar, complejizar, multiplicar las metas democráticas⁴.

Hacia 1989, tras el final anticipado del gobierno alfonsinista, los analistas políticos argentinos adoptaron como marco normativo predilecto la particular interpretación que el cientista político español J. J. Linz ofreció de la teoría democrática pluralista de R. Dahl, aplicando entonces el esquema analítico poliárquico al estudio de las *transiciones democráticas* en Europa o América Latina y promoviendo activamente la parlamentarización de la política (Smith, 1997: 223). En este sentido, cabe afirmar que los estándares pluralistas, agregativos o cuantitativos de evaluación de las instituciones políticas pergeñados por J. J. Linz ocuparon incluso un rol preponderante en la reforma constitucional de 1994 donde predominó lo negocial (Nino, 1992, 1997).

Por su parte, en el marco de la discusión acerca de la transición democrática argentina, C. H. Gervasoni insiste en adoptar una definición mínima, empírica y *pluralista* de democracia, señalando que debemos "... imaginar a la democracia sólo en términos estrictamente políticos...", rechazando aquellas perspectivas de-

(4) Cabe señalar, que no obstante las ventajas, en términos de legitimidad y eficiencia que contra la perspectiva castrense decisionista del MON ostentaba el pluralismo democrático de la MN, ya en aquel entonces C. S. Nino sostenía que el sistema presidencial argentino desde la transición democrática poseía graves defectos de *legitimidad democrática*, originados ellos por la adopción de una concepción pluralista impropia de la democracia como base normativa justificatoria del diseño constitucional hiperpresidencial argentino. Los defectos normativos propios del presidencialismo argentino, bajo una concepción pluralista impropia de la democracia a los cuales refiere C. S. Nino son los siguientes: 1) dispersión de soberanía; 2) deficiente procesamiento del consenso colectivo; 3) mediación imperfecta; 4) apatía política; y 5) empobrecimiento del debate público (Nino, 1992: 577).

mocráticas más enriquecidas las cuales consideran que ciertos "... mínimos niveles de bienestar socioeconómico e igualdad..." constituyen "... un elemento central del concepto..." (Gervasoni, 2005: 99-100). Así, dicho autor y diversos politólogos insisten en que "... hay razones teóricas y prácticas para mantener la democracia y las condiciones socioeconómicas separadas, especialmente en el contexto de las provincias argentinas..." (Gervasoni, 2005: 100). En este sentido, C. H. Gervasoni afirma que "... al contrario de los hallazgos de la investigación a nivel nacional..." (Gervasoni, 2005: 100), "... no parece haber una asociación clara ni fuerte entre condiciones socioeconómicas de pobreza y autoritarismo en las provincias argentinas..." (Gervasoni, 2005: 102).

Por nuestra parte, como hemos anticipado en la introducción, la *concepción republicana* es el modelo normativo de legitimidad y libertad política que este trabajo adopta para evaluar las complejas transiciones democráticas norpatagónicas de La Pampa, Río Negro y Neuquén. A los fines de brindar un concepto sintético, podría definirse a la *democracia republicana* como aquel ideal político regulativo conforme el cual la legitimidad democrática de las normas, medidas e instituciones políticas depende de la existencia de cierta igual libertad política entre las y los ciudadanos. Dicha perspectiva, generalmente parte de una definición negativa del valor libertad política, entendiéndola como no dominación, es decir, como la no interferencia arbitraria en el curso político de acción de un sujeto individual o grupal (Gargarella, 2001). El republicanismo se enfrentaría a cierta perspectiva liberal agregacionista, pluralista o minimalista de la democracia. En este *versus*, los liberales minimalistas definen a la libertad política como la no interferencia en el curso individual de acción de las y los ciudadanos, mientras que los republicanos participativos definen a la libertad política como no opresión, afirmando que la mera no intromisión de los liberales minimalistas "... nunca puede ser suficiente, ya que siempre será necesario que el Estado se asegure al mismo tiempo de que sus ciudadanos no caigan en una condición de dependencia evitable de la buena voluntad de los demás..." (Skinner, 1998: 119).

Diversas formulaciones de una *concepción republicana* han sido defendidas por numerosos y reconocidos investigadores especializados en ciencia y filosofía política⁵.

Por un lado, entre los *cientistas políticos* cabe recuperar las voces de G. O'Donnell, H. Quiroga y M. C. Reigadas. En primer lugar, G. O'Donnell argumentaba que resulta necesario adoptar en nuestro análisis de los procesos de transición y consolidación democrática "... una dimensión republicana...", la cual se conectaría con la existencia de una *accountability horizontal* (AH) entre organismo de gobierno (Nogueira, 2012: 185). En este mismo sentido, se ha señalado que incluso "... la idea

(5) A los fines de una explicación algo más detallada de la *tradición política republicana* y su particular relación con los conceptos de democracia y constitución se recomienda consultar los recientes trabajos desarrollados por los teóricos políticos argentinos A. Rosler (2016) y O. Guariglia (2017).

de un Estado democrático de derecho no es factible sin la dimensión republicana o, lo que es lo mismo, la AH...” (Nogueira, 2012: 186). En segundo lugar, H. Quiroga señala que ni la democracia libertaria (meramente electoral) ni la democracia populista (puramente vertical) constituyen contextos políticos adecuados para garantizar el necesario avance en términos de legitimidad y estabilidad de la democracia argentina. H. Quiroga señala que la democracia decisionista y la democracia pluralista deben abandonarse y dar lugar a una democracia republicana donde se multipliquen y amplíen los contextos deliberativos de discusión y participación ciudadanas (Quiroga, 2008: 82-84). Este autor, sostiene que la calidad de la democracia, depende de la calidad de discusión pública existente entre ciudadanos y representantes (Quiroga, 2008: 83-84). En tercer lugar, M C. Reigadas señala que, dadas las condiciones normativas no ideales actuales de la sociedad democrática argentina, resulta necesario adoptar una justificación y diseño democrático que supere una “... definición minimalista, buscando nuevas formas de relación en los líderes y la gente, rechazando los modelos importados y procurando promover la democracia participativa...” (Reigadas, 2009: 257).

Por otro lado, entre las propuestas *filosóficas políticas* contemporáneas, las ofrecidas por P. Pettit, D. Gädeke y F. Muñoz León resultan paradigmáticas de la defensa de un modelo democrático republicano, aunque con ciertas notorias diferencias.

El mayor referente en materia de *neorepublicanismo* del mundo anglosajón, el filósofo político irlandés P. Pettit, ofrece ciertas definiciones de los conceptos de libertad política, legitimidad democrática y justicia social.

En primer lugar, P. Pettit define el concepto de libertad política como no dominación, es decir como aquel estatus conforme al cual las y los ciudadanos desarrollan su vida sin sometimiento al poder arbitrario de un agente estatal o particular. El concepto de libertad política entendida como no dominación tendría dos facetas normativas específicas, las cuales se corresponderían con los principios políticos de legitimidad democrática y justicia social.

En segundo lugar, la legitimidad democrática, referiría -en la obra de P. Pettit- a la aceptabilidad general por parte de la ciudadanía de ciertas normas, instituciones y medidas políticas fundamentales y tendría por objetivo promover la no dominación pública del Estado sobre los particulares.

En tercer lugar, la justicia social, aludiría a la genuina posibilidad de las y los ciudadanos de ejercer ciertas libertades básicas relacionadas con aspectos sociales, simbólicos y materiales y tendría por objetivo fomentar la existencia de una infraestructura apropiada para la distribución equitativa de ciertas libertades consideradas básicas (Pettit, 2012: 5-8, 187-306, 297-301). Los principios de legitimidad democrática y justicia social, en tanto dimensiones normativas ideales de la libertad política entendida como no dominación, se corresponderían en el plano normativo no ideal con una estructura institucional considerada apropiada, desde el enfoque republicano liberal defendido por P. Pettit, la cual podría ser definida como una democracia

mixta, híbrida o dual, en la cual se mantendría el andamiaje de frenos y contrapesos del constitucionalismo liberal moderno, con ciertos ajustes proclives a una mayor deliberación, participación y contestación ciudadana (Pettit, 2012: 243-292).

Sin embargo, en contraposición a la perspectiva republicana liberal asumida por P. Pettit, reconocidos filósofos políticos han expresado recientemente que existen interesantes conexiones conceptuales y normativas entre el republicanismo y la teoría crítica. En particular, han señalado que la libertad política entendida como no dominación puede interpretarse como una demanda normativa y metodológica orientada a la construcción de una cierta ética discursiva de propósitos prácticos transformadores. Desde esta perspectiva, D. Gädeke propone identificar un *republicanismo crítico*, con énfasis en el principio de legitimidad democrática, en tanto enfoque normativo capaz de identificar, evaluar y transformar ciertas relaciones de dominación de nuestras actuales sociedades democráticas (Gädeke, 2020: 23-24).

Más precisamente, D. Gädeke se propone reconstruir, complementar y redefinir la teoría republicana ofrecida por P. Pettit, efectuando tres pasos analíticos específicos.

En primer lugar, explicitar un enfoque discursivo de la noción de dominación política empleada por P. Pettit, el cual considera necesario reforzar mediante el estándar crítico de *reflexividad*. Aquí D. Gädeke, afirma considera que la noción de dominación sólo servirá como un concepto poderoso para el análisis social crítico si nos permite distinguir las *formas sistemáticas de negación del estatus de autoridad normativa* a un número considerable de personas, y no reemite solamente, como en la teoría de P. Pettit, a un *estado de control discursivo*, que se preocupa por las interferencias puramente oportunistas que condicionan parcialmente el curso de acción político individual de un ciudadano determinado (Gädeke, 2020: 29-34). De esta manera, "... una concepción de dominación contiene dos elementos principales: un informe de poder que captura la idea de una negación del estatus de una persona, y una explicación de las condiciones bajo las cuales este tipo de poder socava la autoridad normativa..." (Gädeke, 2020: 30). En otras palabras, D. Gädeke piensa que "... la explicación de Pettit sobre el poder de contestación no es capaz de comprender completamente esta dimensión porque no especifica la fuente de la capacidad de interferir..." (Gädeke, 2020: 32).

En segundo lugar, repensar la concepción republicana del concepto de dominación como ejercicio arbitrario del poder, lo que le permitiría definir la dominación como una situación de opresión estructuralmente constituida y reinterpretar la noción de arbitrariedad, no solo desde la noción de ciudadanía contestataria, sino también desde el concepto de *autoridad normativa*. En este tópico, D. Gädeke señala que la noción de *ciudadanía contestataria no garantizaría una verdadera participación cívica*, ya que delega muchos poderes al sistema representativo, funcionando como una *mano política invisible* que regula los intereses públicos de la república. En este sistema, serían solo los representantes, siguiendo las directrices deliberativas excep-

cionalmente establecidas por los ciudadanos, quienes pueden y deben identificar estos intereses comunes relevantes de la ciudadanía y generar las propuestas políticas correspondientes. La ciudadanía jugaría el mero papel de un panel de vigilantes que solo puede revisar algunas acciones extremadamente graves de sus representantes (Gädeke, 2020: 42-43). D. Gädeke afirma que la *no arbitrariedad material requeriría ir* más allá de la esfera de la libertad individual de elección, asegurando que los destinatarios de la ley también actúen y se perciban a sí mismos como verdaderos autores de la ley (Gädeke, 2020: 43-44).

En tercer lugar, repensar las instituciones de no dominación basadas en un *modelo de estricta separación funcional de poderes* que promueva activamente el ejercicio de la soberanía popular, en oposición a un sistema democrático mixto, híbrido o dual basado en la noción de ciudadanía contestataria como el defendido por el P. Pettit (Gädeke, 2020: 24-25). En este punto, D. Gädeke proyecta dos críticas en el sistema constitucional mixto de P. Pettit. Primero, afirma que un mero equilibrio de poderes como el que P. Pettit promueve “... sería incapaz de lidiar con las fuentes estructurales de dominación. Sigue dependiendo del frágil equilibrio entre los centros de poder sin cuestionar nunca las fuentes de estos poderes...” (Gädeke, 2020: 41). En segundo lugar, el ideal de un equilibrio horizontal de poder “...sigue siendo arbitrario en sí mismo en un sentido muy importante...”, porque no atiende a la existencia de una “... separación entre la aplicación de la ley en casos específicos y la formulación de normas generales...” (Gädeke, 2020: 42). Por el contrario, desde un enfoque republicano crítico, D. Gädeke afirma que garantizar la *no arbitrariedad formal requeriría* una separación estricta, vertical y funcional de los poderes políticos sometiendo a todos los representantes que componen los poderes legislativo, ejecutivo y judicial al mandato obligatorio emitido por los representados (Gädeke, 2020: 42).

Por su parte, sustentado sobre premisas neomarxistas, el filósofo político chileno F. Muñoz León promueve, al igual que D. Gädeke, un *republicanismo crítico*, el cual se conecta con una teoría constitucional capaz de generar un *nuevo arreglo social* que evite el *abuso* en sus diversas formas, no solo políticas. Al igual que para D. Gädeke, a F. Muñoz León le preocupan de sobremanera las condiciones estructurales de dominación, lo cual lo lleva a tematizar la manera en que el liberalismo interactúa con la desigualdad social, es decir, con la existencia de posiciones sociales de dominación y de subalternidad, produciendo un contexto que hace probable el *abuso* (Muñoz León, 2016: 12).

El republicanismo crítica, orientado especialmente a la satisfacción del principio justicia social, de F. Muñoz León, nos permitiría advertir que en nuestro actual contexto neoliberal resulta urgente volver la mirada hacia la noción de *agentes sociales*, dado que la consolidación global del libertarismo ha traído aparejada la consagración como sentido común dominante de una concepción sobre lo social radicalmente individualista, según la cual lo único que existe son los individuos (Muñoz León, 2016: 20).

En este sentido, F. Muñoz León advierte que las nociones de dominación y subalternidad son posiciones vinculadas entre sí por relaciones jerárquicas con lo cual son posiciones asimétricas que coexisten excluyéndose mutuamente. Resulta interesante señalar que conforme dicha teoría crítica, ambos términos opuestos involucran necesariamente un tercero excluido, a saber: la comunidad de iguales, idea que evoca la inexistencia de posiciones de dominación y subalternidad (Muñoz León, 2016: 20-21).

Es desde esta perspectiva republicana crítica, que F. Muñoz León otorga un rol fundamental a cierta *agencia política discursiva colectiva*, señalando que la idea de *soberanía popular* debe ser tenida como la premisa fundamental del constitucionalismo, razón por la cual promueve un sistema político en el que todo integrante de la comunidad política tenga la expectativa razonable de que sus planteamientos sobre lo constitucional sean suficientemente considerados por los demás ciudadanos y por sus autoridades (Muñoz León, 2016: 49).

Recapitulando pues, el *republicanismo* nos ofrecería así tres valiosos aportes, en materia de *normatividad, historicidad y discursividad* de la política y lo político.

En primer lugar, *desde una perspectiva normativa republicana de lo político*, la aplicación de dichos criterios normativos evaluativos de libertad política y legitimidad democrática a aquellos complejos procesos transicionales norpatagónicos permitiría detectar cuáles normas, diseños institucionales o medidas políticas, introdujeron, aumentaron, disminuyeron o erradicaron la dominación política del Estado Nacional sobre dichos Estados provinciales, o bien de un Estado provincial sobre otro, teniendo en consideración su particular morfología política federal.

En segundo lugar, *desde una perspectiva histórica*, el republicanismo nos permitiría detectar ciertas borraduras, encubrimientos y oclusiones de sujetos, discursos y procesos, efectuados por parte de las y los defensores de cierta historiografía liberal, nacionalista y homogeneizante que hunde sus raíces más profundas en el siglo XIX.

En tercer lugar, *desde una perspectiva discursiva*, podríamos detectar en el ámbito político subnacional norpatagónico una genuina variedad, diversidad y multiplicidad de expresiones políticas republicanas, las cuales dotarían de especificidad discursiva a los gobiernos pampeano, rionegrino y neuquino del período 1983-1987. Este tercer atractivo, ventaja u aporte emergente de la adopción de una matriz analítica discursiva republicana constituirá el epicentro del próximo apartado (IV).

IV. Discursos republicanos en las transiciones democráticas norpatagónicas

Tal como hemos señalado, los primeros estudios latinoamericanos sobre transición y consolidación democrática, efectuados hacia fines de los 80 y principios de los 90 del siglo XX, partiendo de un enfoque teleológico centralista, se movían en los extremos conceptuales de autocracia y democracia, otorgaban escasa relevancia al factor discursivo y empleaban como perspectiva indiscutida de análisis una de-

finición minimalista de democracia. Esta constatación metodológica y conceptual de vigencia internacional ha cobrado especial interés para el análisis del caso argentino atento su reciente pasado dictatorial (Feld y Franco, 2014). En este sentido, la historia política del pasado reciente ha construido una nueva interpretación del proceso argentino de transición y consolidación democrática que hace hincapié en los fenómenos políticos discursivos, rechaza la adopción de una perspectiva histórica teleológica y recurre a una definición enriquecida de democracia (Reano y Garategaray, 2018, 2020). A su vez, recientes estudios historiográficos han evidenciado la necesidad de precisar la existencia de diversas modalidades, particularidades y paradojas, propias de cada región y provincia, proponiendo un enfoque subnacional. En otras palabras, destacados investigadores afirman que en Argentina no habría existido una única transición y consolidación democrática sino varias, pudiendo identificarse diversos grados de avances en los procesos provinciales de construcción de legitimidad democrática (Camino Vela y Rafart, 2014; Ferrari y Gordillo, 2015).

La adopción de esta nueva, desafiante y compleja mirada de los procesos políticos transicionales norpatagónicos, junto con ciertas herramientas antes precisadas de la historia conceptual de lo político, nos permitiría identificar, detectar y reconstruir con mayor precisión ciertas variaciones conceptuales en términos políticos de relevancia, tales como democracia, derechos humanos, república y republicanism. En particular, en el presente apartado nos detendremos a explicitar someramente las principales trazas retóricas de *tres discursos políticos calificables como republicanos*, los cuales se condicen con las expresiones políticas discursivas de los gobiernos democráticos ejercidos en La Pampa, Rio Negro y Neuquén en el período 1983-1987.

En primer lugar, consideramos que podría calificarse al discurso político sostenido por R. H. Marín, en tanto gobernador de la provincia de La Pampa en el período 1983-1987, como *republicano social*, bienestarista o comunal, atento la especial relevancia que ocupa en el mismo las nociones de justicia social, bien común y comunidad. La noción de *justicia social* se proyecta en el discurso de R. H. Marín como presupuesto fundamental de la democracia pampeana recuperada al señalar que "... el mandato fundamental que hemos recibido los gobernantes por sobre los matices partidarios es el de contribuir a la construcción de una democracia estable como marco de una convivencia pacífica y plena de justicia social..." (Marín, 1983: 16).

La democracia allí proyectada se piensa no solo como social, sino también *republicana popular*, explícitamente plebeya, superadora de lo meramente liberal agregativo, lo cual se evidencia cuando en su discurso de asunción gubernativa advierte que no debiera de reducirse "... el ejercicio democrático al mero acto electoral...", ya que ello implicaría contentarnos "... con una caricatura de estructuras vacías...", o bien significaría "... detenemos en las formalidades sin prestar atención a los objetivos trascendentes..." (Marín, 1983: 16). En otros términos, la naciente democracia pampeana es pensada no solo como una forma política, una república subnacional, sino que se piensa como "... una democracia que implique una forma de vida y que permita por intermedio de las organizaciones políticas y

sociales la participación del pueblo en la toma de decisiones y en la ejecución de las mismas...” (Marín, 1983: 16). Esta línea argumentativa abre paso a la inclusión de la noción de comunidad política, como parte esencial de la discursividad republicana del gobierno transicional pampeano. En palabras del propio gobernador, se aspiraba “... a una democracia que configure una realidad superior a una forma de gobierno. Que sea la resultante de un tipo de comunidad que refleje acabadamente los anhelos históricos de nuestro pueblo...” (Marín, 1983: 17).

Uno de los tópicos fundamentales del republicanismo clásico, como es el de bien común, es abordado por el gobernador ingresante en funciones, lo cual se percibe al advertir que la democracia pampeana debía “... nutrirse de una ética social preservadora de la dignidad humana que permita al hombre desplegar todas sus potencialidades creativas, articulando los derechos individuales con los de la comunidad, en la construcción del bien común...” (Marín, 1983: 16-17).

La noción de libertad política entendida como no dominación, opresión o sometimiento, emerge con claridad cuando R. H. Marín afirma que el pueblo pampeano “... ha demostrado que no tiene amor por ninguna clase de servidumbre y opresión. Por eso también queremos hoy declarar frente al pueblo de La Pampa, que no queremos relaciones opresivas del poder, sino las que favorezcan la justicia y la búsqueda de la verdad...” (Marín, 1983: 17). En este mismo sentido, el flamante gobernador pampeano señala que “... la garantía, contra cualquier opresión oligárquica, del signo ideológico que fuere, solo sobrevendrá con la participación de todos...” (Marín, 1983: 17).

En segundo lugar, consideramos que podría calificarse al discurso político sostenido por O. Álvarez Guerrero, en tanto gobernador de la provincia de Río Negro en el período 1983-1987, como *republicano deliberativo*, dialógico o discursivo, atento la especial relevancia que ocupa en el mismo las nociones de soberanía popular, participación cívica y deliberación democrática.

La concepción republicana deliberativa explicitada en los discursos políticos de O. Álvarez Guerrero se evidencia al referirse a la noción de *soberanía popular* y su conexión con la ideas de democracia constitucional y de revolución política, al afirmar que el restablecimiento del “... respeto a la soberanía popular, de la vigencia de las libertades públicas e individuales significa luego de la etapa de la dictadura una auténtica transformación revolucionaria...” (Álvarez Guerrero, 1983: 6).

Es en su discurso de asunción gubernativa que O. Álvarez Guerrero define con precisión que entiende por *democracia* señalando que su concepción republicana deliberativa “... incluye tres elementos constitutivos determinantes: primero, la libre participación de todos los miembros de la sociedad en la gestión de los asuntos públicos; segundo, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley; tercero, el pluralismo de opciones políticas...” (Álvarez Guerrero 1983: 7).

El referido republicanismo deliberativo, robusto y participativo del gobernador rionegrino abreva de las teorizaciones de H. Arendt. Ello queda evidenciado cuando afirma que el aislamiento, individualismo y desconexión social al que nos convoca el libertarismo, ha sido "... cómplice del feroz autoritarismo político militar de la dictadura que sufrió el país en estos últimos años...", ello dado que "... como afirma Hanna Arendt el aislamiento suele ser el inicio del terror. Es, ciertamente, su más fácil terreno, es como si dijéramos pretotalitario (Álvarez Guerrero, 1983: 8).

El *carácter participativo* de dicho modelo democrático republicano deliberativo emerge con claridad cuando el flamante gobernador rionegrino advierte que "... después de tantos años de autoritarismo resulta imprescindible que la soberanía popular se exprese no solamente través de las instituciones políticas...", siendo necesario asumir una concepción de participación ciudadana que vaya aún más allá, "... elevando al máximo posible la representatividad de mayorías y minorías, permitiendo que cada ciudadano y cada sector social y económico realice una coordinada y armónica labor estructural..." (Álvarez Guerrero, 1983: 9).

El republicanismo deliberativo, evidenciado en los discursos políticos del referido gobernador rionegrino, se manifestaba como claramente antipopulista, antimagógico y anticaudillista, lo cual, al igual que en otros discursos alfonsinistas, se traslucía en el notorio rechazo a modelos, prácticas, normas, instituciones o medidas políticas personalistas y antagonistas que piensan a la ciudadanía como un todo homogéneo y orgánico. En este específico sentido, O. Álvarez Guerrero enfatiza que "... en una democracia republicana y representativa, la unión nacional, como necesidad ética colectiva, es (...) solamente un punto de partida. Sólo se verifica y se concreta esta unión nacional en la medida en que exista el pluralismo ideológico, el diálogo y la discusión..." (Discurso, 1987: 21-22). Así, como puede apreciarse la noción de pueblo es plural, no homogeneizante, la noción de ciudadanía es participativa, no representativa, y el republicanismo democrático defendido es deliberativo, dialógico o comunicativo, en tanto carácter o rasgo definitorio que lo distancia de aquellas formas autocráticas, sean oligárquicas o populistas. Al respecto, el novel gobernador rionegrino señalaba que mientras los sistemas autoritarios siempre se muestran rígidos, indóciles, inflexibles y concentran el poder comunicativo, los sistemas democráticos republicanos son flexibles, dinámicos, heterogéneos y descentralizan los procesos comunicativos (Álvarez Guerrero, 1992: 20).

En tercer lugar, consideramos que podría calificarse al discurso político sostenido por F. Sapag, en tanto gobernador de la provincia de Neuquén en el período 1983-1987, como *republicano agonal*, conflictual o adversarial atento la relevancia que ocupa en el mismo las nociones de centralismo, provincialismo y enemigo político.

El carácter agonal, disputatorio, o confrontativo de los discursos del gobierno transicional neuquino del referido período, estaba dirigido a crear un enemigo, un *versus*, una otredad denostable, a saber el centralismo nacional, el cual era a juicio de F. Sapag ejemplificado con las políticas económicas del alfonsinismo. La meta de

ganar en soberanía económica a nivel provincial, es encarada por el flamante gobernador neuquino con una concepción homogeneizante del pueblo, y de rivalidad sin cuartel con las medidas del gobierno nacional. Ello puede apreciarse cuando, en su discurso de asunción gubernativa F. Sapag promete que promoverá la valorización y recuperación de los recursos material que se apropia la nación, siendo decisivo contar con "... la participación del pueblo en esta gesta. Si el gobierno, además de su capacidad de acción y planificación, encuentra el apoyo de los neuquinos movilizadas, en paz pero con decisión, entonces los logros estarán garantizados: conservaremos la democracia..." (Sapag, 1983: 270).

La discursividad confrontativa, agonística y disputativa se percibe también en la calificación del Neuquén como una república subnacional capturada, atada o limitada por los intereses políticos nacionales del centralismo. Esta situación se expresa nítidamente en aquel pasaje discursivo donde F. Sapag le señala a las y los legisladores entonces presentes que él y sus subordinados tomaron "... el compromiso de rescatar a Neuquén para que deje de ser un juguete de la burocracia central..." (Sapag, 1983: 270). El calificativo de *republicanismo confrontativo* de F. Sapag tiene entonces su razón de ser, *republicanismo* porque respetaba las instituciones, formas y mecanismos formales de dicha forma gubernativa, al menos en los aspectos principales, sin promover una democracia de alta intensidad, y confrontativo, porque tomando ciertos elementos de una lógica discursiva populista, se construye sobre una rivalidad, un *versus* o enfrentamiento inexpugnable, donde la Nación es el otro oligárquico, y la neuquindad es el supuesto nosotros plebeyo. La denuncia era la vía privilegiada de construir la política, siendo formulada en términos retóricos y adquiriendo connotaciones de gran intensidad, como cuando se señalaba que "... con la excusa de la instalación de grandes obras de infraestructura se acrecentó la injusticia y se aumentó el drenaje de riquezas a través de gasoductos, electroductos y oleoductos, que ayudan a aumentar la acumulación en la Pampa Húmeda, a costa del subdesarrollo del Neuquén..." (Sapag, 1983: 270).

La salida de la encerrona centralista era entonces la de promover "... la vigencia del federalismo...", considerado "... la única respuesta política válida a ese complejo mecanismo de desigualdades (...) que es el centralismo..." (Sapag, 1983: 270). El objetivo principal del movimiento defensor de la neuquindad, en tanto identidad homogénea indiscutible, era la de dejar de ser "... ciudadanos de segunda o tercera...", o bien la de acabar aquel "... espectáculo de la permanente negación..." de ciertos derechos regionales (Sapag, 1983: 270).

El espíritu confrontativo de la democracia republicana, en sentido formal, retórica o de baja intensidad, se percibe en la exhibición de una supuesta ejemplaridad en el plano de la reconfiguración postdictatorial del Poder Judicial, el cual es elevado a la categoría de cenáculo de paladines de cierto republicanismo conservador, lo cual se promovía mediante frases solemnes, de fuerte intencionalidad política. En este sentido, el gobernador prometía "... el fortalecimiento del Poder Judicial, como meta esencial del hombre frente al Estado de Derecho, garantizando su independen-

cia de los otros Poderes del Estado provincial, dentro del marco constitucional...” (Sapag, 1983: 271). Aquí el *versus*, enfrentamiento o bien disputa se coloca al interior del ámbito político provincial, proponiendo entonces un aparato judicial capaz de someter a su voluntad, incluso a espaldas del electorado, a los dos poderes representativos de la ciudadanía.

Finalmente, en plena escena de reconstrucción, consolidación y fortalecimiento de las instituciones democráticas, el gobierno neuquino alimentaba las sombras de un oscuro futuro, señalando en sus discursos marcadores de lo que parecía una apocalipsis nacional, el cual era directamente fogueado, aunque con fingida medida, afirmando por ejemplo frases tales como “... nuestra patria atraviesa sus momentos más difíciles...”, “... los argentinos nos encontramos directa, dramáticamente, frente a la crisis más profunda de nuestra historia en la que los problemas económicos surgen como prioridad...” (Sapag, 1984: 288). La supuesta, fingida o demagógica medida surgía cuando la gobernación colocaba como único límite al reclamo frente a las autoridades nacionales el de la forma democrática, lo cual dejaba librado un sinfín de estrategias, argumentos y mecanismos políticos destructivos de una genuina convivencia social. Aunque de forma algo velada, en aquel entonces el gobernador neuquino señalaba “... no han pasado cinco meses y ya parece que hay sectores que descubrieron su enemigo en el gobierno central...” (Sapag, 1984: 288). La calificación de enemigo asumía entonces cierta dualidad en el discurso de la neuquindad. Por un lado, era considerado razonable, racional y legítimo considerar al gobierno nacional como un enemigo electoral, político o partidario, atento las afrentas que en materia de recursos naturales propinaba, a juicio de F. Sapag, contra su provincia. Por otro lado, era desleal, inaceptable e ilegítimo combatir a ese mismo enemigo político, del cual no se disputaba su mezquindad, con medios, mecanismos o formas antidemocráticas. En todo caso, resulta indiscutible a nivel de análisis discursivo, que la diada, dualidad o par ordenado amigo/enemigo de tónica decisionista estaba presente (García, 2018: 113).

En síntesis, en el presente cuarto apartado (IV) hemos atendido a la diversidad, complejidad y especificidad de los discursos republicanos enunciados durante el período 1983-1987 en el espacio geopolítico norpatagónico de las provincias de La Pampa, Río Negro y Neuquén, haciendo énfasis en aquellos aspectos que les vuelven particulares, lo cual nos ha permitido calificarles respectivamente como social, deliberativo y agonal, lo cual resulta plenamente consistente con la vocación interdisciplinaria que ha adoptado la historia subnacional del pasado político reciente.

V. Conclusión

En el presente trabajo hemos esbozado cuatro presupuestos conceptuales y metodológicos constitutivos de una agenda investigativa en desarrollo.

En primer lugar, nos hemos propuesto analizar las transiciones políticas norpatagónicas como tópico inscripto en la línea general de investigación conocida como

historia política del pasado reciente, lo cual nos ha convocado a trazar una periodización específica (1983-1987), un enfoque metodológico interdisciplinario subnacional y una concepción republicana de la democracia.

En segundo lugar, en lo atinente al *enfoque subnacional* adoptado, consideramos apropiado advertir que "... si bien los análisis sobre la reorganización democrática desde la escala provincial atraviesan por una etapa de creciente producción académica (...) es preciso profundizar los esquemas interpretativos e incluir las interacciones ocurridas en los espacios extracéntricos o periféricos para la mirada historiográfica nacional..." (Moroni, 2019: 14).

En tercer lugar, tal como anticipamos, defendimos una lectura ampliada o enriquecida de la idea de democracia representativa, la cual pretende ser superadora de una concepción pluralista o poliárquica de la misma (Dahl, 1997). Al respecto, siguiendo a los más destacados científicos y filósofos políticos que se han abocado al estudio de la transitología argentina (O'Donnell, 1993; Quiroga, 2008, Nino, 1992), empleamos una *concepción republicana de la democracia*, la cual coloca el foco en los procesos públicos, abiertos y provisorios de justificación política que se producen entre ciudadanos y representantes (Gargarella, 2001).

En tercer lugar, con relación al énfasis colocado en el *aspecto discursivo*, cabe señalar que la meta ha sido demostrar la insuficiencia, imprecisión y reduccionismo de aquellas lecturas del pasado reciente que toman los discursos políticos victoriosos como los únicos existentes, desconociendo, menospreciando o bien infravalorando los rivales discursivos que ofrecían argumentos de relevancia en su contra (Majul, 2020: 46).

Ahora bien, ¿cuáles serían las hipótesis exploratorias posiblemente emergentes de aquellos cuatro presupuestos teóricos?

Al respecto, consideramos que la adecuada integración de la referida metodología interdisciplinaria, enfoque subnacional, concepción normativa e historiografía discursiva, nos permitiría justificar la prospección de las siguientes cuatro *hipótesis exploratorias*: a) *la historia política del pasado reciente* aquí proyectada, nos permitiría enfatizar en la necesidad de otorgar un rol fundamental al aspecto político discursivo como dimensión fundamental de una adecuada reconstrucción intelectual de los referidos procesos transicionales norpatagónicos, rechazando así una perspectiva reduccionista de los fenómenos históricos políticos, conforme la cual solo debemos atender a los hechos empíricos, sin dar lugar a los discursos ni a las disputas normativas del período sujeto a investigación; b) *el análisis subnacional de los fenómenos políticos discursivos* acaecidos durante la transitología norpatagónica no podría desatender los aportes generados en materia de discursos monistas, pluralistas y republicanos durante los gobiernos democráticos pampeano, rionegrino y neuquino del período 1983-1987; c) *la historia política del pasado reciente*, específicamente atinente a las transiciones democráticas norpatagónicas, no podría desconocer las conflictivas consecuencias analíticas generadas por la predominancia de una

perspectiva politológica obsesionada por *una concepción democrática pluralista o poliárquica*; y d) el análisis político discursivo subnacional visibilizaría *un genuino archipiélago de expresiones políticas republicanas en la región norpatagónica*, ganando así en complejidad el estudio de las semantizaciones en disputa de conceptos políticos fundamentales tales como democracia, derechos humanos y república durante el período transicional 1983-1987.

Finalmente, como han señalado diversas colegas, en materia de estudios sobre *las transiciones democráticas norpatagónicas*, restan diversas tareas pendientes entre las cuales destaca la de deconstruir aquella mirada politológica nacionalista, pluralista y unidisciplinar aún predominante entre nosotros. Esperamos que las lecturas, hipótesis y tesis exploratorias proyectadas en este trabajo contribuyan genuinamente a dicho complejo proceso de reinterpretación del pasado norpatagónico político reciente.

VI. Bibliografía

AGUIRRE, G. R. - MORÁN, S. (2020), "Historia conceptual", en Nosetto, L. y Wieczorek, T., *Métodos de teoría política. Un manual*, IIGG-CLACSO, Buenos Aires.

ÁLVAREZ GUERRERO, O. (1983), "Mensaje del Señor Gobernador a la Honorable Legislatura de la Provincia de Río Negro", *Diario de Sesiones*, Reunión III, 3º Sesión especial del 11/12/1983.

ÁLVAREZ GUERRERO, O. (1992), *Las máscaras del poder*, T.1, CEAL, Buenos Aires.

CAMINO VELA, F. - RAFART, G. (2014), "La Patagonia en la transición: el 83 y las tres décadas de democracia electoral", *Revista de Historia*, Nº 15.

CAMINO VELA, F. (2019), "Actores políticos partidarios de la transición democrática en Río Negro", en Moroni, M., *Actores políticos y reorganización partidaria en la Patagonia (1980-1983)*, EdUNLPam, Santa Rosa.

CANELO, P. (2016), *La política secreta de la última dictadura argentina (1976-1983)*, Edhasa, Buenos Aires.

CHAMBERS, S. (2003), "Deliberative Democratic Theory", en *Annual Review of Political Science*, Nº 6.

DAHL, R. (1997), *Democracy and Its Critics*, New Haven, Yale, USA.

FAVARO, O. - CAO, H. (2005), "Los estados provinciales. Una conceptualización provisoria", en *Sujetos sociales y políticas. Historia reciente de la Norpatagonia Argentina*, CEHEPYC, Buenos Aires.

FAVARO, O.- SCURI, M. C. (2005), "La trastienda de la Historia Regional", en *Sujetos sociales y políticas. Historia reciente de la Norpatagonia Argentina*, CEHEPYC, Buenos Aires.

FAVARO, O. - IUORNO, G. (2010), *El arcón de la historia reciente en la Norpatagonia argentina. Articulaciones de poder, actores y espacios de conflicto (1983-2003)*, Biblos, Buenos Aires.

FELD, C. - FRANCO, M. (2014), *Democracia, hora cero. Actores, políticas y debates en los inicios de la posdictadura*, FCE, México D.F.

FERRARI, M. - GORDILLO, M. (2015), *La reconstrucción democrática en clave provincial*, ProHistoria, Rosario.

FERRARI, M. (2016) "Perspectivas subnacionales en historia reciente", en Mauro, S, Ortiz de Rozas, V. y Paratz, M. (Comps.), *Política Subnacional en Argentina: enfoques y problemas*, UBA Sociales, Buenos Aires.

FRANCO, M. (2015), "La 'transición a la democracia' en la Argentina frente a las cristalizaciones de la memoria", *Revista Caravelle*, Vol. 104.

FRANCO, M. (2017), "La transición argentina como objeto historiográfico y como problema histórico", *Ayer: Revista de Historia Contemporánea*, Vol. 107, N° 3.

FRANCO, M. - LVOVICH, D. (2017), "Historia Reciente: apuntes sobre un campo de investigación en expansión", *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani*, N° 47.

GÄDEKE, D. (2020), "From Neo-Republicanism to Critical Republicanism", en Leipold, B. - Nabulsi, K. - White, S. (Coords.), *Radical Republicanism. Recovering the Tradition's Popular Heritage*, Oxford, Oxford.

GAMBAROTTA, E. (2017), "La multipartidaria y su división de lo político. Análisis del discurso de los partidos políticos en la transición a la democracia argentina", *PostData*, Vol. 22, N° 2.

GARGARELLA, R. (2001), "El republicanismo y la filosofía política contemporánea", en Boron, A. (Comp.), *Teoría y Filosofía Política. La tradición clásica y las nuevas fronteras*, Buenos Aires: CLACSO.

GERVASONI, C. H. (2005), "Poliarquía a nivel sub-nacional. Aspectos conceptuales y normativos en el contexto de las democracias federales", *Colección*, N° 16.

GONZÁLEZ BERTOMEU, J. F. (2008), "Notas sobre federalismo", en Gargarella, R. (Coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo I: Democracia, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

GUARIGLIA, O. (2017), *Democracia, república, oligarquía. Origen, concepto y prospectiva de unos regímenes en constante mutación*, Buenos Aires, Edhasa.

MAJUL, O. (2020), "Historia de las ideas", en Nosetto, L. y Wieczorek, T. *Métodos de teoría política. Un manual*, Buenos Aires: IIGG-CLACSO.

MARÍN, H. R., (1983), “Mensaje del Señor Gobernador a la Honorable Cámara de Diputados”, *Diario de Sesiones*, Cámara de Diputados de La Pampa, 3º Reunión, 2º Sesión Especial del 11/12/83.

MAURO, S. - ORTIZ DE ROZAS, V. - PARATZ, M. (Comps.) (2016), *Política Subnacional en Argentina: enfoques y problemas*, UBA Sociales, Buenos Aires.

MORONI, M. (2019), “Dinámica política y actores partidarios en los últimos años de la dictadura en La Pampa (1980-1983)”, en MORONI, M. *Actores políticos y reorganización partidaria en la Patagonia (1980-1983)*, EdUNLPam, Santa Rosa.

MORONI, M. (2020), “Derivas subnacionales de la Multipartidaria: activación política y consensos sociales en la transición a la democracia (La Pampa, Argentina, 1981-1983)”, *Tempo & Argumento*, Vol. 12, Nº 29.

MUÑOZ LEÓN, F. (2016), *Hegemonía y Nueva Constitución. Dominación, subalternidad y proceso constituyente*, Ediciones UACH, Valdivia.

NINO, C. S. (1992), *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires.

NINO, C. S. (1997), *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.

NOGUEIRA, M. E. (2012), “Ciencia y profecía: autoritarismo, democracia y Estado en tres textos de Guillermo O’Donnell”, en *Temas y Debates*, Año 16, Nº 24.

NOSETTO, L. - WIECZOREK, T. (2020), “Instrucciones de uso”, en Nosetto, L. y Wieczorek, T., *Métodos de teoría política. Un manual*, IIGG-CLACSO, Buenos Aires.

NOVARO, M. (2011), “Decisionismo transicional y programático en Argentina y América Latina” *Revista Diálogo Político*, Año XXVIII, Nº2.

O’DONNELL, G. (1993) “Estado, democratización y ciudadanía”, *Revista Nueva Sociedad*, Nº 128.

O’DONNELL, G. (2009), *El Estado burocrático autoritario*, Prometeo, Buenos Aires.

O’DONNELL, G. (2011), *Modernización y autoritarismo*, Prometeo, Buenos Aires.

OLIVARES, N. E. (2019), “Discursos políticos en pugna en la transición a la democracia en La Pampa”, en MORONI, M. *Actores políticos y reorganización partidaria en la Patagonia (1980-1983)*, EdUNLPam, Santa Rosa.

ORTIZ DE ROZAS, V. (2016a), “La democracia argentina en clave subnacional: nuevos objetos de estudio e interpretaciones sobre el Estado, los partidos políticos y las elites políticas”, en Mauro, S. - Ortiz de Rozas, V. - Paratz, M. (Comps.) *Política Subnacional en Argentina: enfoques y problemas*, UBA Sociales, Buenos Aires.

ORTIZ DE ROZAS, V. (2016b), “Los estudios sobre política subnacional en Argentina: un recorrido por diferentes disciplinas y perspectivas sobre los aportes de una escala de análisis y su afinidad con un enfoque centrado en los actores políticos y sus prácticas”, *Cuadernos de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales*, Nº 50.

PETTIT, P. (2012), *On the People's Terms: A Republican Theory and Model of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge.

PITTALUGA, R. (2017), "Ideas (preliminares) sobre la «historia reciente»", *Ayer*, Vol. 107, N° 3.

QUIROGA, H. (2008), "Los vaivenes de la democracia argentina", *Cuadernos de Estudios Latino-Americanos*, N° 6.

RAFART, G. (2019), "Neuquén y su transición (1980-1983)" en Moroni, M. *Actores políticos y reorganización partidaria en la Patagonia (1980-1983)*, EdUNLPam, Santa Rosa.

RAFART, G. (2021), *El MPN y los otros. Partidos y elecciones en Neuquén, 1983 a 2019*, General Roca: Publifadecs.

REANO, A. - GARATEGARAY, M. (2018), "La democracia como lenguaje político de la transición. Avances en la construcción de una perspectiva de análisis", *Prismas*, N° 22.

REANO, A. - GARATEGARAY, M. (2020), "La transición democrática en debate. Una propuesta teórico-metodológica para el análisis de las transiciones latinoamericanas", *Izquierdas*, N° 49.

REIGADAS, M. C. (2009), "El debate de la post-transición democrática en América Latina. Política expresiva, neopopulismo y calidad institucional", en Wester, Jutta - Pérez Zavala, C. (Eds.), *Homenaje a Dorando Michelini*, ICALA, Río Cuarto.

ROSLER, A. (2016), *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, Katz, Buenos Aires.

SAPAG, F. (1983), "Mensaje del Señor Gobernador a la Honorable Legislatura", en Sapag, F. *El desafío*, Fundaneu, Neuquén.

SAPAG, F., (1984), "Mensaje del Señor Gobernador a la Honorable Legislatura", en SapaG, F. *El desafío*, Fundaneu, Neuquén.

SKINNER, Q. (1998), *Liberty before liberalism*, Cambridge U.P., Cambridge.

SKINNER, Q. (2002), *Visions of Politics*, Vol. 1: Regarding Methods, Cambridge U.P., Cambridge.

SMITH, M. (1997), "El pluralismo", en Marsh, D. - Stoker, G. (Eds.), *Teoría y Métodos de la Ciencia Política*, Alianza Editorial, Madrid.

LA INFLUENCIA LIBERTARIA DE LOS CONSTITUYENTES GADITANOS EN LA CODIFICACIÓN PENAL DEL TRIENIO LIBERAL. DEL “TRÁGALA” AL DEBATE SOBRE LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD*

THE LIBERTARIAN INFLUENCE OF THE CADIZ CONSTITUENTS IN THE CRIMINAL CODE DURING THE LIBERAL TRIENNIUM. FROM THE “TRÁGALA” (FORCED TO ACCEPT OR ENDURE) TO THE DISCUSSION OF THE DIGNITY OF PRISONERS

David Martín-Herrera**

*El Estado, no menos que de soldados que le defiendan,
necesita de ciudadanos que ilustren a la nación y
promuevan su felicidad con todo género de luces y conocimientos.
Así que uno de los primeros cuidados que deben ocupar a
los representantes de un pueblo grande y generoso es la educación pública****

Resumen: En este trabajo se realiza una aproximación histórico-jurídica a lo que era la España de la época liberal para poder comprender el alcance jurídico y social de aquel período. Situados en aquel complejo contexto, y siguiendo la actividad legislativa de aquellos años, se esboza la influencia del liberalismo español en la redacción del primer texto constitucional y la primera codificación penal, prestando especial atención a los debates legislativos en torno al tratamiento de los detenidos y su dignidad. Finalmente se discute al respecto de la efectividad de aquella codificación, su vigencia y legado.

* Trabajo recibido el 1 de marzo de 2023 y aprobado para su publicación el 28 del mismo mes y año. La presente cotribución refleja parte de los resultados de un estudio desarrollado bajo el proyecto de I+D+i: DER2017-84733-R sobre “Partidos políticos: origen, función y revisión de su estatuto constitucional”.

** Doctor internacional en Derecho y Ciencias Sociales por la UNED (Universidad Nacional de Educación a Distancia). Profesor de la UNED, acreditado por la ANECA en el área del Derecho Constitucional en la figura de Profesor Contratado Doctor. Ha sido visitante en prestigiosas universidades y centros de investigación internacionales tales como United Nations Office on Drugs and Crime, Universität Luzern, Irish Centre for Human Rights, etc. Posee numerosas publicaciones.

*** ARGÜELLES, A. Informe Quintana, Plan General de Instrucción Pública de 1809, Discurso preliminar de la Constitución de 1812 (<https://dpej.rae.es/lema/educaci%C3%B3n-en-la-constituci%C3%B3n-de-1812>).

Palabras-clave: Constitucionalismo - Codificación penal - Libertad de prensa - Derechos de los reclusos - Tortura.

Abstract: In this work a historical-legal approach is carried out to what was the Spain of the liberal era in order to understand the legal and social scope of that period. Located in that complex context and following the legislative activity of those years, is outlined the influence of Spanish liberalism in the drafting of the first constitutional text and the first criminal codification, paying special attention to the legislative debates about the treatment of the arrested and their dignity. Finally, it is discussed regarding the effectiveness of that coding, its validity and legacy.

Keywords: Constitutionalism - Criminal codification - Freedom of the press - Prisoners' rights - Torture.

Sumario: I. Introducción. II. Aproximación histórico-jurídica a la primera España constitucional y revolucionaria. 1. Las Juntas y el establecimiento de la primera asamblea constituyente española. III. Nacimiento y ocaso de la primera España democrática. Constitución española de 1812. III. 1. Fundamentos y principios del primer texto constitucional español. III. 2. Del nacimiento del principio de igualdad. III.3. De la distinción de los derechos civiles, sociales y culturales. III. 4. De la administración de la justicia criminal. III.5. Ocaso del sueño liberal con el Manifiesto de los Persas. IV. Riego, el Trienio Liberal y la codificación penal. Una nueva etapa de constitucionalismo liberal entre el *trágala* y el debate en torno al tratamiento del detenido. 1. La Codificación penal de 1822 y la dignidad del detenido. V. Conclusiones. VI. Bibliografía. Documentos.

I. Introducción

Abordar el estudio de la etapa de la historia de la revolución liberal y su consecuente trienio liberal desde la perspectiva actual evocaría a la adopción de conclusiones subjetivadas y alejadas de la realidad. Consideramos así que es preciso realizar una aproximación histórico-jurídica a lo que era la España de la época liberal para poder comprender el alcance jurídico y social de aquel periodo.

Situados en aquel complejo contexto, y siguiendo la actividad legislativa de aquellos años, se esbozará la influencia del liberalismo español en la redacción del primer texto constitucional y la primera codificación penal; prestando especial atención a los debates legislativos en torno al tratamiento de los detenidos y su dignidad.

Finalmente se discutirá al respecto de la efectividad de aquella codificación, su vigencia y legado.

II. Aproximación histórico-jurídica a la primera España constitucional y revolucionaria

A finales del siglo XVII dos acontecimientos históricos, geográficamente distanciados, pero directamente conexiónados, marcaron el principio del fin del antiguo

régimen. El 12 de junio de 1776 se adoptó la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, asentándose de esta manera la primera piedra por la construcción de una declaración de derechos humanos. Entre otros aspectos jurídicos-revolucionarios, la Declaración de Derechos establecía que todos los hombres por su naturaleza eran igualmente libres e independientes con ciertos derechos inherentes¹, que nadie fuera privado de libertad salvo por juicio ante un jurado imparcial,² que no se debía de infligir castigos crueles³ o que la libertad de prensa no debía de ser restringida salvo por gobiernos déspotas⁴. Analizado, pasado más de un siglo después, se presenta simplista advertir que aquel hito no pretendió abrazar la democracia moderna o que careció del rigor requerido⁵. Pero lo cierto es que a partir de la adopción de esta declaración de derechos se concatenaron importantes sucesos y declaraciones. Quizá el más relevante fue *The Unanimous Declaration of the Thirteen United States of America* del 4 de julio de 1776 que dio paso a la adopción de *The Constitution of the United States of America* de 17 de septiembre de 1787.

La independencia de las colonias británicas en Norteamérica y su declaración de derechos tuvo su consecuente repercusión fuera de las fronteras estadounidenses a pesar de la ausencia total de información. La más sonora de todas ellas fue el desencadenamiento de la Revolución francesa de 5 de mayo de 1789 y su final *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 26 de agosto de 1789.

(1) "Section 1. That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety." Vid. *Virginia Constitutional Convention*, 12 de junio de 1776, Sección 1.

(2) "That in all capital or criminal prosecutions a man has a right to demand the cause and nature of his accusation, to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy trial by an impartial jury of twelve men of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty; nor can he be compelled to give evidence against himself; that no man be deprived of his liberty except by the law of the land or the judgment of his peers." *Ibidem*, Sección 8.

(3) "That excessive bail ought not to be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted." *Ibidem*, Sección 9.

(4) "That the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotic governments." *Ibidem*, Sección 12.

(5) "Important as the Virginia Declaration was, there were many glaring omissions. It carried no principles of free speech, assembly or petition. It did not prohibit *ex post facto* legislation, bills of attainder or impairment of contract. There was no strict definition of treason, no prohibition against suspension of *habeas corpus*, no clear and complete statement of due process, no separation of powers. There was not even a completely adequate statement of an independent judiciary. Under this Declaration a person could be held in slavery and a citizen could be jailed for publicly attacking the institution." Vid. HELDERMAN, Leonard C. "The Virginia Bill of Rights", *Washington and Lee Law Review*, Vol 3, 1942, pp. 239-40.

A consecuencia del absolutismo reinante, y de la ausencia total de libertad de prensa⁶, las corrientes liberales tardaron años en extenderse tanto en América como en Europa. La situación en España y en sus colonias no fue diferente y la mayor preocupación imperante era la carestía, la situación en las colonias y la guerra.

Sin embargo, es importante referir aquí determinados sucesos que fueron precipitando el advenimiento del liberalismo en España. Tras la muerte de Carlos III, a finales de 1788, la floreciente España imperial pasó a las manos de Carlos IV; un nuevo monarca incapacitado para seguir el legado de su padre y gobernar el imperio. Los sucesos históricos se concatenaron y en cuestión de años: 1) el eterno enemigo, el imperio británico, perdió la guerra de independencia de las trece colonias en Norteamérica -hoy los Estados Unidos de América- que habían sido apoyadas por los reinos de Francia y España a través del Tercer Pacto de Familia; 2) el advenimiento de la revolución francesa precipitó la Primera Coalición de potencias europeas -incluida la España de Carlos IV- que procuraban contener la expansión de la revolución francesa; 3) España se involucró en la Guerra del Rosellón contra Francia (1773-1795) perdiendo la parte haitiana de la isla La Española mediante la firma del Tratado de Basilea del 22 de julio de 1795, que valió a un desconocido Primer Ministro, Manuel Godoy y Álvarez de Faria, la adquisición de una repentina popularidad como Príncipe de la Paz⁷.

Los conflictos externos eran secuenciados por problemas estructurales internos: desamortizaciones de la iglesia y reestructuración del ejército iniciadas por Godoy, desastres naturales, pobreza extrema y una galopante francofobia⁸. A ello se sumó la alianza militar con Francia mediante el Tratado de San Ildefonso de 1796 mediante la que Godoy procuraba la asistencia francesa frente a los abordajes de la armada británica.

(6) Advertía Sánchez Agesta que de libertad de imprenta y de discusión eran la fuerza de la opinión pública y el motor de la revolución. Con ella no se hubieran cometido los excesos y abusos de Godoy que llevaron al declive. Vid. SÁNCHEZ AGESTA, Luis. "Agustín de Argüelles y la Constitución de 1812", en Agustín Argüelles Álvarez, *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1981, p. 47.

(7) La Corte de Carlos IV pasó rápidamente a las manos de una persona hasta entonces desconocida. "Godoy. Vástago oscuro de la nobleza extremeña. Godoy llegó a Madrid por primera vez en 1787 como soldado raso de la escolta real, y llamó rápidamente la atención de la reina María Luisa por su porte viril. Idolatrado tanto por el rey como por la reina, en 1792 Godoy ascendió a capitán general del ejército, se convirtió en uno de los "grandes" de la nobleza y fue nombrado primer ministro". Vid. ESDAILE, Charles. "El Levantamiento Español", *Spain in the Liberal Age. From Constitution to Civil War, 1808-1939*, John Lynch (Dir.), Editorial Crítica, S.L., Madrid, 2007, pp. 26-27.

(8) "En muchas regiones de España, la rivalidad económica, la presencia de una nutrida comunidad francesa, los recuerdos populares de la guerra de Sucesión española y, más recientemente, la propaganda antirrevolucionaria asociada a la guerra de 1793-1795, habían provocado una animadversión generalizada hacia los galos". *Ibidem*, pp. 40-41.

Lo que Godoy no podía prever eran los sucesos que transformarían definitivamente la Francia revolucionaria a partir de los sucesos del 18 brumario, identificados por Marx en el abuso del Estado de derecho.

Los antepasados de los “republicanos honestos” habían hecho dar a su símbolo, la bandera tricolor, la vuelta por Europa. Ellos, a su vez, hicieron también un invento que se abrió por sí mismo paso por todo el continente, pero retornando a Francia con amor renovado, hasta que acabó adquiriendo carta de ciudadanía en la mitad de sus departamentos: el estado de sitio. ¡Magnífico invento, aplicado periódicamente en cada una de las crisis sucesivas en el curso de la revolución francesa!⁹

Lo cierto es que tras la toma del poder por Napoleón Bonaparte el 9 de noviembre de 1799, el escenario geopolítico tomaría una deriva que arrastraría a España a un callejón sin salida que ni Carlos IV, ni por supuesto Godoy, fueron capaces de evitar. Consecuencia de la entrada en guerra de Francia con la Tercera Coalición y de la vigencia del Tratado de San Ildefonso de 1796, España se vio finalmente abocada a entrar en guerra contra la Gran Bretaña que estaba apoyada por Portugal. La catástrofe de aquella involucración, por todos conocida, supuso el fin del señorío marítimo español con la pérdida en la batalla de Trafalgar del 21 de octubre de 1805¹⁰. Un hito histórico que, hoy día, aun forma parte del centro neurálgico británico y de la traición gala.

Lejos de servir de escarnio, la insaciable codicia de Godoy le empujó a seguir la sombra del emperador Buonaparte tras sus victorias con Prusia apoyando el bloqueo decretado contra Gran Bretaña. Mediante el Tratado de Fontainebleau del 27 de octubre de 1807, España se comprometía a permitir el paso de tropas francesas por su territorio con el fin de apoyar la invasión de Portugal, que era aliado de Gran Bretaña.

A pesar de que la información era limitada y estaba manipulada, las intrigas dentro de la Corte de Carlos IV, por su hijo Fernando VII, y la fuerte oposición popular a la presencia de tropas francesas y al primer ministro Manuel Godoy, culminaron en el Motín de Aranjuez del 17 y 18 de marzo de 1808 y la abdicación de Carlos IV en su hijo Fernando VII.

Lejos de estabilizarse la situación, la presión genocida de Napoleón Bonaparte en Europa terminó por penetrar en España con la coronación de su hermano José Bonaparte tras las abdicaciones de Carlos IV y Fernando VII en Bayona del 5 de

(9) Realizando un análisis retrospectivo con el 18 Brumario de Luis Bonaparte. Vid. MARX, Karl. *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*, Ediciones Halcón, Madrid, 1968, p. 36.

(10) Al margen de las circunstancias que se ciernen sobre la involucración española en la batalla y la cobarde huida de las naves galas, lo cierto es que “el aliado hispánico del victorioso emperador abandonaba el enfrentamiento sin apenas barcos, escaldado económicamente y en una posición de fragilidad que el propio Napoleón no tardaría en aprovechar”. Vid. ESDAILE, Charles. “El Levantamiento Español”, *Spain in the Liberal Age...*, op. cit., p. 45.

mayo de 1808, y la incorporación de la *Acte Constitutionnel de l'Espagne* -Estatuto de Bayona- del 6 de julio de 1808, que fue incapaz de estabilizar la guerra por la independencia desencadenada contra los franceses el 2 de mayo de 1808¹¹.

II.1. Las Juntas y el establecimiento de la primera asamblea constituyente española

Entronado técnicamente José Bonaparte en el trono español, lo cierto es que tan sólo un pequeño sector de la población española acató la soberanía de José I. De forma paralela al gobierno impuesto por los franceses, coexistió, no sin dificultades, otro órgano nacional en cada provincia, denominado Junta provincial. De estas unidades se configuró “una *Junta Suprema Central gubernativa del reino* (25 de septiembre de 1808), integrada por diputados de las Juntas provinciales, que fue reconocida como tal en España y América. Ante la amenaza de las tropas francesas, los miembros de la Junta se refugiaron en Cádiz y allí acordaron disolverla, transmitiendo sus poderes a un Consejo de regencia (31 de enero de 1810)”¹².

Al margen del vigor del Estatuto de Bayona, su eficacia se hizo notar tanto por activa como por pasiva. Tal y como indica Torres del Moral el Estatuto representaba un cambio social y político mediante el reconocimiento de una serie de derechos y libertades al margen de la afinidad social que aquello representara¹³. Las dramáticas consecuencias de la guerra de independencia alumbraron, en sentido positivo, las primeras Cortes constituyentes en España y el primer paso a la creación de un nuevo régimen. Mediante el *Decreto de Constitución de Cortes* de 24 de septiembre de 1810 se confirmó el carácter ejecutivo del Consejo de Regencia¹⁴.

Al contrario del Estatuto de Bayona que, como afirma Pérez-Prendes, ni era una verdadera Constitución, ni llegó a tener vigor, ni fue una obra española¹⁵. El primer auténtico proceso constituyente español surgió de las Cortes de Cádiz que es dónde “se delineó un Estado que unificase la legislación y limitase los poderes soberanos

(11) La imagen inmortalizada por Francisco de Goya y Lucientes sobre los fusilamientos que sucedieron al levantamiento del pueblo de Madrid narra, por sí sola, el padecer del pueblo en aquella etapa. Vid. GOYA Y LUCIENTES, Francisco de “Los fusilamientos del tres de mayo de 1808”, *Museo del Prado de Madrid*.

(12) Vid. GARCÍA-GALLO, Alfonso. *El origen y la evolución del Derecho. Manual de Historia del Derecho español I*, Arte Gráficas y Ediciones, S.A., Madrid, 1959, p. 107.

(13) Advierte Torres del Moral que tradicionalmente se ha identificado como traidor el afrancesamiento de los políticos que se alinearon con José Bonaparte. Vid. TORRES DEL MORAL, Antonio. *Constitucionalismo histórico español*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutenses Madrid, Madrid, 1999, p. 33.

(14) Vid. ALVARADO PLANAS, Javier. *Lecciones de Historia del Derecho y de las Instituciones*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Vol. II, Madrid, 2002, p. 257.

(15) No obstante, no podemos negar ciertas medidas renovadoras que incorporó el Estatuto de Bayona, como la abolición del tormento o la importancia otorgada a la detención, la cual no podía llevarse a cabo sin orden legal expresa. *Estatuto de Bayona*, arts. 42, 43, 127, 132 y 133.

del gobierno”¹⁶. Su funcionamiento y composición es descrito con detalle por Tomás y Valiente que indica que, en el verano de 1810, se celebraron por primera vez, en los pueblos de la España no ocupada, elecciones para diputados. Fueron electores los mayores de veinticinco años y quedaron representadas mediante diputados las provincias de América. De esta forma la primeras Cortes constituyentes españolas se reunieron en septiembre de 1810 adoptando la forma de una única Cámara constituyente que representaba a la Nación española en la forma de Cortes generales en las que residía la soberanía nacional. Por su composición: 97 eclesiásticos, 60 abogados, 55 funcionarios, 37 militares, 16 catedráticos, 15 propietarios, nueve marinos, ocho títulos del reino, cinco comerciantes, cuatro escritores y dos médicos; el ambiente, indica Tomás y Valiente, propició unas Cortes liberales constituyentes en las que destacaron figuras como Argüelles, Muñoz Torrero, José María Calatrava y el conde Toreno¹⁷.

Fuese el ambiente de las primeras Cortes constituyentes liberal o no, lo cierto es que, aunque los constituyentes se inspiraron en el Derecho tradicional español y evitaron la denominación de obra revolucionaria¹⁸, desde la perspectiva actual, aquella fue una gesta revolucionaria contra viento y marea. Máxime considerando la situación bélica interna, la convulsionante alarma en las colonias, el envite de la iglesia que se veía despojada de la criminal Santa Inquisición y la observancia del ejército.

En todo caso, la invasión francesa y la consecuente guerra de independencia impregnó de forma definitiva la historia política y social española. De aquello surgieron al menos dos Españas que aún hoy día perduran: “una clerical, absolutista y reaccionaria, y la otra laica, constitucional y progresista [la incompatibilidad de ambas sumiría] al país en una era dilatada de confrontaciones en último término, en la Guerra Civil”¹⁹. Con ello se dio origen al liberalismo español y “a la constante presencia del Ejército como árbitro de la política, iniciando una permanente crisis bélica que durará hasta 1975”²⁰.

III. Nacimiento y ocaso de la primera España democrática. Constitución española de 1812

Desde que en septiembre de 1810 se reunieran por primera vez las Cortes constituyentes, la actividad legislativa de tan variopinta asamblea giró en torno a la adopción de un texto constitucional en nombre del rey Fernando VII.

(16) Vid. PÉREZ-PRENDES, José Manuel. *Curso de Historia del Derecho Español*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutense Madrid, Vol. I, Madrid, 1989, p. 956.

(17) Vid. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de historia del derecho español*, Editorial Tecnos, S.A., 3ª Edic., Madrid, 1981, pp. 437-38.

(18) Vid. PÉREZ-PRENDES, José Manuel. *Curso de Historia del Derecho Español...*, *op. cit.*, pp. 956-57.

(19) Vid. ESDAILE, Charles. “El Levantamiento Español”, *Spain in the Liberal Age...*, *op. cit.*, p.114.

(20) Vid. TORRES DEL MORAL, Antonio. *Constitucionalismo histórico español...*, *op. cit.*, p. 49.

Mucho se ha discutido en lo concerniente al carácter liberal, tradicional o revolucionario de los constituyentes de Cádiz. Es evidente que la tradición jurídica española tenía un peso crucial en la negociación, la gran representación de la iglesia, de los burócratas del antiguo régimen y de los militares parecían dotar por sí sola a los debates de un garantizado conservadurismo al margen de que algunos autores identificaran una mayoría liberal²¹; o de que los constituyentes trataran de escapar de la interpretación revolucionaria de la Constitución²². Por otra parte, cumpliéndose justo ahora el quinto centenario de la emblemática batalla de Villalar, en la que los comuneros sucumbieron el primer sueño liberal ante las fuerzas de Carlos I de España, se hace difícil de concebir que, en la España de 1812, no perdurara un movimiento transformador. Quizá lo más revolucionario de todo aquello era dotar por vez primera al Estado de una herramienta que -por desgracia- jamás conoció anteriormente, la Constitución.

En este último aspecto, coincidimos con la tesis de García-Gallo quien advierte que, tanto el Estatuto de Bayona, como las Cortes de Cádiz, hicieron tabla rasa de la tradición jurídica española para establecer un ordenamiento jurídico nuevo y progresivo que terminó por fijar las bases y líneas directrices a través de una ley fundamental al modo de la que se dio en Francia en 1793²³. Los constituyentes de Cádiz redactaron la “primera auténtica Constitución española, plenamente receptora de los principios sobre formación del Derecho [...] delineó un Estado que unificase la legislación y limitase los poderes soberanos de gobierno”²⁴.

III.1. Fundamentos y principios del primer texto constitucional español

El texto constitucional, amplio y ambicioso, confunde su amplitud con un exceso de reglamentación al constar de un preámbulo, 10 títulos y 384 artículos²⁵.

Es importante recordar que el texto constitucional de Cádiz vio la luz en una España en guerra contra Francia y con el rey Fernando VII cautivo de Napoleón. Con todo ello, fieles a la tradición española, los primeros constituyentes redactaron el texto en nombre del rey Fernando VII y el de Dios todopoderoso. Depositaron en cambio la soberanía en la nación insertando así el principio de soberanía nacional que fue identificado en la suma de los españoles de ambos hemisferios -la España africana, americana, asiática y europea- tal y como se estableció desde el *Decreto de Constitución de Cortes* de 24 de septiembre de 1810.

(21) *Ibidem*, p. 35.

(22) Vid. PÉREZ-PRENDES, José Manuel. *Curso de Historia del Derecho Español...*, *op. cit.*, p. 957.

(23) Vid. GARCÍA-GALLO, Alfonso. *El origen y la evolución del Derecho...*, *op. cit.*, p. 108

(24) Vid. PÉREZ-PRENDES, José Manuel. *Curso de Historia del Derecho Español...*, *op. cit.*, p. 956.

(25) Dentro de la historia constitucional española (1812, 1837, 1845, 1869, 1876, 1931, 1978), el texto de 1812 además de ser el pionero de la historia constitucional española y referente europeo fue el de mayor extensión, pecando en algunos aspectos, como el electoral, de un exceso de reglamentación.

Se constata así el primer punto de partida del antiguo régimen que despoja al rey de la soberanía de la nación y lo sujeta al acatamiento a la Constitución y la religión católica prestando juramento ante las Cortes bajo la fórmula de no ser obedecido:

Fernando VII, por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía española, Rey de las Españas; juro por Dios y por los Santos Evangelios que defenderé y conservaré la religión Católica, Apostólica, Romana, sin permitir otra alguna en el Reino; que guardaré y haré guardar la Constitución política y leyes de la Monarquía española, no mirando en cuanto hiciere sino al bien y provecho de ella; que no enajenaré, cederé ni desmembraré parte alguna del Reino; que no exigiré jamás cantidad alguna de frutos, dinero ni otra cosa, sino las que hubieren decretado las Cortes; que no tomaré jamás a nadie su propiedad, y que respetaré sobre todo la libertad política de la Nación y la personal de cada individuo; y si en lo que he jurado, o parte de ello, lo contrario hiciere, no debo ser obedecido, antes aquello en que contraviniere, sea nulo y de ningún valor. Así, Dios me ayude y sea en mi defensa, y si no, me lo demande²⁶.

Establecieron así los constituyentes de Cádiz un revolucionario cambio de soberanía que se alejaba del absolutismo real y encomendaban al Gobierno la búsqueda de la felicidad de la nación (art. 13).

Inspirados en los novedosos constitucionalismo estadounidense y francés, los constituyentes de Cádiz introdujeron, además, de forma moderada, el principio de división de poderes que repartía entre las Cortes y el rey la potestad legislativa (art. 15)²⁷, depositaba en el rey la capacidad ejecutiva (art. 16) y en los tribunales la aplicación de la ley (art. 17).

Todo ello previa justificación de Agustín de Argüelles en su discurso preliminar:

La nación, Señor, víctima de un olvido tan funesto, y no menos desgraciada por haberse dejado despojar por los ministros y favoritos de los reyes de todos los derechos e instituciones que aseguraban la libertad de sus individuos, se ha visto obligada a levantarse toda ella para oponerse a la más inaudita agresión que han visto los siglos antiguos y modernos; la que se había preparado y comenzado a favor de la ignorancia y oscuridad en que yacían tan santas y sencillas verdades. Napoleón, para usurpar el trono de España, intentó establecer, como principio incontrastable, que la nación era una propiedad de la familia real, y bajo tan absurda suposición arrancó en Bayona las cesiones de los reyes padre e hijo²⁸.

(26) Vid. Constitución Política de la Monarquía Española. Promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812, art. 173.

(27) El rey podía negarse a sancionar una ley aprobada por las Cortes en segunda vuelta. En el supuesto de que, transcurrido un año, las Cortes tramitaran nuevamente por tercera vez la misma ley, se vería obligado a dar o negarla, pudiéndose tratar nuevamente, tal y como establecían los artículos 144-150 de la Constitución de 1812.

(28) Vid. ARGÜELLES ÁLVAREZ, Agustín. *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1981, p. 78.

Quizá el aspecto más conservador (siempre teniendo en cuenta que fue este el primer texto constitucional) era el mantenimiento del principio de confesionalidad católica del Estado, vetando el ejercicio de cualquier otra religión (art. 12)²⁹.

Sin embargo, la extrema fragilidad de las Cortes constituyentes quedó patentada, a lo largo del extenso discurso preliminar, presidido por Agustín de Argüelles, en cuestiones cruciales como la determinación de la soberanía nacional y la representación de esta en las Cortes generales; que debieron de ser cuidadosamente justificada.

Pero, Señor, la razón más poderosa, la que ha tenido para la Comisión una fuerza irresistible, es que los brazos, que las cámaras o cualquiera otra separación de los diputados en estamentos provocaría la más espantosa desunión, fomentaría los intereses de cuerpos, excitaría celos y rivalidades, que si en Inglaterra no son hoy día perjudiciales, es porque la Constitución de aquel país está fundada sobre esa base desde el origen de la Monarquía por reglas fijas y conocidas desde muchos siglos; porque la costumbre y el espíritu público no lo repugnan; y en fin, Señor, porque la experiencia ha hecho útil y aun venerable en Inglaterra una institución que en España tendría que luchar contra todos los inconvenientes de una ver dadera novedad. Tales, Señor, fueron las principales razones por que la Comisión ha llamado a los españoles a representar a la nación sin distinción de clases ni estados. Los nobles y los eclesiásticos de todas las jerarquías pueden ser elegidos en igualdad de derecho con todos los ciudadanos; pero en el hecho serán siempre preferidos. Los primeros por el influjo que en toda sociedad tienen los honores, las distinciones y la riqueza; y los segundos porque a estas circunstancias unen la santidad y sabiduría tan propias de su ministerio³⁰.

La delicada situación española, y la propia de sus constituyentes, no sólo estaba condicionada por la situación bélica imperante. Entre otras, las ingentes necesidades de la población, la presión de la iglesia y la nobleza³¹ o la ausencia de una figura regia que aceptara los términos constituyentes, dificultaban el proceso constituyente. A lo anterior se le sumaba la creciente situación disidente en las colonias y la eterna distancia que las separaba de la península. Ello hacía justificar el porqué de la composición de las Cortes constituyentes, su duración y el temor al retorno del absolutismo.

(29) Advierte Tomás y Valiente que la salvedad de la confesionalidad del Estado y la restricción de otro tipo de libertad religiosa es el único parámetro que frena identificar la Constitución de 1812 como auténtica liberal o radical. Vid. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de historia del derecho español...*, op. cit., p. 439.

(30) Vid. ARGÜELLES ÁLVAREZ, Agustín. *Discurso preliminar a la Constitución de 1812...*, op. cit., p. 84.

(31) Advierte García-Gallo que las protestas fueron frecuentes en tanto, el carácter revolucionario de la Constitución rompía con lo anterior he iba en contra de los derechos de la Iglesia y la Monarquía. Vid. GARCÍA-GALLO, Alfonso. *El origen y la evolución del Derecho...*, op. cit., p. 109.

La renovación de diputados, aunque en sentir de la Comisión debiera ser todos los años, no ha podido conciliarse con la inmensa distancia que separa a los españoles del nuevo mundo, señaladamente los que habitando hacia las costas del mar Pacífico o las islas Filipinas, necesitan emprender largas navegaciones en períodos fijos e inalterables, o atravesar montes y desiertos de considerable extensión. Por eso cada diputado en Cortes durará dos años, para dar tiempo a la venida de los procuradores de ultramar. La elección de diputados y apertura de las sesiones de Cortes se ha fijado por la ley para días determinados, con el fin de evitar que el influjo del Gobierno o las malas artes de la ambición puedan estorbar jamás con pretextos o alargar con subterfugios la reunión del Congreso nacional. La absoluta libertad de las discusiones se ha asegurado con la inviolabilidad de los diputados por sus opiniones en el ejercicio de su cargo, y prohibiendo que el Rey y sus ministros influyan con su presencia en las deliberaciones: limitando la asistencia del Rey a los dos actos de abrir y cerrar el solio, así para que pueda ejercitar el paternal cuidado de honrar con su palabra a sus fieles y amados súbditos como para dar majestad y grandeza a la reunión soberana de la nación y de su monarca³².

Otra de las novedades que incorporaba la Constitución gaditana era el principio de unidad legislativa. Por una parte, el discurso preliminar de Argüelles destacó la continuidad de la tradición jurídica española, sin embargo, por otra parte, introdujo la necesidad de reformar urgentemente leyes tan cruciales como la legislación criminal.

Como toca a la Constitución determinar el carácter que ha de tener en una nación el código general de sus leyes positivas, deben establecerse en ella los principios de que han de derivarse aquéllas y cualesquiera otras disposiciones que bajo el nombre de ordenanzas o reglamentos hayan de dirigir las transacciones públicas y privadas de los individuos de una nación entre sí, o las que celebren con los súbditos de otros Estados con quienes puedan entablar comunicación. Estas reglas no sólo han de servir para la formación de nuevas leyes, sino para dirigir a las Cortes en la derogación o reforma de las que sean incompatibles con el nuevo sistema planteado por la Constitución. La reforma de las leyes criminales es sobre todo muy urgente; porque teniendo por objeto las acciones en que pueden interesarse inmediatamente la vida, la libertad y la buena reputación de las personas, toda dilación en su mejora es de la más grave trascendencia, todo error puede acarrear daños irreparables. [...] No bastan leyes que arreglen los derechos entre los particulares, que castiguen los delitos y protejan la inocencia: es necesario que lo que disponen sea, según se ha dicho, ejecutado irremisiblemente con prontitud e imparcialidad³³.

(32) Vid. ARGÜELLES ÁLVAREZ, Agustín. *Discurso preliminar a la Constitución de 1812...*, op. cit., p. 87.

(33) *Ibidem*, pp. 96-97.

Su materialización vino de la mano del artículo 258 de la Constitución que estableció la unidad de los códigos civil, criminal y de comercio.

Se pretendió una ambiciosa y arriesgada reforma del sistema judicial que unificara la judicatura bajo el principio de unidad jurisdiccional. Sírvase entender el riesgo que suponía tan temeraria apuesta recordando aquí que el fin de la Inquisición española no llegó hasta la ocupación francesa y la toma de Madrid. Una vez en Madrid, el 11 de diciembre de 1808, se publicaba el denominado Decreto de Chamartín mediante el cual Napoleón mandó abolir el Consejo de Castilla, el Tribunal de la Inquisición y diezmar la proliferación de órdenes monásticas y conventos:

Extracto de las Minutas de la Secretaría de Estado

En nuestro campo Imperial de Madrid á 4 de Diciembre de 1808.

NAPOLEON, Emperador de los Franceses, Rey de Italia, y Protector de la Confederación del Rin.

Hemos decretado y decretamos lo siguiente:

ART. 1.º El Tribunal de la Inquisición queda suprimido, como atentatorio á la Soberanía y á la Autoridad civil.

ART. 2.º Los bienes pertenecientes á la Inquisición se seqüestrarán y reunirán á la Corona de España, para servir de garantía á los *Vales* y qualesquiera otros efectos de la deuda de la Monarquía.

ART. 3.º El presente Decreto será publicado, y de él se hará registro en todos los Consejos, Audiencias y demás Tribunales, para que se cumpla como ley del Estado=*Firmado*=NAPOLEON.=Por el Emperador, el Ministro Secretario de Estado, *Hugues B. Maret*³⁴.

Este paso firme, necesario y decisivo, fue secundado, aunque de forma bastante más laxa, por la Regencia del Reino. El 23 de febrero de 1813 se decretaba la incompatibilidad de la Inquisición con la Constitución, dando muestras del lento desenlace con el antiguo régimen:

ARTICULO DE OFICIO

La Regencia del reyno se ha servido expedir el decreto siguiente:

D. FERNANDO VII, por la gracia de Dios, y por la constitucion de la monarquía española, rey de las Españas, y en su ausencia y cautividad la Regencia del reyno nombrada por las Córtes generales y extraordinarias,

(34) Vid. Gazeta Extraordinaria de Madrid, núm. 151, de 11 de diciembre de 1808, p. 1567.

á todos los que las presentes vieren y entendieren, sabed: que las Córtes han decretado lo siguiente:

Las Córtes generales y extraordinarias, queriendo que lo prevenido en el artículo 12 de la constitución tenga el mas cumplido efecto, y se asegure en lo sucesivo la fiel observancia de tan sábia disposición, declaran y decretan: CAPÍTULO I, ARTICULO 1.º La religion católica, apostólica, romana será protegida por leyes conformes á la constitucion. 2.º El tribunal de la inquisición es incompatible con la constitucion. 3.º En su consecuencia se restablece en su primitivo vigor la ley II, tit. XXVI, part. VII, en quanto dexa expeditas las facultades de los obispos y sus vicarios para conocer en las causas de fe, con arreglo á los sagrados cánones y derecho común, y las de los jueces seculares para declarar é imponer á los herejes las penas que señalan las leyes, ó que en adelante señalaren³⁵.

Ni el discurso preliminar a la Constitución ni la propia Constitución entraron directamente en este asunto tan crucial dado el ostensible poder que detentaba la iglesia en España³⁶. Aunque de forma un tanto mojigata, teniendo en cuenta los números que representaban al clero en las Cortes constituyentes, en su discurso preliminar Argüelles hizo ademán de suprimir los tribunales estrictamente no constitucionales³⁷.

Para que la potestad de aplicar las leyes a los casos particulares no pueda convertirse jamás en instrumento de tiranía, se separan de tal modo las funciones de juez de cualquiera otro acto de la autoridad soberana, que nunca podrán ni las Cortes ni el rey ejercerlas bajo ningún pretexto. [...] Por eso se prohíbe expresamente que pueda separarse de los tribunales el conocimiento de las causas, y ni las Cortes ni el rey podrán avocarlas, ni mandar abrir nuevamente los juicios ejecutados. [...] La justicia, Señor, ha de ser efectiva, y para ello su curso ha de estar expedito. Por lo mismo, la Comisión reduce a uno solo el fuero o jurisdicción ordinaria en los negocios comunes, civiles y criminales. Esta gran reforma bastará por sí sola a restablecer el respeto debido a las leyes y a los tribunales, asegurará sobremanera la recta administración de justicia y acabará de una vez con la monstruosa institución de diversos estados dentro de un mismo Estado que

(35) Vid. *Gazeta de la Regencia de las Españas*, núm. 29, de 6 de marzo de 1813, pp. 230-31.

(36) Para ampliar sobre este ámbito, véase, entre otros: CÁRCELES DE EGEA, Beatriz. "Reforma/abolición de Tribunal de la Inquisición (1812-1823). La constitución de la *autoridad absoluta*", *Manuscrits*, núm. 17, 1999, pp. 179-199.

(37) Tales titubeantes planteamientos parecían estar destinados, tal y como indica Tomás y Valiente, a captar la voluntad de los indecisos e innovadores presentando una simple reforma cuando en realidad implicaba una Constitución basada en principios revolucionarios. Vid. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de historia del derecho español...*, op. cit., p. 439.

*tanto se opone a la unidad de sistema en la administración, a la energía del Gobierno, al buen orden y tranquilidad de la monarquía*³⁸.

La eficacia legal de aquel planteamiento vino de la mano del artículo 247 que impedía el enjuiciamiento de los españoles por tribunales no establecidos por la ley. Y el artículo 248 que limitaba las causas mercantiles, civiles y penales a un único fuero.

Por su parte, los constituyentes, sabedores y temedores de una factible manipulación ulterior del texto, establecieron un principio de rigidez constitucional a través del Título X articulado a un periodo mínimo de ocho años para su reforma (art. 375).

Justificaba así Argüelles la especial clausura de la Constitución ante ulteriores planteando reformas:

*Jamás correrá mayor riesgo la Constitución que desde el momento en que se anuncie hasta que, el sistema que establece, empiece a consolidarse disminuyendo el espíritu de aversión y repugnancia que la contradice. Los resentimientos, las venganzas, las preocupaciones, los diversos intereses y hasta el hábito y la costumbre, todo, todo se conjurará contra ella. Por lo mismo es necesario dar tiempo a que calme la agitación de las pasiones y se debiliten los esfuerzos de los que la resisten. De lo contrario se equivocarán fácilmente los efectos de una oposición fomentada y sostenida por los que se suponen agraviados en el nuevo arreglo, con defectos o errores de una Constitución, que en realidad no podrá experimentarse sino después de restablecido el orden y la tranquilidad*³⁹.

III.2. Del nacimiento del principio de igualdad

Al margen de los aspectos doctrinales hasta aquí tratados, quizá el principio más revolucionario que los constituyentes gaditanos insertaron fue el de igualdad ante la ley.

A pesar de que la Constitución de 1812 no contenía una sección específica dedicada a los derechos y libertades de los ciudadanos, a lo largo del texto constitucional se identifican derechos que hasta entonces no habían sido reconocidos plenamente⁴⁰. En el discurso preliminar, Argüelles daba por hecho el establecimiento de un principio de igualdad ante la ley de todos los españoles⁴¹. Sin establecer la

(38) Vid. ARGÜELLES ÁLVAREZ, Agustín. Discurso preliminar a la Constitución de 1812..., *op. cit.*, pp. 98-100.

(39) *Ibidem*, p. 127.

(40) La Constitución de 1812 introduce el principio de igualdad de forma implícita y genuinamente liberal que "debe dispensar su protección para todos los españoles". Vid. TORRES DEL MORAL, Antonio. *Constitucionalismo histórico español...*, *op. cit.*, p. 43.

(41) "La nueva ley fundamental que se establece sentando por principio la igualdad legal de los españoles, la imparcial protección que a todos dispensa la Constitución y los medios que sanciona para afianzar la observancia de las leyes hace inútil e inoportuno el privilegio de caso de Corte. Las

igualdad ante la ley, *stricto sensu*, el Título I, Capítulo I encomendaba a la Nación la protección de la libertad civil y los derechos de los legítimos de las personas (art. 4). Por su parte, el Capítulo II identificaba al ciudadano español en un hombre libre (art. 5) que estaba obligado a militar el sistema constitucional (art. 7) y la defensa de la patria (art. 9) el Capítulo III encomendaba al gobierno procurar la felicidad de la Nación y el bienestar de los individuos que la componen (art. 13)⁴².

La igualdad se reconoció en el acceso de todos los españoles a la función pública (art. 23) y en el derecho de sufragio, que viene recogido a lo largo de esta Constitución al modo de Ley electoral, se determinaba el límite para ser elector en los 25 años de edad (art. 45) pero discriminaba para ser Diputado a los que no disponían de rentas propias (art. 92)⁴³. Justificaba así Argüelles las razones de tal distinción:

Pero, Señor, la razón más poderosa, la que ha tenido para la Comisión una fuerza irresistible, es que los brazos, que las cámaras o cualquiera otra separación de los diputados en estamentos provocaría la más espantosa desunión, fomentaría los intereses de cuerpos, excitaría celos y rivalidades, que si en Inglaterra no son hoy día perjudiciales, es porque la Constitución de aquel país está fundada sobre esa base desde el origen de la Monarquía por reglas fijas y conocidas desde muchos siglos; porque la costumbre y el espíritu público no lo repugnan; y en fin, Señor, porque la experiencia ha hecho útil y aun venerable en Inglaterra una institución que en España tendría que luchar contra todos los inconvenientes de una verdadera novedad. Tales, Señor, fueron las principales razones por que la Comisión ha llamado a los españoles a representar a la nación sin distinción de clases ni estados. Los nobles y los eclesiásticos de todas las jerarquías pueden ser elegidos en igualdad de derecho con todos los ciudadanos; pero en el hecho serán siempre preferidos. Los primeros por el influjo que en toda sociedad tienen los honores, las distinciones y la riqueza; y los segundos porque a estas circunstancias unen la santidad y sabiduría tan propias de su ministerio⁴⁴.

reformas ulteriores que se harán en el código civil y criminal llevarán al cabo la importante obra de perfeccionar la legislación, con lo cual se experimentarán todas las ventajas que presenta esta parte del proyecto". Vid. ARGÜELLES ÁLVAREZ, Agustín. Discurso preliminar a la Constitución de 1812..., *op. cit.*, p. 104.

(42) La fórmula de la búsqueda de la felicidad de la Nación, adoptada actualmente en el Derecho constitucional andino, es otro de los indicativos transformadores a tenor de la entonces confesionalidad del Estado. Autores como Alzaga consideran que aquella fórmula se sentía capaz de resolver los problemas de tipo político, social, económico y cultural. Vid. AA.VV., *Derecho político español según la Constitución de 1978*, Vol. I. Constitución y fuentes del Derecho, Editorial Ramón Areces, 2011, p. 209.

(43) Esta distinción la identificaba Tomás y Valiente en la Constitución francesa de 1791 dónde el representante de la Nación debía de ser un propietario. "Una vez más, el liberalismo radical de 1812 deja abierta una brecha importante por la que puede convertirse fácilmente en doctrinario, en moderado". Vid. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de historia del derecho español...*, *op. cit.*, p. 441.

(44) Vid. ARGÜELLES ÁLVAREZ, Agustín. *Discurso preliminar a la Constitución de 1812...*, *op. cit.*, p. 84.

III.3. De la distinción de los derechos civiles, sociales y culturales

Uno de los aspectos más interesantes de la Constitución de 1812 es el debate e inserción de derechos civiles, sociales y culturales. Consideramos que el aspecto más innovador que los constituyentes gaditanos introdujeron en España fue la consideración del tratamiento de los límites entre libertad civil y la justicia penal.

En su discurso preliminar Argüelles enfatizó en la imposibilidad de restringir derechos civiles apoyándose en leyes anteriores incompatibles con el espíritu de la Constitución que diferenciaban clases o tipos de ciudadanos dentro del Estado. Anticipó así el establecimiento de una administración de justicia garantista, justa e imparcial apartando definitivamente a la Corona y las Cortes del poder judicial, el cual no podrían avocar.

Para que la potestad de aplicar las leyes a los casos particulares no pueda convertirse jamás en instrumento de tiranía, se separan de tal modo las funciones de juez de cualquiera otro acto de la autoridad soberana, que nunca podrán ni las Cortes ni el rey ejercerlas bajo ningún pretexto⁴⁵.

La puesta en escena de esta extraordinaria y revolucionaria preocupación por el respeto de la persona y el repudio del absolutismo quedó sellada en la restricción impuesta por el artículo 172 que impedía al rey: conceder privilegios (apartado noveno), tomar propiedades (apartado décimo), privar de libertad a la persona (apartado undécimo con la excepción de la seguridad y con el límite de puesta a disposición judicial en las 48 horas siguientes).

El Título V, dedicado a los tribunales de justicia en lo civil y en lo criminal, restringió la potestad de aplicación de las leyes en causas civiles y criminales estrictamente a los tribunales (art. 242). Vetaba además la posibilidad de que el rey o las Cortes ejercieran o avocaran funciones judiciales, tal y como ya había anunciado Argüelles (art. 243). Impedía que un español fuera juzgado por una comisión establecida con anterioridad a la Constitución (art. 247) e instauró el Supremo Tribunal de Justicia (art. 259). Dos cruciales y modernos derechos fundamentales fueron instaurados.

(45) "Por eso se prohíbe expresamente que pueda separarse de los tribunales el conocimiento de las causas, y ni las Cortes ni el rey podrán avocarlas, ni mandar abrir nuevamente los juicios ejecutados. La ley sola debe señalar el remedio para subsanar los perjuicios que puedan seguirse de los fallos de los jueces. Y si el ciudadano se viese expuesto como hasta aquí a ser separado del tribunal competente, o a sufrir las penalidades de un litigio indefinido, perdería toda confianza y sólo vería en las leyes un lazo tendido a su docilidad, a su candor y buena fe. La observancia de las formalidades que arreglan el proceso es tan esencial, que en ellas ha de estar fundado el criterio de la verdad; y en el instante en que la autoridad soberana pudiese dispensarla en lo más mínimo, no sólo se comprometería el acierto en las sentencias, sino que la desconfianza se apoderaría del ánimo de los que pusiesen su vida y sus intereses en manos de los jueces o magistrados". *Ibidem*, pp. 98-99.

a. Del derecho a la educación pública y la libertad de publicar ideas y pensamiento

Desde el establecimiento de las Cortes de Cádiz en septiembre de 1810 la educación fue uno de los exponentes centrales del debate parlamentario constituyente y una de las primeras disposiciones legislativas en ser debatida y desarrollada. En el discurso preliminar, Argüelles dedicó un apartado específico a la educación pública y enfatizó, de forma sublime, la pertinencia de reformar e implementar el sistema educativo español.

El Estado, no menos que de soldados que le defiendan, necesita de ciudadanos que ilustren a la nación y promuevan su felicidad con todo género de luces y conocimientos. Así que uno de los primeros cuidados que deben ocupar a los representantes de un pueblo grande y generoso es la educación pública. Esta ha de ser general y uniforme, ya que generales y uniformes son la religión y las leyes de la Monarquía española⁴⁶.

Los resultados no se hicieron esperar y el texto constitucional enlazó el ejercicio de los derechos de los españoles con la alfabetización obligatoria, estableciendo una moratoria de 18 años para aprender a leer y escribir (art. 25, sexto). A lo anterior se sumó el Título IX, *De la instrucción pública*, que encomendaba el establecimiento de escuelas primarias en todos los pueblos de la monarquía (art. 366), la creación de universidades (367), la creación de un plan general de enseñanza uniforme y la obligación de enseñar la Constitución política de la monarquía (art. 368).

El poderoso influjo que ésta ha de tener en la felicidad futura de la nación exige que las Cortes aprueben y vigilen los planes y estatutos de enseñanza en general, y todo lo que pertenezca a la erección y mejora de establecimientos científicos y artísticos⁴⁷.

Las exigencias de la exposición de motivos y las del propio articulado hicieron que los planes de enseñanza fueran diligentemente desarrollados mediante el *Dictamen y Proyecto de Decreto sobre el arreglo general de la Enseñanza Pública* de 7 de marzo de 1814, el cual estaba basado en el conocido *Informe Quintana*⁴⁸. Tal y como apunta Morán Martín, esta fue la primera vez que se plasmó en un proyecto de ley el principio del derecho a la educación⁴⁹.

(46) *Ibidem*, p. 125.

(47) *Ibidem*, p. 125.

(48) Para ampliar información sobre estos aspectos: Vid. ARAQUE HONTANGAS, Natividad. "La educación en la Constitución de 1812: antecedentes y consecuencias", *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Vol. I, 2009.

(49) Lamentablemente, recuerda esta autora, "nada de lo expuesto pudo llevarse a la práctica por la vuelta de Fernando VII y la derogación de la Constitución de Cádiz, por lo que se vuelve a la situación anterior a 1812, y, en el tema que nos ocupa, a la no observancia del derecho a la educación y a la dejación de ésta en manos de la iglesia. Habrá que esperar al trienio liberal, cuando el 29 de junio de 1821 se apruebe por las Cortes el Reglamento General de Instrucción Pública". Vid. MORÁN MARTÍN, Remedios. "El derecho a la educación en el constitucionalismo español del siglo XIX y su recepción en la obra de Concepción Arenal", *Boletín de la Facultad de Derecho UNED*, núm. 10-11, 1996, p. 59.

Finalmente, otra de las revolucionarias novedades que los constituyentes de 1812 introdujeron en España fue el derecho a publicar las ideas y el pensamiento a través de la libertad de imprenta.

La libertad de la imprenta, la libre discusión sobre materias de gobierno, la circulación de obras y tratados de derecho público y jurisprudencia, de que hasta ahora había carecido España, serán el verdadero y proporcionado vehículo que lleve a todas las partes del cuerpo político el alimento de la ilustración, asimilándole al estado y robustez de todos sus miembros.[...] la libertad de imprenta, verdadero vehículo de las luces, debe formar parte de la ley fundamental de la Monarquía, si los españoles desean sinceramente ser libres y dichosos⁵⁰.

Su reconocimiento llegó de la mano del artículo 371 que reconoció el derecho a escribir, imprimir y publicar las ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión y aprobación previa, bajo las responsabilidades que establezca la ley. El ejercicio libre y la protección de este derecho sería encomendado a las Cortes (art. 131, vigesimocuarto).

III.4. De la administración de la justicia criminal

Quizá la apuesta más decisiva por los derechos individuales fue la concerniente a la protección de las personas privadas de libertad. En su discurso preliminar Argüelles mostraba ademanes de preocupación al respecto de la administración de la justicia criminal. Reconociendo que si la administración de justicia civil precisaba del establecimiento de unos principios constitucionales que la ordenaran; por ser la privación de la libertad, de la vida, el honor o el resarcimiento reparatorio ante la mala administración de la justicia materias subyacentes a la justicia criminal, con más ahínco precisaba de ajustes urgentes.

Prisiones arbitrarias, arrestos indebidos, dilaciones reclamaban con urgencia una reforma radical⁵¹. Del mismo modo se exigían derogar con la práctica del resarcimiento del daño mediante la confiscación de bienes.

El intolerable y depravador abuso de privar a un reo de su propiedad es casi simultáneo en los más de los casos al acto del arresto; y bajo el pretexto especioso de asegurar el modo de resarcir daños y perjuicios, derechos a la cámara del rey, o acaso por otros motivos más ilegales o injustos se comete una vejación, cuyo enorme peso recae no ya sobre el arrestado, sino sobre su inocente familia, que desde el momento del secuestro empieza a pagar la pena de delitos que no ha cometido⁵².

(50) *Ibidem*, p. 112.

(51) *Ibidem*, p. 110.

(52) *Ibidem*, p. 111.

Introduciendo por vez primera en la agenda de futuros debates constitucionales la posibilidad de que sean los jueces los que elijan a sus iguales con el fin de evitar la politización de la justicia y el deseable establecimiento del tribunal del jurado⁵³.

La materialización de algunos de los deseos de los constituyentes en materia penal llegó de la mano del Capítulo III *De la administración de justicia en lo criminal*, del Título de la Constitución de 1812. Como si se tratara de una síntesis de codificación penal, constituyentes gaditanos no dudaron en blindar en el texto constitucional materias propias de las leyes orgánicas, posiblemente alarmados por la fragilidad de la situación. Ello nos hace comprender el clima de ausencia total de derechos y libertades imperante.

La impronta que dejaron los constituyentes de 1812 en el Derecho penal y penitenciario español supuso un punto de partida para la moderna codificación penal. El texto constitucional trató cuestiones tan relevantes y auténticamente novedosas como: la eficiencia y eficacia de la administración penal encomendando al legislador dotarla de leyes apropiadas para que el proceso se realice de forma breve y sin vicios (art. 286); vetó expresamente la pena de prisión sin la existencia previa de un sumario en la instrucción del procesado y un mandato judicial expreso (art. 287); estableció un plazo máximo de 24 horas para la puesta a disposición judicial de los detenidos (art. 290); dispuso llevar un registro previo y obligatorio de los presos (art. 293); encomendó regular el régimen de visitas en la cárceles; responsabiliza al juez o alcaide de detención arbitraria en el caso de falta de observación de lo dispuesto respecto a los detenidos (art. 299); fijó el derecho del reo de ser informado de los testimonios y filiaciones en su contra (art. 301); estableció que los procesos serían públicos (art. 302); se ocupó del veto a la confiscación de bienes (art. 304); del veto a la extensión de la pena a los familiares del reo (art. 305); o del veto al allanamiento de la morada de los españoles (art. 306).

Por su transcendencia histórica, constitucional, revolucionaria, pero sobre todo humana, dos artículos introdujeron en el derecho español penitenciario dos materias dignas de reproducir aquí:

Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar, y no para molestar a los presos; así, el alcaide tendrá a éstos en buena custodia, y separados los que el juez mande tener sin comunicación; pero nunca en calabozos subterráneos ni malsanos (Constitución española de 1812, artículo 297).

(53) “Mas al paso que no duda que algún día se establezca entre nosotros la saludable y liberal institución de que los españoles puedan terminar sus diferencias por jueces elegidos de entre sus iguales, en quienes no tengan que temer la perpetuidad de sus destinos, el espíritu de cuerpo de tribunales colegiados y, en fin, el nombramiento del Gobierno, cuyo influjo no puede menos de alejar la confianza por la poderosa autoridad de que está revestido, reconoce la imposibilidad de plantear por ahora el método conocido con el nombre de juicio de jurados”. *Ibidem*, pp. 111-112.

No se usará nunca del tormento ni de los apremios (Constitución española de 1812, artículo 304).

III.5. Ocaso del sueño liberal con el Manifiesto de los Persas

Apuntaba Argüelles en el discurso preliminar que la libertad civil desaparecía en el momento en el que surgía la desconfianza, motivo por el cual alertaba a prevenir el sentimiento popular de que el Gobierno convierta la justicia en un instrumento de venganza.

Con la aprobación del texto constitucional, el 19 de marzo de 1812, el sueño democrático no hizo más que empezar. La guerra contra los franceses continuaba de forma desordenada ya que el texto constitucional no era aceptado por buena parte de la población. Al abordarse en las Cortes los debates sobre la abolición de la Inquisición o la reforma del clero dio paso al estallido de disputas violentas en las que los clérigos predicaban abiertamente la rebelión. Incluso se “urdió un complot para derrocar a la Regencia y sustituirla por otra encabezada por la mujer del príncipe regente de Portugal y hermana de Fernando VII [...] En su desesperación por encontrar la réplica idónea a esta tentativa, los liberales dieron en la idea de granjearse el favor de los británicos ofreciendo a Wellington la jefatura suprema del ejército español”⁵⁴. El clima bélico, de un lado contra los franceses y de otro de confrontación interna, estaba garantizado y estalló cuando las Cortes se dispusieron a abolir la Inquisición. Con todo, las victorias contra los franceses, la presión de las tropas de Wellington por el oeste y el debilitamiento de Napoleón en el frente contra Rusia terminaron liberando España de los franceses.

Una nueva esperanza se abría sobre el constitucionalismo español. Pero el daño estaba hecho.

A pesar de que las masas de las ciudades se inclinaban por los liberales, tanto el clero como las oligarquías se habían posicionado en contra de los liberales, dejándoles a merced del ejército. Siguiendo a Esdaile, tradicionalmente el cuerpo de oficiales del ejército estaba en manos de la nobleza, pero la guerra trastocó aquello al desaparecer el monopolio de entrada directa de aristócratas en la oficialía y al reducirse su presencia se creó un grupo de opinión en el ejército que tenía mucho que perder por la vuelta del absolutismo; al tiempo tenía que soportar un sentimiento antimilitarista porque los liberales veían al ejército como una amenaza a la libertad⁵⁵.

(54) Vid. ESDAILE, Charles. “El Levantamiento Español”, *Spain in the Liberal Age...*, *op. cit.*, p. 103.

(55) *Ibidem*, pp. 107 -108.

La salida pactada de Napoleón ante su derrota peninsular⁵⁶ y el regreso de Fernando VII, mediante el Tratado de Valençay, del 11 de diciembre de 1813⁵⁷, representó el crepúsculo y el ocaso de lo que debió ser el verdadero inicio de la revolución española y del constitucionalismo liberal.

A finales de marzo de 1814, Fernando VII entraba en la península ibérica encontrando una tierra completamente arruinada y un reino en el que sus colonias americanas estaban en plena rebelión. Por si aquello fuera poco, el 12 de abril de 1814, 69 diputados de tendencia absolutista firmaron un documento bautizado el Manifiesto de los Persas, en referencia a la costumbre persa de tener un periodo de anarquía tras la muerte del rey. El extenso documento analizaba, desde la perspectiva de la nobleza y el clero, los resultados a los que abocaría el mantenimiento de la Constitución. Los 69 diputados aseguraban que la democracia se funda en la inestabilidad y la inconstancia ya que al excluir a la nobleza del gobierno se destruiría el orden jerárquico y se dejaría sin esplendor la sociedad.

Entre algunas de las cuestiones que planteaban advertían: “La Nobleza siempre aspira a distinciones: el Pueblo siempre intenta igualdades: este vive receloso de que aquella llegue a dominar; la Nobleza teme, que aquel no la iguale: si, pues, la discordia consume los gobiernos, el que se funda, en tan desunidos principios siempre ha de estar amenazado de su fin”⁵⁸.

Los diputados, partidarios del absolutismo, recelaban de la independencia de la justicia criminal advirtiéndole a Fernando VII que desde que se dictó “la Constitución, los caminos y poblados están llenos de malhechores, no se experimenta el castigo, los ofendidos miran como infructuosa la queja, resueltos más bien a tomarse la justicia que a reclamarla, y los jueces se consideran impedidos de aplicar remedio, hallando una dificultad en cada artículo: de forma, que solo hallamos libertad en el delincuente, y esclavitud en el buen vasallo”⁵⁹. Y apostaban por el mantenimiento de la Inquisición⁶⁰.

(56) “Napoleón cada día más desesperado decidió liberar a Fernando VII con la esperanza de reducir sus pérdidas. El Deseado cruzó oportunamente la frontera con Cataluña el 24 de marzo de 1814”. *Ibidem*, p. 106.

(57) Un Tratado por el que Napoleón, mediante la liberación de Fernando VII y Carlos IV, pretendió una salida honorífica de la península y el establecimiento de un tratado de amistad y comercial, pero que no llegó a ser ratificado.

(58) Vid. *Representación y Manifiesto que algunos diputados a las Cortes ordinarias firmaron en los mayores apuros de su opresión en Madrid para que la Majestad del Sr. D. Fernando el VII a la entrada en España de vuelta de su cautividad, se penetrase del estado de la Nación, del deseo de sus provincias, y del remedio que creían oportuno*, Impresa en Madrid por Real Orden de S. M. España, 12 de abril de 1814, párrs. 20 y 21.

(59) *Ibidem*, par. 69.

(60) Creer que con la impunidad ha de mantenerse la religión de que habla el artículo 12 en época en que la relajación ha hecho tantas conquistas, y tenido tan rápidos progresos, es fijar en un imposible la conservación del santuario, que con tanto respeto ha mirado siempre España. *Ibidem*, par. 88.

El Manifiesto de los Persas fue entregado a Fernando VII a su llegada a Valencia, el 16 de abril de 1814, allí le esperaban las tropas del General Francisco Javier de Elío quien se puso a disposición del monarca⁶¹. Con ello se gestó el Decreto de Valencia del 4 de mayo de 1814, mediante el que se instauraba nuevamente el absolutismo y se abolía la Constitución promulgada por las Cortes de Cádiz⁶².

IV. Riego, el Trienio Liberal y la codificación penal. Una nueva etapa de constitucionalismo liberal entre el *trágala* y el debate en torno al tratamiento del detenido

Lejos de desterrarse el sueño liberal español tras su derrota con el regreso de Fernando VII, la difícil situación en el mundo rural, la guerra en las colonias en América y la oculta organización de los liberales prosiguió mediante diversos alzamientos: Espoz y Mina (1814), Díaz Porlier (1815), Lacy y Milans del Bosch (1817). Finalmente, el 1 de enero de 1820 volvió a emerger el movimiento liberal con el levantamiento del Teniente Coronel Rafael del Riego y Flórez en Las Cabezas de San Juan (Sevilla). Con ello se iniciaba una nueva etapa en la que Riego obtuvo el respaldo de importantes secciones del ejército y de las clases cultas, además de las propias revueltas populares por las que finalmente, el 7 de marzo de 1820, Fernando VII se vio obligado a jurar la Constitución de 1812⁶³. Todo ello no sin trabas para las Cortes.

A partir de ahí se declaró la nueva entrada en vigor de las leyes promulgadas por las Cortes de Cádiz, se abrieron clubes patrióticos y se rescató el programa político décimo doceañista. El clima de confrontación entre absolutistas y liberales era

(61) “Pronto empezaron a desfilar las fuerzas absolutistas por Madrid, mientras que una ciudad tras otra eran presa de motines y disturbios. Aunque unos pocos comandantes permanecieron fieles a los liberales, sabían que no podían confiar en sus subordinados y por ello no opusieron gran resistencia. Las tropas de Elío, blandiendo un decreto por el que se disolvían las Cortes y se anulaban todas sus obras, llegaron a Madrid el 10 de mayo de 1814, e inmediatamente procedieron a arrestar a docenas de liberales”. Vid. ESDAILE, Charles. “El Levantamiento Español”, *Spain in the Liberal Age...*, op. cit., p. 109.

(62) “Por tanto, habiendo oído lo que (...) me han informado personas respetables por su celo y conocimientos, y los que acerca de cuanto aquí se contiene me ha expuesto en representaciones que de varias partes del Reino se me han dirigido, (...) declaro que mi Real ánimo es, no solamente no jurar ni acceder a dicha Constitución, ni a decreto alguno de las Cortes generales y extraordinarias ni de las ordinarias actualmente abiertas (...), sino el de declarar aquella Constitución y aquellos decretos nulos y de ningún valor ni efecto, (...) como si no hubiesen pasado jamás tales actos y se quitasen de en medio del tiempo, y sin obligación en mis pueblos y súbditos de cualquier clase y condición a cumplirlos y guardarlos”. Vid. *Decreto de Valencia de Fernando VII*, 4 de mayo de 1814.

(63) “La tesis de que la Constitución fue restaurada por el pueblo se nos antoja harto caprichosa. Especialmente por el hecho de que las Cortes de Cádiz habían ofrecido en la práctica muy poco al pueblo. El futuro de la revolución que se había puesto en marcha dependería en gran medida de si sus sucesores podían ofrecer algo mejor”. Vid. ESDAILE, Charles. “El Levantamiento Español”, *Spain in the Liberal Age...*, op. cit., p. 135.

completamente excluyente y a ello se unía la división entre el liberalismo moderado y el exaltado⁶⁴. El clima político era muy delicado.

Entre las medidas que se emprendieron se pretendió nuevamente abolir los privilegios de la Iglesia y la nobleza y se trató de poner fin a las pretensiones del Ejército, al tiempo que las Cortes consideraron ofrecer a los rebeldes americanos una tregua. Lo anterior, unido a la crítica situación económica, devino en la indignación del Ejército de ultramar a la par que el desorden se apoderaba de las calles⁶⁵; viéndose las Cortes obligadas a restringir la libertad de prensa y los clubes políticos⁶⁶.

Aquellas maniobras no fueron ampliamente recibidas por el pueblo y no coadyuvaron a la afección de una Constitución esgrimida por los liberales⁶⁷. Finalmente, otro hecho prendería definitivamente la mecha de la indignación y la división entre los liberales moderados y los exaltados; el arresto de Matías Vinuesa, *Cura de Tajamón*, quién fuera el capellán de honor de Fernando VII que presuntamente urdía un plan conspiratorio contra el orden constitucional con el objetivo de restaurar la monarquía absoluta⁶⁸.

(64) Apunta Torres del Moral que los moderados desconfiaban de la viabilidad de la Constitución Y preferían una reforma de la misma que permitiera la entrada de una segunda cámara y un mayor margen de maniobra para el Poder Ejecutivo. Los exaltados Por su parte eran doceañistas irreductibles mucha fuerza a través de la prensa clubes políticos masonería y la facción del Ejército que secundaba a Riego. Vid. TORRES DEL MORAL, Antonio *Constitucionalismo histórico español...*, *op. cit.*, p. 51.

(65) Advierte García-Gallo que la gestión no fue tan fácil como en el periodo 1810-1814 dado que ahora el rey se oponía a la Constitución y el pueblo no estaba distraído con las dificultades de la guerra, mostrándose el pueblo contrario a la Constitución. Vid. GARCÍA-GALLO, Alfonso. *El origen y la evolución del Derecho...*, *op. cit.*, p. 110.

(66) "La supervivencia de la revolución de 1820 pasaba por la adopción de una línea mucho más radical. Había que descentralizar el poder político liberar al pueblo de la carga de los impuestos el servicio militar los derechos y gravámenes feudales y darle acceso a las milicias nacionales y a las tierras de la Iglesia la nobleza y los municipios". *Ibidem*, p. 143.

(67) Alzaga Villamil anota que durante el trienio liberal los doceañistas "gritaban por las calles a los absolutistas aquel célebre pareado, "Trágala, trágala, trágala servilón / Trágala, traga la Constitución". Vid. AA.VV., *Derecho político español según la Constitución de 1978...*, *op. cit.*, p. 207.

(68) Según apuntan los historiadores en el encausamiento que siguió, "salieron a la luz una serie de documentos altamente alarmantes -el Grito de un español verdadero a toda la nación o el Extracto de la gaceta de Múnich, que contiene la Instrucción política a los generales del ejército sajón-ruso que debe obrar en España- que se encontraron entre los papeles del cura; asimismo, se halló también una especie de plan de estudios para la juventud y una obrita titulada Constitución fundamental de los libertadores del género humano, al parecer, proveniente de alguna sociedad secreta. También se le ocupó una cinta encarnada, con un letrado manuscrito que decía "Viva Fernando VII, la religión y sus defensores, y muera la Constitución" y un largo número de proclamas incendiarias en sobres dirigidos a personas concretas". Vid. GIL NOVALES, Alberto. "Vinuesa López de Alfaro, Matías, "el Cura de Tajamón" (ca. 1776-1821)", [sic.! visualizado 27/04/2021].

<http://mcnbiografias.com/app-bio/do/show?key=vinuesa-lopez-de-alfaro-matias>

Con la detención del *Cura de Tamajón*, el 21 de enero de 1821, las facciones más exaltadas reclamaban la pena de muerte del párroco y hacían del *trágala* su emblema contra los restauradores del absolutismo. El 4 de mayo de 1821, Matías Vinuesa era condenado a diez años de prisión. Ese mismo día, un grupo de exaltados irrumpieron en la cárcel en la que estaba recluido Vinuesa y los asesinaron a martillazos. Su asesinato supuso un punto de desconexión con las ideas revolucionarias inmortalizado por Pérez Galdós.

Poco después del medio día una horda de caníbales se reunía en la Puerta del Sol, mejor dicho, se diseminaba, [...] las autoridades miraban aquello como se mira una fiesta. Después de las cuatro los grupos volvieron a invadir la Puerta del Sol. Había en ellos una frialdad solemne y lúgubre, como de quien no fía nada al acaso ni a la pasión, sino al cálculo y a la consigna. La autoridad seguía no viendo nada, o negligente o cómplice o imbécil que las tres cosas pueden ser. Los grupos susurraban, y por un momento vacilaron; pero al cabo de cierto tiempo dirigieron por la calle de Carretas y las de Barrionuevo y la Merced, a la cárcel de la Corona. [...] Destacábase al frente de uno de los grupos el ciudadano Pelumbres, [...] sus compañeros rompían a hachazos la puerta de la cárcel. [...] La puerta no se resistió mucho. [...] El calabozo de Vinuesa era bastante conocido de casi todos los que entraron. Cómo lo abrieron no se sabe. [...] Poniéndose de rodillas y cruzando las manos, gritó: -¡Perdón, perdón! [...] El martillo describió primero un círculo en vano, después otro... y la cabeza del infeliz reo recibió el mortal golpe. [...] Lavaban los asesinos el martillo en la fuente de la calle de Relatores, cuando el Gobierno resolvió desplegar la mayor energía. ¡Qué sería de esta Nación si la Providencia no le deparase en ocasiones críticas el tutelar beneficio de su Gobierno! La noticia del crimen corrió por Madrid, y la villa, que es y ha sido siempre una villa honrada, se estremeció de espanto y piedad. El Gobierno se estremecía también, y declaraba con patriótico celo que no descansaría hasta castigar a los culpables. Para que nadie tuviera duda de su gran entendimiento y perspicacia política, mandó que inmediatamente se pusiera fuerza del ejército en el edificio, y por si alguien tenía dudas todavía de su diligente y paternal actividad, ordenó que al instante, sin pérdida de un momento, se instruyesen las oportunas diligencias. Quejarse de un Gobierno así es quejarse de vicio⁶⁹.

IV.1. La Codificación penal de 1822 y la dignidad del detenido

Tal y como hemos visto anteriormente, uno de los mayores avances de la Constitución de 1812 fue el establecimiento de una *administración de justicia en lo criminal*. Una materia deshumanizada y desterrada con el regreso de Fernando VII quién, de forma simbólica, mandó regular mediante Real Decreto de 2 de diciembre de 1819, pero del que no hay constancia de su inicio. Su deplorable situación urgía de regulación dado que la preocupación por regular la legislación criminal era ante-

(69) Vid. PÉREZ GALDÓS, Benito. *Episodios Nacionales*, "El Grande Oriente", T. VII, Cp. XXVI, Madrid, Administración de La Guinalda y Episodios Nacionales, 1884.

rior a la Constitución de 1812, ya que, mediante Decreto de 22 de abril de 1811, las Cortes de Cádiz abolían la tortura⁷⁰.

A pesar de la difícil situación imperante, tanto en la península como en las colonias, las Cortes no depusieron el mandato constitucional de legislar en determinados aspectos que se hacían cruciales para la nación. La *administración de justicia en lo criminal* era uno de ellos y las Cortes de 1820 no dudaron en legislar con la celeridad que ello requería, su misión era la de concluir con la bárbara legislación del Antiguo Régimen encargando a los diputados liberales del trienio liberal la formación de una Comisión encabezada por Calatrava, Martínez Marina y Flórez Estrada⁷¹. Se iniciaron así, con la revolución liberal, los primeros debates legislativos en torno a la Codificación penal y la humanización de las penas⁷². Influirían en su redacción las figuras del derecho penal más relevantes de aquella época: Beccaria, Bentham, Bexon, Filangeri, Howard, Marat, Montesquieu⁷³. No influyendo sin embargo Lardizábal, probablemente por razones políticas⁷⁴.

Para una parte de la doctrina el establecimiento del origen del derecho penitenciario se inicia con el Real Decreto de 14 de abril de 1834, sobre la Ordenanza

(70) Apunta Alzaga Villamil, que el “19 de abril de 1811 un grupo de diputados liberales presentó ante las Cortes un Proyecto de Reglamento para la abreviación de las causas criminales, que era reflejo directo de las innumerables cartas de presos, o de sus familiares, con quejas sobre la tardanza en la instrucción de las causas penales y de la experiencia acumulada por la Comisión de Justicia —creada el 4 de abril a propuesta del propio Argüelles— de aquellas Cortes, que estaba visitando órganos judiciales y penitenciarios para detectar malas prácticas con el propósito de pensar y establecer fórmulas que las evitasen”. Vid. ALZAGA VILLAMIL, Óscar. “La justicia en la Constitución de 1812”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, p. 252.

(71) “El 20 de agosto de 1820 las Cortes nombraron una Comisión para que procediese a la elaboración de un proyecto de Código penal; formaron parte de dicha Comisión Calatrava, Martínez Marina y Flórez Estrada, entre otros miembros de menor renombre; al parecer, los dos primeros diputados citados fueron quienes más intensamente intervinieron en la redacción del texto legal”. Vid. TOMÁS Y VALIENTE, Óscar. *Manual de historia del derecho español...*, op. cit., p. 496-497.

(72) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *Manual de Derecho Penal*, Editorial Reus, Vol. I, Madrid, 1933, p.138.

(73) Según apunta Tomás y Valiente influirían en el Beccaria, Filangeri, Bexón y sobre todo Bentham. Vid. *Ibidem*, p. 497; Jiménez Asúa señala a Beccaria, Howard y Marat como las principales figuras de la época. Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *Principios de derecho penal. La ley y el delito*, Abeledo-Perrot S.A.E. e I. Editorial Sudamericana S.A., Buenos Aires, 1958, p. 38; y autores más contemporáneos sitúan a: Bentham, Feuerbach, Romagnosi, Bexon, Beccaria, Montesquieu y Filangeri entre los autores extranjeros influyentes, y, españoles: “Marcos Gutierrez, J. “Practica criminal de España”, 1804-1807 y Villanova y Mañés, S.: “Materia Criminal Forense, o Tratado universal teórico y práctico de los delitos y delincuentes en género y especie”, 1807”. Vid. LLORENTE DE PEDRO, Pedro-Alejo. “El reflejo penitenciario de la legislación del Antiguo Régimen y la primera Codificación Penal española de 1822”, *Revista de estudios penitenciarios*, In memoriam del profesor Francisco Bueno Arús, Ministerio del Interior, 2013, p. 171.

(74) Vid. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español. Parte General*, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid, 2004, p. 128.

General de Presidios del Reino⁷⁵. Entre otros, Reviriego Picón, apunta que la línea divisoria de la historia de la legislación penitenciaria se sitúa en la regencia de María Cristina “por más que en el Código Penal de 1822 ya se habían establecido como penas corporales el presidio, la reclusión en una casa de trabajo y la prisión en una fortaleza”⁷⁶. Y ciertamente con aquella norma se estableció “el principal cuerpo normativo penitenciario del siglo XIX”⁷⁷, pero la primicia del coraje y la determinación de romper con un sistema penal cruel y primitivo, de una España dominada por el absolutismo y la Inquisición⁷⁸, no deja de ser mérito de una revolución liberal en la que, como apunta Asúa, los diputados “más que edificar un Derecho penal y carcelario nuevo, censuran lo existente, procuran destruir lo ya caduco. Por eso son revolucionarios”⁷⁹.

Al margen de lo revolucionario, es indiscutible que el legado moral dejado por los constitucionalistas de 1812, en su intento de humanizar al detenido, representa el primer exponente democrático de la historia constitucional española en esta materia.

a. El dictamen del primer Código criminal

Nombrada una Comisión para la elaboración del primer Código penal, el 20 de agosto de 1820, que fuera encabezada por el diputado José María Calatrava; el trabajo desarrollado por la misma no tardaría en dar sus primeros brotes. El 21 de abril de 1821, Calatrava presentaría antes las Cortes el dictamen de la comisión sobre el Código criminal⁸⁰, que sería expuesto y publicado en la sesión del 22 de

(75) En la misma, la reina regente, en nombre de la reina Isabel II, destacaba que, el ya difunto rey Fernando VII, había dispuesto “poner término al estado de desorden en lo que por lo general se hallan los presidios del Reino, se dignó nombrar en 30 de septiembre de 1831 una Comisión compuesta de personas celosas y concededoras de las necesidades de dichos establecimientos para formar un Reglamento general, que conciliase la vindicta pública y la corrección de los penados con las atenciones de humanidad y de economía”. Vid. Real Decreto de 14 de abril de 1834, que contienen la Ordenanza General de Presidios del Reino, Fomento general.

(76) Vid. REVIRIEGO PICÓN, Fernando. “Los derechos de las personas privadas de libertad”, AA.VV. (Direcs), *Cultura de la paz y grupos vulnerables. Historia de los derechos fundamentales*, Editorial Dykinson, Siglo XX, Libro II, Tomo IV, 2014, p. 991.

(77) Permaneció vigente a lo largo de todo el siglo, tiempo durante el cual fue complementada por un elevadísimo número de disposiciones. Vid. GONZÁLEZ GALLEGO, Miguel Ángel. *El presidio del Canal de Isabel II en el contexto jurídico y penitenciario de la España isabelina (1851-1867)*, Tesis doctoral, Raquel Sánchez García (Dir.), Universidad Complutense de Madrid, 2021, p. 83.

(78) La Constitución de 1812 y el Código de 1822 CP 1822, inician un proceso de transición que “no ha culminado hasta después de la Constitución de 1978”. Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. “Constitución de 1812 y Código Penal de 1822 (algunas reflexiones sobre el tratamiento de la religión y la libertad ideológica y sobre la vigencia del texto penal)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 9, 2013, p. 169.

(79) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *Principios de derecho penal. La ley y el delito...*, op. cit., p. 38.

(80) Vid. Diario de las Sesiones de las Cortes, núm. 53, sesión del día 21 de abril de 1821, p. 1131.

abril de 1821. El dictamen inicial venía suscrito por los diputados: Martínez Marina, Calatrava, de Vadillo, Rey, Crespo Cantolla, Caro y Rivera; los cuáles se alarmaban de la extemporaneidad de la codificación.

España, señores, carecía de un Código Penal acomodado a la índole, carácter y estado presente de la nación, y de leyes protectoras de la virtud y de la inocencia, de la libertad civil y seguridad individual. Y ciertamente es bien difícil de comprender cómo una nación culta y qué tanta representación ha tenido en Europa, después de tantos siglos de existencia y de las repetidas convulsiones y mudanzas que ha experimentado en su educación, en su idioma, usos, costumbres y relaciones políticas y comerciales, no pensase seriamente en echar los cimientos de su Código criminal, parte de legislación en que más se interesan los derechos del hombre y del ciudadano⁸¹.

Entre los aspectos más alarmantes hallados en la legislación del Antiguo Régimen por los que los diputados comisionados urgían la necesidad de la codificación indicaban en tono sarcástico a la par que dramático y real:

(S)i el mérito de una buena legislación se hubiera de calcular por la multitud de leyes ó por el abultado tamaño de los volúmenes que las contienen, la de España se aventajaría a todas las de Europa. Mas ¿de qué pueda aprovechar una biblioteca legal, un cuerpo de derecho, sin la justa proporción de sus miembros, sin enlace, sin unidad y sin método? Y sobre todo, ¿qué podrá decirse de la naturaleza de sus leyes criminales? Leyes oscurísimas, expresadas por medio de nomenclaturas incomprensibles, y extendidas en estilo sumamente prolijo y complicado y en lenguaje á las veces semi-bárbaro; leyes en que se echa de menos la clasificación de los crímenes, la justa medida y graduación de los delitos y penas, y las relaciones y debida proporción de estas con aquellos; leyes parciales, contradictorias, cuya aplicación es muchas veces un problema muy difícil de resolver, y manantial de dudas y opiniones encontradas; leyes severas, crueles, sanguinarias, que autorizan atroces y horrorosos suplicios, mutilaciones injuriosas á la dignidad del hombre, bárbaros tormentos, de cuyo horrendo espectáculo se estremece aun el menos sensible y compasivo; leyes que desacreditan las costumbres y la moral privada de los españoles y representan á la faz del mundo civilizado ideas repugnantes á su carácter generoso y al estado de su cultura, en que tanto ha progresado. [es el] Código criminal el de mayor importancia y demás urgente necesidad: Código que reclaman la conservación del orden público, la seguridad del Estado y del sistema constitucional, la justicia pública, la integridad de los magistrados, el deseo de los buenos, la venganza y escarmiento de los facinerosos, la virtud perseguida y la humanidad ultrajada. Las Cortes nombrarán ya individuos de su seno para levantar el edificio y llevarlo á su perfección; los cuales, penetrados de la importancia de la empresa, y deseosos de corresponder á la confianza del Congreso y á la expectación general han trabajado infatigablemente⁸².

(81) Vid. Diario de las Sesiones de las Cortes, núm. 54, sesión del día 22 de abril de 1821, apéndice, p. 1155.

(82) *Ibidem*, p. 1155-56.

La estructura del dictamen preliminar presentado no dejaba de ser sumamente amplia lo cual lo hacía técnicamente defectuoso por su gran extensión y la inclusión de preceptos de carácter administrativo y procesal⁸³. Constaba de tres partes: Título Preliminar (arts. 1-90); Parte Primera *de los delitos contra la sociedad* (arts. 191- es- palda -de la misma forma que aquel- 604) y Parte Segunda *de los delitos contra los particulares* (arts. 605-829).

El sistema de penas introducido, en el que no estaba incluida la legislación militar ni eclesiástica, en esta legislación penal contemplaba tres únicas formas de ejecución (art. 29)⁸⁴:

- 1) *Penas corporales*: 1) pena de muerte; 2) trabajos perpetuos con una marca; 3) la deportación; 4) el destierro; 5) las obras públicas; 6) el presidio; 7) la reclusión en una casa de trabajo; 8) la de vergüenza pública; 9) la de ver ejecutar una sentencia de muerte, marca o vergüenza; 10) prisión en una fortaleza; 11) confinamiento en un pueblo y 12) el destierro perpetuo o temporal de un pueblo.
- 2) *Penas no corporales*: 1) declaración de infamia; 2) inhabilitación para ejercer empleo; 3) privación de empleo, honores...; 4) suspensión de aquellos; 5) arresto; 6) vigilancia especial; 7) la obligación de dar fianza de buena conducta; 8) la retracción; 9) la satisfacción; 10) el apercibiendo judicial; 11) la represión judicial; 12) la audición pública de la sentencia y 13) la corrección en casa o establecimiento de enseñanza.
- 3) *Penas pecuniarias*: 1) la multa y 2) la pérdida de algunos efectos.

Entre algunos de los aspectos novedosos, introducía un sistema de graduación doble de la reincidencia en el capítulo titulado *De las reincidencias y del aumento de penas en estos casos*.

Lamentablemente contemplaba el mantenimiento de la pena capital (art. 121)⁸⁵.

Cierto es que el Código Penal de 1822 rompió con algunas de las barbaries aplicadas durante la época absolutista, cuyo compendio legislativo se agrupó a principios de siglo en la Novísima Recopilación (1805)⁸⁶. No obstante, aunque la

(83) Vid. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español...*, op. cit., p. 128.

(84) "Solamente la pena de prisión en fortaleza tenía la consideración de pena privativa de libertad. Y dentro de las no corporales, el arresto en una cárcel pública o depósito municipal, reunía un carácter mínimamente penitenciario". Vid. SANCHA DÍEZ, José Pablo. *Derechos fundamentales de los reclusos*, Tesis Doctoral, Fernando Reviriego Picón (Dir.), Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2017, p. 45.

(85) Para un estudio amplio sobre la reincidencia. Vid. ASÚA BATARRITA, Adela. "La reincidencia en el código penal de 1822", *Estudios de Deusto*, Vol. XXIX, 1981, pp. 229-322.

(86) Esta obra se dividía en 5 tomos y 12 libros, dedicando el último de ellos al ámbito penal. Vid. Carlos IV. *Novísima Recopilación de las Leyes de España. De los delitos y sus penas y de los juicios cri-*

humanización hacia el delincuente había iniciado brevemente su camino, todavía quedaba un largo trecho por recorrer, ya que no debemos olvidar que el referido código incluía diferentes supuestos de pena de muerte castigados como pena única (hasta un total de 20)⁸⁷. El aspecto más controvertido era, sin duda, el mantenimiento de la *pena de muerte*, pero también las penas de *marca*, los *trabajos perpetuos* y la *vergüenza pública*.

Para la *pena de muerte* el dictamen de Código criminal dedicó una buena parte del articulado (arts. 32-47) para exponer el proceso que abarcaría desde que se dicta la sentencia hasta la exposición final del cadáver. Se pretendió mostrar una mínima humanización de la persona condenada exhortando a tratar al reo con consideración y blandura; proporcionarle los auxilios y consuelos espirituales y corporales que necesitara; permitiéndole ver y hablar las veces y el tiempo que quisiera con su mujer, hijos, parientes y amigos; arreglar sus negocios; hacer el testamento y disponer de sus bienes personales (art. 33). Incluso enfatizó en la prohibición de la tortura y la previa mortificación al considerar que el garrote era el medio más rápido para este fin (art. 39).

Pero la crueldad del ser humano continuó con su arraigo histórico al mantener, entre otras: la notificación mediante carteles con el nombre del reo; su domicilio y el delito por el que era condenado a muerte; la conducción sobre una mula con túnica y gorro negro (con la cara descubierta si había sido condenado por infamia, con la cabeza rapada y sogas al cuello por traición, el asesino llevará túnica blanca manchada de sangre y sogas al cuello, el parricida igual que el asesino con una cadena de hierro al cuello...); el pregón público con el nombre del reo y el delito por el que se le condenaba durante el camino desde la cárcel hasta el cadalso; su ejecución pública; la final exposición pública del cadáver ejecutado hasta la puesta de sol que era el momento en el que sería finalmente entregado a su familia (salvo aquellos ejecutados por traición o parricidio que serían sepultados en el campo y sin señal alguna).

El panorama no resultaba más enriquecedor en lo que respecta a los *trabajos perpetuos* (arts. 48-50) que, además de crueles e inhumanos, eran retributivos para el Estado. A los reos condenados a trabajos perpetuos se les marcaba públicamente con un hierro ardiendo en la espalda con la forma D⁸⁸. Los condenados a trabajos

minales, Tomo V, Libro XII, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1993, pp. 307-530.

(87) González Gallego refleja en su tesis un cuadro comparativo, aplicado al presidio del Canal de Isabel II, de la tipología delictiva de los distintos supuestos de pena de muerte castigados como pena única de los distintos códigos penales españoles del siglo XIX (1822, 1848 y 1870) si bien, es importante reflejar aquí, que el mismo no es contrastable por la inoperancia del Código penal de 1822. Vid. GONZÁLEZ GALLEGO, Miguel Ángel. *El presidio del Canal de Isabel II...*, op. cit., p. 481.

(88) Para la forma de ejecutar la *pena de marca* se contemplaban los mismos aspectos de publicidad, conducción al cadalso y ejecución pública de la marca que para los condenados a muerte. "Será conducido en el mismo día ó en el siguiente al de notificación de la sentencia, desde la cárcel a un tablado hecho en una plaza pública, y se le llevará en camisa de medio cuerpo arriba, atadas las

perpetuos estarían absolutamente separados de cualesquiera otros reos y llevarían continuamente una cadena que no les impidiera trabajar y que les encadenara a otro reo. Por otra parte, se establecía la posibilidad de ser deportado -previa muestra de arrepentimiento- una vez hubieran transcurridos diez años de trabajos forzados con buen comportamiento (art. 147).

*Los trabajos en que se ocupen estos delincuentes serán los más duros y penosos, y nadie podrá dispensárselos, sino en el caso de enfermedad, ni se les permitirá más descanso que el preciso*⁸⁹.

Una vez vistas las anteriores condenas, la *pena de deportación* (arts. 52-52) en isla o colonia con el destino a los trabajos que su jefe dispusiera (convertirse en un esclavo) resultaba incluso reconfortante salvo en el supuesto de reincidencia en el delito o en caso de fuga.

El *destierro* (arts. 53) pudiera considerarse una condena humana a tenor de las anteriores, pero el Código criminal incluso solapaba materias civiles dando por muertos a los reos condenados a trabajos perpetuos y a los desterrados del reino (art. 54).

Respecto a la *pena de obras públicas* (arts. 55-56), netamente retributiva para el Estado, establecía un máximo de 25 años y conducía a los reos encadenados de dos para trabajar en los caminos, canal, plaza... más inmediato al pueblo en que hubieran cometido el delito. "Durante el tiempo de su condena nadie podrá dispensarles del trabajo sino en caso de enfermedad coma ni se les permitirá más descanso que el preciso"⁹⁰.

La *pena de presidio* (arts. 57-59) mostraba, en apariencia, una consideración más humana. Establecía un máximo de 20 años, conducía a los reos sin cadenas -siempre y cuando no se observara mala conducta- y contemplaba también un principio de retribución en el que empleaba al reo en servicios públicos o la construcción, según sus capacidades.

La *pena de reclusión* (arts. 60-62) contemplaba distintas graduaciones de la pena en función de la edad y el sexo y diferenciaba las casas de reclusión por sexos. Los reos no podrían salir de las casas hasta el cumplimiento total de su condena. Establecía el pago de un salario al que se le devengaría lo necesario por el alimento y vestido del reo.

manos, descubierta la cabeza, y sobre un juramento guiado del diestro por el ejecutor de la justicia. Para que éste le ponga la marca, será atado el reo á un palo colocado sobre el tablado...". Vid. Diario de las Sesiones de las Cortes, núm. 54, sesión del día 22 de abril de 1821, apéndice, p. 1163, art. 48.

(89) *Ibidem*, artículo 50, p. 1163.

(90) *Ibidem*, artículo, 56, p.1164.

La *pena de vergüenza* (arts. 63-65), la más corta de las penas corporales –por el espacio máximo de una hora– no dejaba de ser cruel e inhumana. En este breve tiempo, el reo no podía ser atormentado físicamente, aunque la tortura psicológica estaba garantizada. Establecía la norma que las mujeres condenadas fueran enteramente vestidas con el fin de preservar su decencia. Los reos condenados a vergüenza serían conducidos a continuación del reo principal y con un cartel a la espalda –de la misma forma que aquel– pero con sus propias vestiduras, cabeza descubierta y manos atadas. Se le obligaba finalmente a presenciar la ejecución de la sentencia del principal.

Contemplaba el dictamen del Código criminal una distinción por edad en la que impedía ejecutar a los menores de 17 años (art. 66), por sexo impidiendo condenar a las mujeres a trabajos perpetuos, obras públicas, presidios (art. 69) o a muerte, si estaban embarazadas y hasta que se verificara el parto (art. 70). Incluso se continuaba rindiendo un aberrante tributo al clero.

Por honor al sacerdocio, ninguno que haya recibido la orden de tal sufrirá tampoco la pena de trabajos perpétuos, obras públicas ni vergüenza. En el primer caso, será deportado el reo sacerdote, y si incurrieron en delito de obras públicas, será destinado por igual tiempo á un presidio para servir en los hospitales o en las iglesias⁹¹.

b. El debate legislativo en torno a la (in)dignidad y los derechos del reo

Finalizada la exposición del dictamen del Código criminal por el diputado Calatrava, las Cortes mandaron imprimir, a la mayor brevedad, el proyecto de Código criminal con el fin de enviarlo a las universidades, tribunales y colegios de abogados del reino con el fin de que enviaran las alegaciones pertinentes, dando como plazo el 1 de julio de 1821. Emplazando de igual modo, mediante anuncio en la *Gazeta*, para que cuantos literatos y personas instruidas puedan contribuir en la redacción final del Código⁹². El plazo tuvo que ser ampliado hasta el 15 de agosto de 1821 para poder garantizar la recepción de informes⁹³.

En torno a la pena capital

Recibidos múltiples informes, en diciembre de 1821, se debatía en las Cortes sobre la definición de las penas y la necesidad, o no, de la aplicación de la pena capital.

Entre otras instituciones, la Universidad de Sevilla y el Ateneo desaprobaban la división establecida entre penas corporales y no corporales. La Universidad de

(91) *Ibidem*, artículo 72, p. 1165.

(92) Vid. Diario de las Sesiones de las Cortes, núm. 56, sesión del día 24 de abril de 1821, p. 1248.

(93) Vid. Diario de las Sesiones de las Cortes, núm. 109, sesión del día 16 de junio de 1821, p. 2303.

Salamanca solicitó dividir las penas entre corporales y afflictivas y aplicar la *pena de la marca* únicamente a los extranjeros, admitiendo la pena capital. La Universidad de Alcalá solicitaba la supresión de la pena de muerte. El Colegio de abogados de Cádiz solicitaba mantenerla únicamente para los casos de alta traición. Solicitando el Colegio de abogados de Madrid que se emplee con mucha sobriedad. Según apuntaba Calatrava, en opinión de la Comisión encargada de la redacción del Código, para que se suprima la pena de muerte, la comisión, entendía que no se estaba en el momento de permitirse prescindir de ella ni existía la esperanza de verla suprimida tan pronto como quisieran. El perplejo de Díaz del Moral le llevó a preguntar si no existía persona o corporación que se opusiera a la pena de muerte a lo que Calatrava le respondió que únicamente la Universidad de Alcalá⁹⁴.

Reprobando dar continuidad a la pena capital, el diputado Moreno pidió que la pena de muerte fuera enteramente abolida. Puntualmente afirmaba este diputado que la pena tenía dos objetivos: resarcir a la sociedad los daños causados por el delito y escarmentar a los hombres para que no incurran en semejantes delitos. Con la pena de muerte se privaba al Estado de un miembro que podría resarcir a la sociedad y a su familia con su trabajo o su defensa, y tampoco se satisface el escarmiento ya que con la muerte el escarmiento es únicamente temporal. Proponía así sustituirla por la pena de trabajos perpetuos no sin antes preguntarse,

*¿de dónde viene el horror con que miramos al verdugo, inocente ejecutor de la justicia, sino del íntimo convencimiento en que estamos de que no hay facultad para despojar al hombre de la vida?*⁹⁵.

Respondiendo a Moreno, el diputado Álvarez de Sotomayor hizo uso de las teorías de Beccaria, Filangieri e incluso Lardizábal para enfatizar en la necesidad del mantenimiento de la pena capital dado que, si el individual empleó su derecho a la privar de la vida a un miembro de la sociedad, esta última adquiere ese mismo derecho. Su razonamiento se apoyaba en el igual mantenimiento de la misma en Francia e Inglaterra y en su restauración en Rusia o Alemania⁹⁶. Por su parte el diputado Milla desconfiaba de la utilidad de la pena de muerte por su nulo resarcimiento social y prevención al entender que cuanto más se multiplican las penas y su gravedad, más se multiplican los delitos. Admitiendo sin embargo que, en casos, como la alta traición, continuara⁹⁷ siendo necesaria. De forma similar se manifestaba el diputado Vadillo quién aplaudía el carácter filantrópico de la comisión y los

(94) Vid. Diario de las Sesiones de las Cortes, núm. 84, sesión del día 17 de diciembre de 1821, p. 1331.

(95) *Ibidem*, discurso del diputado Moreno, p. 1331.

(96) *Ibidem*, discurso del diputado Álvarez de Sotomayor, pp. 1132-1134.

(97) *Ibidem*, discurso del diputado Milla, p. 1334.

diputados, pero consideraba el espíritu disuasorio de la pena capital⁹⁸. La pena de muerte quedó finalmente aprobada.

En torno a la pena de trabajos perpetuos con una marca

La pena de *trabajos perpetuos con marca* fue impugnada por su perpetuidad por la Universidad de Cervera y las audiencias de Mallorca, Galicia, Sevilla, Cataluña y Madrid. El Colegio de Abogados de Madrid solicitaba que se reservara para los delitos muy graves y la Universidad de Granada proponía que se antepusiera a la pena de muerte, extremo al que se oponía la comisión. La Universidad de Salamanca pretendía que la marca fuera aplicada únicamente a los extranjeros. La pena de trabajos perpetuos con marca fue inicialmente aprobada sin más observaciones⁹⁹.

En torno a la pena de deportación

Esta pena fue únicamente impugnada por el Ateneo y apoyada por el Colegio de abogados de Madrid. Para la comisión era una de las penas más útiles si se lograba formar un buen establecimiento de la deportación. Por su parte el diputado López solicitaba que se ampliara información al respecto si la deportación estaba aparejada con el presidio a lo que Calatrava respondió que la pena de presidio era temporal y la deportación no, siguiendo lo indicado en el artículo 51¹⁰⁰.

En torno a la pena de destierro

La pena de destierro fue impugnada por la audiencia de Madrid sin embargo el Colegio de abogados de Madrid solicitaba que se impusiera únicamente al que fuera como acusado de un delito atroz y no hubiera quedado completamente convencido. Respecto a esto último la comisión entendió que no se podía convenir en una cosa en algo que haría daño al código y que fuera menos liberal que las leyes de partida preguntándose Calatrava, si se podría imponer una pena tan grave a un hombre que no habiendo sido completamente convencido no se supiese que fuera criminal

(98) Admitía el diputado Vadillo que la pena de muerte no corregía al delincuente, pero admitía el escarmiento en los que lo necesiten, “se trata por medio de éste de evitar que se reproduzcan crímenes fatales, cuyo medio además solo se aplica respecto á unos enemigos tan declarados de la sociedad, que parece tener en contradicción su existencia con la de esta. [...la sociedad] si tiene derecho de enviar millares de sus mejores y más predilectos hijos á la muerte para defender la Pátria, es evidente que también le tendrá cuando se llega a estimar incompatible la existencia de un individuo con la de la sociedad, contra la que el malvado ó el perverso, digno de muerte, está en guerra abierta”. *Ibidem*, discurso del diputado Vadillo, p. 1335.

(99) En la redacción final del Código penal de 1822 la *pena de marca* desaparece. *Ibidem*, p. 1335.

(100) *Ibidem*, discurso del diputado Calatrava, p. 1336.

“¿Le condenaríamos por sospechas solas, por más verosímiles que fuesen?”¹⁰¹. La pena fue aprobada sin distinciones.

En torno a la pena de obras públicas

La *pena de obras públicas* fue aprobada sin discusión alguna. La audiencia de Pamplona consideró que esta pena era inferior a la de presidio y Pacheco propuso que en las obras públicas se concentraran menor cantidad de reos¹⁰².

En torno a la pena de presidio

La pena de presidio únicamente fue impugnada por el Ateneo español a tenor del Estado de los presidios. La audiencia de Granada solicitó que se mejoraran este tipo de establecimientos penitenciarios y la audiencia de Pamplona consideraba que la pena de reclusión y prisión era superior a la de presidio.

Por su parte, el diputado Calatrava argumentó, en relación con el estado de las cárceles, que la comisión no hubiera propuesto la pena de presidio conociendo el fatal estado en el que actualmente se encontraban. La comisión entendía que se habían de establecer presidios para esos propósitos por considerar que se trataba de un medio muy útil para el resarcimiento de la pena cometido por hombres que no estaban destinados para sufrir la *pena de obras públicas*. Por otra parte, admitía una vez más, otra terrible distinción entre clases sociales.

*Hay algunos delitos que probablemente no los cometen más que hombres de cierta educación, los cuales sufrirían mucho más que otros en las obras públicas; y también personas, v.gr., los sacerdotes, que aunque cometan delitos comunes, no sería bien mirado que se les condenase á esta última pena*¹⁰³.

Por su parte, el diputado López advirtió que la desagradable pena de presidio es de las más útiles para la sociedad y acabará por desterrar la de las obras públicas por degradar al hombre en beneficio de la sociedad. Apoyaba su teoría en la tesis de Bentham argumentado que los que le criticaban por la defensa de la pena de presidio no lo hacían a él, sino a Bentham. Quedando aprobada dicha pena.

En torno a la pena reclusión en casa de trabajo

No se hicieron observaciones y quedó aprobada.

(101) *Ibidem*, discurso del diputado Calatrava, p. 1336.

(102) *Ibidem*, p. 1336.

(103) *Ibidem*, discurso del diputado Calatrava, pp. 1336-1337.

En torno a la pena de vergüenza pública

La pena de vergüenza pública fue una de las más disputadas y fue impugnada por la Audiencia de Granada, Extremadura, Madrid, Pamplona, el decano de Mallorca y el Colegio de Abogados de La Coruña. Por su parte la comisión consideraba que, bien aplicada, en aquellos delitos que son infames a los ojos del público, conduciría a cumplir con el fin principal que proponían las Cortes, causar el saludable escarmiento. Refiriéndose a Bentham, Calatrava aseguraba que la vergüenza pública era una de las medicinas más provechosas de la farmacia legal¹⁰⁴.

Focalizando en la vulneración del honor del reo, el diputado Romero Alpuente criticó que la pena de vergüenza pública conllevaría al ultraje definitivo del honor de la persona. Esta, al verse despreciada por las clases orgullosas, se abandonaría a modales vicios y a crímenes que no cometería si pudiera perder el honor. Lejos de asegurar la enmienda de la persona, al desposeer al reo de la vergüenza, no tendrá temor al desprecio de los demás hombres¹⁰⁵. El diputado Rey solicitaba a los diputados que vieran en la pena de vergüenza los efectos de causar en aquellos que la ven, no en el que la sufre, dado que aquel ya había perdido la vergüenza como autor de los delitos que se le imponía¹⁰⁶. Coincidiendo con Romero Alpuente, el diputado López advertía que los que sufrían la pena de la vergüenza no la conocían y que las reincidencias una vez ejecutada eran frecuentísimas. Proponía sustituir esta pena por otras más útiles como la reclusión, el trabajo continuo, la incomunicación o el silencio¹⁰⁷. Por su parte el diputado cada Calatrava disenta de las opiniones de los diputados que consideraban inútil la pena de vergüenza. Advertía que considerar las penas únicamente desde la perspectiva del reo las hacía inútiles, especialmente cuando se trataba de la pena de muerte o la de obras públicas. Sin embargo, para la pena de vergüenza pública la impresión que se causaba en los demás aseguraba el escarmiento y con ello la prevención¹⁰⁸.

El diputado Echeverría se unió al grupo de diputados que Imputaron la pena de vergüenza pública. Consideraba que aquella únicamente servía para habilitar al criminal para cometer todas en todo género de delitos al haber perdido el pudor. Por el bien de la humanidad las Cortes abolieron la horca, los azotes públicos o la flagelación privada que se ejecutaba en las escuelas Con el objeto de no degradar las almas¹⁰⁹. A la vista de la oposición de buen número de diputados, los diputados

(104) *Ibidem*, discurso del diputado Calatrava, p. 1337.

(105) *Ibidem*, discurso del diputado Romero Alpuente, p. 1337.

(106) *Ibidem*, discurso del diputado Rey, p. 1338.

(107) *Ibidem*, discurso del diputado López, p. 1338.

(108) Ejemplificaba el diputado Calatrava los efectos de la vergüenza pública en la impresión que le causó, siendo niño, el castigo infringido a una mujer condenada a la argolla por un hurto. Aseguraba tener aún presente el gesto de aquella mujer, lo que le impedía eludir de su marginación la idea del hurto sin que esta fuera acompañada de aquel castigo. *Ibidem*, discurso del diputado Calatrava, p. 1338.

(109) *Ibidem*, discurso del diputado Echeverría, p. 1339.

Calatrava y Casaseca alegaron que de no admitirse la pena de vergüenza pública debería de suprimirse el mandato establecido por el artículo 24 de la Constitución sobre las penas infamantes.

El diputado Flórez Estrada se opuso igualmente a la pena de vergüenza pública por considerar que nada castigaba a una persona que no tenía vergüenza. Refiriéndose al código inglés, que ya había retirado este tipo de penas, enfatizaba que los españoles no debían de ser menos filántropos que los ingleses¹¹⁰.

Nuevamente en defensa de la aplicación de esta pena, el diputado Calatrava recordaba que la dignidad del ciudadano consistía en tener virtudes, por lo cual la misma no podía ser mancillada por la imposición de un justo castigo sino por la perpetración de un crimen. Admitía por su parte que en Inglaterra se había suprimido este tipo de castigos no sin apuntar que el excesivo empleo que hacían los ingleses de ella¹¹¹. Replicaba el diputado Gasco recordando a Calatrava que la Constitución reconocía otras formas de penas infamantes (las aflictivas) que no tenían por qué ser la de vergüenza pública¹¹².

Finalmente, el diputado Castrillo, apoyándose en la teoría de Bentham, reconocía que la vergüenza pública pudiera carecer de valor para una persona que no hiciera caso de semejante pena, pero advertía sus efectos por la fuerza que haría en otros espectadores. Lo ejemplificaba en los efectos positivos de la antigua Grecia en una etapa en la que los legisladores debieron de publicar una ley que obligaba la exposición pública del cadáver de toda mujer que se suicidara; toda vez que se habían multiplicado los suicidios de mujeres que, por amor o celos, se quitaban la vida¹¹³. Visto el número de impugnaciones, la pena de vergüenza pública no fue aprobada.

En torno a la pena de ver ejecutar una sentencia de muerte, marca o vergüenza:

Fue aprobada.

En torno a la pena de prisión de una fortaleza:

No se presentaron alegaciones y fue aprobada.

En torno a la pena de confinamiento en un pueblo o distrito determinado

No se presentaron alegaciones y fue aprobada.

(110) *Ibidem*, discurso del diputado Flórez Estrada, p. 1339.

(111) *Ibidem*, discurso del diputado Calatrava, p. 1339.

(112) *Ibidem*, discurso del diputado Gasco, p. 1339.

(113) *Ibidem*, discurso del diputado Castrillo, p. 1340.

En torno a la pena de destierro perpetuo o temporal de un pueblo o distrito determinado

La pena de destierro perpetuo fue impugnada por la Audiencia de Madrid y la Universidad de Orihuela que propuso que no se tuviera por corporal, algo a lo que se opuso la comisión. Para Calatrava, el destierro perpetuo temporal de un distrito era una pena corporal, y no leve, en la que importa que el condenado no la frustré, ocultándose o fugándose durante el procedimiento¹¹⁴.

El diputado Linares consideraba también que este tipo de penas debían de establecerse como no corporales por ser más leve que la declaración de infamia¹¹⁵. Respondiendo al diputado Linares, el diputado Vadillo sostenía que la comisión no tenía ningún empeño en fijar esta pena entre las corporales, pero entendía que debía de estar entre éstas porque el destierro privaba a la persona de ciertos sitios o parajes¹¹⁶. De forma similar el diputado Romero Alpuente consideraba que esta pena debería de estar entre las no corporales, ya que al existir la posibilidad de que el reo se la impusiera por sí solo, fugándose del pueblo, la ley en lugar de perder gana con no tenerle en la cárcel. Cuestionándose por otra parte si, en el caso de fugarse, le perseguiría la justicia con el fin de que regresara al pueblo de donde trata de fugarse¹¹⁷.

Finalmente, el presidente advirtió que el debate se había dividido en dos partes: una respecto a la aprobación de la pena y la segunda respecto a su situación en la clase de las corporales o no corporales. Tras declarar el punto lo suficientemente discutido se acordó la pena, enfatizando finalmente el diputado Flórez Estrada que dicha pena debía de ser puesta entre las penas corporales dado que la Constitución establecía que no podía pretenderse a ninguno que no mereciera pena corporal¹¹⁸.

c. La adopción final del primer Código penal

La maratoniana redacción del Código penal de 1822 vio la luz verde de las Cortes el 29 de junio de 1822, dos días después de ser sancionado por el rey.

(114) *Ibidem*, discurso del diputado Calatrava, p. 1340.

(115) *Ibidem*, discurso del diputado Linares, p. 1340.

(116) *Ibidem*, discurso del diputado Vadillo, p. 1340.

(117) *Ibidem*, discurso del diputado Romero Alpuente, p. 1340.

(118) *Ibidem*, p. 1341.

Dióse cuenta de dos oficios del Secretario del Despacho de Gracia y Justicia, manifestando en el primero que el Rey, convencido de las ventajas que había de producir el nuevo Código penal que las Córtes habían decretado, despues de discutido, y consultado el voto del Supremo Tribunal de Justicia, Audiencias, Universidades, colegios y personas instruidas, y oido el Consejo de Estado, se había servido sancionarle, esperando que en las legislaturas sucesivas recibiría todas las mejoras posibles; y devolviendo en el segundo uno de los originales de dicho Código con la fórmula de la sanción; leída la cual por el Sr. Secretario Prat, despues de haberlo hecho del encabezamiento del mismo Código, dijo

El Sr. **PRESIDENTE**: Publicado en las Córtes como ley; archívese, y dése el correspondiente aviso al Gobierno para que proceda inmediatamente á su promulgación solemne¹¹⁹.

Sobre la entrada en vigor del Código y la duración de este, Tomás y Valiente advertía que quienes han estudiado este Código han dudado sobre su entrada en vigor¹²⁰. Sin embargo, en un estudio *ad hoc*, López Rey, arroja numerosos datos en los que apunta que el Código penal de 1822 fue promulgado el 9 de julio de 1822, si bien no hay constancia de que este fuera publicado en la Gazeta de Madrid ni en la Imprenta Nacional hasta septiembre de 1822. Encuentra, eso sí, el primer anuncio de venta del Código en la Gazeta de Madrid de 2 de octubre de 1822¹²¹.

Según este autor el “Código penal de 1822 tuvo una aplicación más amplia de lo que se pensaba y probablemente se manejó de forma generalizada en los juzgados y tribunales de la península e islas adyacentes hasta la invasión de los ‘Cien mil hijos de San Luis’”¹²².

Disconforme Fernando VII, el clero y la nobleza con el devenir liberal español, no tardaron en solicitar la ayuda de la Santa Alianza que ya había restaurado la monarquía en Francia¹²³. Las sucesivas revoluciones desencadenadas en el sur de Europa

(119) Vid. Diario de las Sesiones de las Cortes, núm. 165, sesión del día 29 de junio de 1822, p. 2242.

(120) Vid. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de historia del derecho español...*, op. cit., p. 497. Otros autores como Alvarado Planas afirman que estuvo vigente apenas unos meses. Vid. ALVARADO PLANAS, Javier. *Lecciones de Historia del Derecho y de las Instituciones...*, op. cit., p. 345.

(121) Para una amplia información sobre la vigencia del Código penal de 1822. Vid. LÓPEZ REY, Óscar. “El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación. En memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz en el 50 aniversario de su doctorado”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXXI, 2018, pp. 347-401.

(122) *Ibidem*, p. 400.

(123) “En octubre de 1822, tras el fracasado golpe de julio y ante la creciente amenaza de intervención de la Santa Alianza, la mayoría girará en sentido radical y atacará con dureza al gobierno de

(principalmente en Portugal, Nápoles y España) generadas -según los aliados- por el establecimiento de la libertad de prensa y opinión¹²⁴; fueron motivo suficiente de preocupación para que la Santa Alianza -Rusia, Prusia, Austria y Francia con la excepción de Gran Bretaña que se oponía a la intervención en España- gestara el fin del liberalismo en España. Finalmente, en el Congreso de Verona de 1822¹²⁵, Francia propuso nuevamente la invasión de España con el fin de reestablecer el absolutismo de la mano de Fernando VII y recuperar el honor perdido tras su derrota en 1814.

En abril de 1823, 60.000 soldados franceses -los Cien Mil Hijos de San Luís- atravesaban la frontera sin encontrar oposición de un ejército español hambriento y sin paga. Ni siquiera el pueblo puso resistencia¹²⁶. Las Cortes se trasladaron una vez más a Cádiz, esta vez con el monarca. Con la batalla del Trocadero del 31 de agosto de 1823 se daba por concluido el Trienio Liberal y consumada una vez más la traición del monarca al pueblo.

La Constitución, convertida en modelo de liberalismo¹²⁷, fue derogada el 1 de octubre de 1823 junto con la legislación dictada¹²⁸, restaurándose el antiguo régimen y con ello la persecución de los liberales y el inicio de la década ominosa¹²⁹. Entre otros, Rafael del Riego y Flórez, Juan Martín Díez (*el empecinado*) y Mariana Pineda Muñoz fueron ejecutados.

San Miguel, mientras una minoría será partidaria de buscar la unidad con los masones “exaltados” que lo controlaban. El fracaso de los intentos de unidad con la masonería y las maniobras del rey para destituir al ministerio y quedarse en Madrid, a pesar de la inminente invasión francesa, conducirán a la escisión de este grupo conciliador el 23 de febrero de 1823. [...] La división debilitó a la comunería y al conjunto de los liberales en un momento crucial, el 20 de marzo saldrían el rey, el gobierno y las Cortes de Madrid hacia Sevilla, el 7 de abril cruzaron las tropas francesas la frontera española”. Vid. CARANTOÑA ÁLVAREZ, Francisco. “Las elecciones de 1821, primer ensayo de competición de “partidos” en el constitucionalismo liberal español”, *Historia Constitucional*, núm. 21, 2020, p. 70.

(124) Vid. SCHMIEDER, Ulrike. *Prusia y el Congreso de Verona. Estudio acerca de la política de la Santa Alianza en la cuestión española*, Ediciones del Orto, Madrid, 1998, p. 25.

(125) Para ampliar información sobre el Congreso de Verona. Vid. CHATEAUBRIAND, François René de. *Congreso de Verona. Guerra de España. Negociaciones - Colonias Españolas*, Cristina Ridruejo Ramos (Trad.), Machado Grupo de Distribución, S.L., Boadilla del Monte, 2011.

(126) Vid. ESDAILE, Charles. “El Levantamiento Español”, *Spain in the Liberal Age...*, *op. cit.*, p. 162.

(127) “A tanto llegó su prestigio, que estuvo vigente en varios reinos italianos y en Portugal”. Vid. TORRES DEL MORAL, Antonio. *Constitucionalismo histórico español...*, *op. cit.*, p. 52.

(128) Con la derogación de la Constitución, del Código penal y resto de normas, la España reaccionaria aplicaría nuevamente las normas contenidas en las Recopilaciones, “salvo que los jueces, por razones humanitarias y haciendo uso de su arbitrio, lo impidiesen”. Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. “Constitución de 1812 y Código Penal de 1822...”, *op. cit.*, p. 168.

(129) “Los liberales volvieron a ser perseguidos, esta vez con mayor fuerza. Pero también lo fueron ahora aquellos partidarios fieles a la monarquía y del régimen tradicional que, desilusionados ante la conducta del rey, volvieron los ojos al infante don Carlos, hermano de éste...”. Vid. GARCÍA-GALLO, Alfonso. *El origen y la evolución del Derecho...*, *op. cit.*, p. 111. Esta nueva etapa “supone el último y desesperado intento para afirmar los esquemas del Antiguo Régimen”. Vid. PÉREZ-PRENDES, José Manuel. *Curso de Historia del Derecho Español...*, *op. cit.*, p. 955.

Son nulos y de ningún valor todos los actos del gobierno llamado constitucional (de cualquiera clase y condición que sean) que ha dominado a mis pueblos desde el día 7 de marzo de 1820 hasta hoy día 1 de octubre de 1823 declarando como declaro que en toda esta época he carecido de libertad obligado a sancionar las leyes y a expedir las órdenes, decretos y reglamentos que contra mi voluntad se meditaban y expedían por el mismo gobierno (Fernando VII, Gaceta de Madrid, 7 de octubre de 1823, Decreto del 1 de octubre de 1823).

V. Conclusiones

La revolución liberal española de principios del siglo XIX supuso un antes y un después en la decadencia del antiguo Régimen absolutista en España y por referencia en buena parte de Europa. Las arduas dificultades a las que se enfrentaron los constituyentes de las Cortes de Cádiz les hace merecedores del más significativo de los tributos. No sólo por anticipar el cambio moderado de la continuidad de la tradición española a sus propias vidas, sino por impregnar en el texto constitucional altas dosis de humanidad en tan terribles circunstancias.

La villanía con la que la dinastía borbónica trató al pueblo español¹³⁰, que con tanta delicadeza y sufrimiento elaboró una Carta Magna en nombre de un monarca deseado, desmerece por sí sola ser digna de calificar. Pero lejos de sucumbir a su historia, la cruenta realidad socioeconómica y las continuas conspiraciones de los grupos de poder, la Iglesia y la monarquía; emplazó nuevamente a repetir el error de mantener en el trono al rey felón.

Pese a ello, la Constitución de 1812 introdujo una revolucionaria teoría penitenciaria que humanizaba al detenido y los centros penitenciarios. El restablecimiento del absolutismo de Fernando VII frustró su desarrollo legislativo hasta el advenimiento del Trienio Liberal. Durante este inestable periodo se legisló el Código penal de 1822 que estableció la primera unificación penal española. Con ella se introdujo una diferenciación de las penas que buscaba, por un lado, el resarcimiento del daño que el reo había causado a la sociedad y, por otro, la prevención del delito a través de la estricta corrección penal y el escarnio público que no llegó a ser aprobado. El Código identificó dos grupos de penas susceptibles de ejecución penitenciaria: los

(130) Probablemente el rey felón y su dinastía siguió al pie de la letra las recomendaciones de Nicolás de Maquiavelo en dónde apuntaba que el actual rey de España -refiriéndose a Fernando el Católico- "si hubiera sido considerado liberal, no habría realizado tantas empresas victoriosas. Por lo tanto, un príncipe debe de dar poca importancia al hecho de incurrir en la reputación de mezquino, para no tener que robar a sus súbditos, para poder defenderse, para no volverse pobre y despreciable, para no verse forzado a la rapacidad". Vid. MAQUIAVELO, Nicolás. *El príncipe*, Roberto Raschella (Trad.), Grandes Obras del Pensamiento, Buenos Aires, 2007, pp. 152-153.

trabajos forzados y la reclusión; y homologó un destino netamente retributivo para el Estado que existía desde el antiguo régimen, las obras públicas¹³¹.

Al modo que sucede actualmente, Europa estaba en el centro de los debates legislativos como centro de referencia sin que los legisladores pudieran predecir que aquello se convertiría en fuente de inspiración, conocimiento y motivación de buena parte del constitucionalismo europeo, americano y de la codificación penal actual.

La mera memoria de aquellos constituyentes de las Cortes de Cádiz: reaccionarios, católicos, liberales y radicales, que consignaron cruciales acuerdos en tan críticas circunstancias para la continuidad del Estado y la tradición española debería, por sí sola, servir de ejemplo para consolidar la unidad de España. Todo ello sin obviar que los dos iconos que dieron lugar al principio y el fin de la primera revolución española –la batalla de Trafalgar y la batalla del Trocadero– constituyen, aún hoy día, motivo de ensalzamiento y recuerdo del triunfo sobre las tropas españolas en sendas importantes plazas de las capitales británica y francesa.

Lejos de ser motivo de humillación representan la grandiosidad de la unidad de España.

La retractación del héroe de las Cabezas fue una de las más ruidosas victorias del bando absolutista. ¡Qué mayor triunfo que mostrar a los pueblos un papel en que de su puño y letra había escrito el hombre diminuto estas palabras: “Asimismo publico el sentimiento que me asiste por la parte que he tenido en el Sistema llamado constitucional, en la revolución y en sus fatales consecuencias, por todo lo cual pido perdón a Dios de mis crímenes...”. [...] Sacáronle de la cárcel por el callejón del Verdugo, y condujéronle por la calle de la Concepción Jerónima, que era la carrera oficial. [...] Un gentío alborotador cubría la carrera. La plaza era un amasijo de carne humana. ¿Participaremos de esta vil curiosidad, atendiendo prolijamente a los accidentes todos de tan repugnante cuadro? De ninguna manera. ¡Un hombre que sube a gatas la escalera del patíbulo, besando uno a uno todos los escalones, un verdugo que le suspende y se arroja con él, dándole un bofetón después que ha expirado, una ruin canalla que al verle en el aire grita: “Viva el Rey absoluto”...! ¿acaso esto merece ser mencionado? ¿Qué interés ni qué enseñanza ni qué ejemplo ofrecen estas muestras de la perversidad humana? Si toda la historia fuese así, si no sirviera más que de afrenta, ¡cuán horrible sería! Felizmente aun en aquellos días tan desfavorecidos, contiene páginas honrosas aunque algo oscuras, y entre los miles de víctimas del absolutismo húbolas nobilísimas y altamente merecedoras de cordial compasión. Si el historiador acaso no las nombrase, peor para él; el novelador las nombrará, y conceptuándose dichoso al llenar con ellas su lienzo, se atreve a asegurar que la ficción verosímil ajustada a la realidad documentada, puede ser en ciertos casos más histórica y seguramente es más patriótica que la historia misma¹³².

(131) Vid. LLORENTE DE PEDRO, Pedro-Alejo. “El reflejo penitenciario de la legislación del Antiguo Régimen...”, *op. cit.*, p. 175.

(132) PÉREZ GALDÓS, Benito. *El terror de 1824* (V).

Extracto de las Minutas de la Secretaría de Estado

ESPAÑOLES: Habeis sido perdidos por hombres pérfidos, que os han empeñado en una lucha insensata, y os han obligado á correr á las armas. ¿Hay alguno entre vosotros, que reflexionando un momento lo que acaba de sucederos, no se halle convencido que habeis sido el juguete de los enemigos perpetuos del Continente, que se gozan de ver vertida la sangre Española y Francesa? ¿Cuál pudiera ser el resultado, aun del suceso de algunas campañas? Una guerra de tierra sin fin, y una larga incertidumbre sobre la suerte de vuestras propiedades y de vuestra existencia. En pocos meses os habeis entregado á las agonías de las facciones populares. Algunas marchas han bastado para la defeccion de vuestros ejércitos. He entrado en Madrid. Los derechos de la guerra me autorizaban á dar un grande exemplo, y á lavar con sangre los ultrajes hechos á Mi y á mi Nación. Solo he escuchado la clemencia. Algunos hombres, autores de todos vuestros males, seria solamente castigados. Bien proato arrojaré de la Península este ejército Ingles, enviado á España no para socorremos, sino para inspiraros una falsa confianza: para perderos.

Os había dicho en mi próclamaion de 2 de Junio que quería ser vuestro Regenerador. Mas habéis querido que á los derechos que me habían cedido los Príncipes de la última dinastía, añadiese los de la guerra. Nada sin embargo alterará mis disposiciones. Quiero aun alabar lo que haya podido haber de generoso en vuestros esfuerzos. Quiero reconocer que se os han ocultado vuestros verdaderos intereses: que se os ha disimulado el verdadero estado de las cosas.

Espanoles: vuestro destino está en mis manos. Desechad los venenos que los Ingleses han derramado entre vosotros. Que vuestro Rey esté seguro de vuestro amor y vuestra confianza, y sereis mas poderosos, mas felices que no lo habeis sido hasta aquí. He destruido quanto se oponía á vuestra prosperidad y grandeza; he roto las trabas que pesaban sobre el Pueblo. Una Constitucion liberal os asegura una Monarquía dulce y constitucional, en vez de una absoluta. Depende solo de vosotros que esta Constitucion sea aun vuestra ley.

Pero si mis esfuerzos son inútiles; si no correspondeis á mi confianza, no me restará otro arbitrio que el de trataros como Provincias conquistadas, y colocar á mi Hermano en otro Trono. Ceñirán entonces mis sienas la Corona de España, y sabré hacer que los malvados me respeten; pues Dios me ha dado la voluntad y fuerza necesarias para superar todos los obstáculos. En nuestro campo Imperial de Madrid á 7 de Diciembre de 1808. =Firmado=NAPOLION.=Por el Emperador, el Ministro Secretario de Estado, *Hugues B. Maret* ¹³³.

(133)Vid. *Gazeta Extraordinaria de Madrid*, núm. 151, de 11 de diciembre de 1808, pp. 1569-1570.

VI. Bibliografía

AA.VV. *Derecho político español según la Constitución de 1978*, Vol. I. Constitución y fuentes del Derecho, Editorial Ramón Areces, 2011.

ALVARADO PLANAS, Javier. *Lecciones de Historia del Derecho y de las Instituciones*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Vol. II, Madrid, 2002.

ALZAGA VILLAMIL, Óscar. “La justicia en la Constitución de 1812”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011.

ARAQUE HONTANGAS, Natividad. “La educación en la Constitución de 1812: antecedentes y consecuencias”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Vol. I, 2009.

ARGÜELLES ÁLVAREZ, Agustín. *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1981.

ASÚA BATARRITA, Adela. “La reincidencia en el código penal de 1822”, *Estudios de Deusto*, Vol. XXIX, 1981.

CARANTOÑA ÁLVAREZ, Francisco. “Las elecciones de 1821, primer ensayo de competición de “partidos” en el constitucionalismo liberal español”, *Historia Constitucional*, núm. 21, 2020.

CÁRCELES DE EGEA, Beatriz. “Reforma/abolición de Tribunal de la Inquisición (1812-1823). La constitución de la *autoridad absoluta*”, *Manuscripts*, núm. 17, 1999.

CARLOS IV, *Novísima Recopilación de las Leyes de España. De los delitos y sus penas y de los juicios criminales*, Tomo V, Libro XII, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1993.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español. Parte General*, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid, 2004.

CHATEAUBRIAND, François René de. *Congreso de Verona. Guerra de España. Negociaciones – Colonias Españolas*, Cristina Ridruejo Ramos (Trad.), Machado Grupo de Distribución, S.L., Boadilla del Monte, 2011.

ESDAILE, Charles. “El Levantamiento Español”, en *Spain in the Liberal Age. From Constitution to Civil War, 1808-1939*, John Lynch (Dir.), Editorial Crítica, S.L., Madrid, 2007.

GARCÍA-GALLO, Alfonso. *El origen y la evolución del Derecho. Manual de Historia del Derecho español I*, Arte Gráficas y Ediciones, S.A., Madrid, 1959.

GIL NOVALES, Alberto. “Vinuesa López de Alfaro, Matías, ‘el Cura de Tajamón’ (ca. 1776-1821)”.

GONZÁLEZ GALLEGU, Miguel Ángel. *El presidio del Canal de Isabel II en el contexto jurídico y penitenciario de la España isabelina (1851-1867)*, Tesis doctoral, Raquel Sánchez García (Dir.), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2021.

GOYA Y LUCIENTES, Francisco de. "Los fusilamientos del tres de mayo de 1808", Museo del Prado de Madrid.

HELDERMAN, Leonard C. "The Virginia Bill of Rights", *Washington and Lee Law Review*, Vol 3, 1942.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal. La ley y el delito*, Abeledo-Perrot S.A.E. e I. Editorial Sudamericana S.A., Buenos Aires, 1958.

----- *Manual de Derecho Penal*, Editorial Reus, Vol. I, Madrid, 1933.

LÓPEZ REY, Óscar. "El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación. En memoria del Prf. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz en el 50 aniversario de su doctorado", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXXI, 2018.

LLORENTE DE PEDRO, Pedro-Alejo. "El reflejo penitenciario de la legislación del Antiguo Régimen y la primera Codificación Penal española de 1822", *Revista de estudios penitenciarios, In memoriam del profesor Francisco Bueno Arús*, Ministerio del Interior, 2013.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. "Constitución de 1812 y Código Penal de 1822 (algunas reflexiones sobre el tratamiento de la religión y la libertad ideológica y sobre la vigencia del texto penal)", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 9, 2013.

MAQUIAVELO, Nicolás. *El príncipe*, Roberto Raschella (Trad.), Grandes Obras del Pensamiento, Buenos Aires, 2007.

MARX, Karl. *El 18 Brumario de Luís Bonaparte*, Ediciones Halcón, Madrid, 1968.

MORÁN MARTÍN, Remedios. "El derecho a la educación en el constitucionalismo español del siglo XIX y su recepción en la obra de Concepción Arenal", *Boletín de la Facultad de Derecho UNED*, núm. 10 -11, 1996.

PÉREZ GALDÓS, Benito. *Episodios Nacionales*, "El Grande Oriente", T. VII, Cp. XXVI, Madrid, Administración de La Guirnalda y Episodios Nacionales, 1884.

PÉREZ-PRENDES, José Manuel. *Curso de Historia del Derecho Español*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutense Madrid, Vol. I, Madrid, 1989.

REVIRIEGO PICÓN, Fernando. "Los derechos de las personas privadas de libertad", en AA.VV. (Direcs), *Cultura de la paz y grupos vulnerables. Historia de los derechos fundamentales*, Editorial Dykinson, Siglo XX, Libro II, Tomo IV, 2014.

SANCHA DÍEZ, José Pablo. *Derechos fundamentales de los reclusos*, Tesis Doctoral, Fernando Reviriego Picón (Dir.), Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2017.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis. "Agustín de Argüelles y la Constitución de 1812", en Agustín Argüelles Álvarez, *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1981.

SCHMIEDER, Ulrike. *Prusia y el Congreso de Verona. Estudio acerca de la política de la Santa Alianza en la cuestión española*, Ediciones del Orto, Madrid, 1998.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de historia del derecho español*, Editorial Tecnos, S.A., 3ª Edic., Madrid, 1981.

TORRES DEL MORAL, Antonio. *Constitucionalismo histórico español*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutenses Madrid, Madrid, 1999.

Documentos

Constitución Política de la Monarquía Española. Promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812

Decreto de Valencia de Fernando VII, 4 de mayo de 1814

Diario de las Sesiones de las Cortes, núm. 53, sesión del día 21 de abril de 1821

Diario de las Sesiones de las Cortes, núm. 54, sesión del día 22 de abril de 1821

Diario de las Sesiones de las Cortes, núm. 56, sesión del día 24 de abril de 1821

Diario de las Sesiones de las Cortes, núm. 109, sesión del día 16 de junio de 1821

Diario de las Sesiones de las Cortes, núm. 84, sesión del día 17 de diciembre de 1821

Diario de las Sesiones de las Cortes, núm. 165, sesión del día 29 de junio de 1822

Estatuto de Bayona

Gazeta Extraordinaria de Madrid, núm. 151, de 11 de diciembre de 1808

Gazeta de la Regencia de las Españas, núm. 29, de 6 de marzo de 1813

Real Decreto de 14 de abril de 1834, que contienen la Ordenanza General de Presidios del Reino, Fomento general

Representación y Manifiesto que algunos diputados a las Cortes ordinarias firmaron en los mayores apuros de su opresión en Madrid para que la Majestad del Sr. D. Fernando el VII a la entrada en España de vuelta de su cautividad, se penetrase del estado de la Nación, del deseo de sus provincias, y del remedio que creían oportuno, Impresa en Madrid por Real Orden de S. M. España, 12 de abril de 1814

Virginia Constitutional Convention, 12 de junio de 1776

RESPONSABILIDAD Y HONESTIDAD PROFESIONAL PARA EVITAR LA UTILIZACIÓN APÓCRIFA Y POLÍTICA DE LAS TEORÍAS ECONÓMICAS MÁS RELEVANTES: EL SORPRENDENTE CASO ARGENTINO*

RESPONSABILITY AND PROFESSIONAL HONESTY TO STOP THE APOCRYPHAL AND POLITICAL USE OF THE MOST RELEVANT ECONOMIC THEORIES: THE SURPRISING ARGENTINE CASE

*Héctor Daniel Gattás***

Resumen: Nuestra historia económica, particularmente la de los últimos 80 años, más allá de quienes hayan sido los protagonistas, los ideólogos y la génesis que dio origen a los distintos gobiernos, se constituye en una cadena interminable de desaciertos y contradicciones. Este hecho es fácilmente verificable con la profunda decadencia argentina, que nos condujo desde un selecto décimo lugar en nivel de desarrollo a nivel mundial en 1914, a la insignificancia actual de nuestro Producto Bruto Interno, con un comercio internacional intrascendente, elevados índices de inflación y altos niveles de pobreza e indigencia. Para no extender el análisis a un período tan extenso, he decidido circunscribir el trabajo desde el momento en que comienza la dictadura militar de 1976 a la fecha, aunque, como se explicita en la Introducción, para evitar un exceso de información que pueda llegar a ser tediosa e intensa que impida su lectura amena, está dividido en dos partes. La primera incluirá desde 1976 a 2001, y la que sigue, de 2001 a la actualidad. Debo aclarar que, en la segunda parte, haré sólo algunas referencias puntuales a las políticas económicas del actual gobierno; la razón tiene que ver con que es necesario que pasen algunos años para tener una perspectiva histórica que permita una reflexión profunda y objetiva de uno de los períodos más convulsionados y controvertidos de nuestra historia. La intención de este trabajo, es desenmascarar el uso apócrifo, electoralista y contradictorio que se hizo en

* Trabajo recibido el 2 de marzo de 2023 y aprobado para su publicación el 23 del mismo mes y año. Si bien la primera parte fue publicada en el número anterior de esta Revista, en esta oportunidad, presentamos el trabajo completo (Primera y Segunda Parte) para preservar su integridad de mensaje.

** Doctor en Ciencia Política. Postdoctorando en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor titular por Concurso en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y en la Universidad Católica de Córdoba. Autor de una serie de libros, tanto de Cátedra como de difusión. Consultor del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Convencional Constituyente para la reforma de la Constitución de Córdoba en 2001. Premio "Ugarit" a la labor Institucional. Distinción de la Legislatura de Córdoba por un trabajo sobre sus 100 años de historia. Email: danielgattas@hotmail.com

Argentina de las teorías económicas más tradicionales y reconocidas en el mundo. De esta manera, repasaré las versiones “nativas”, sean liberales, keynesianas o populistas, demostrando la falta de racionalidad en el uso de las mismas y el daño que ocasionaron en la evolución económica y social de nuestro país.

Palabras-clave: Teorías Económicas - Responsabilidad - Honestidad Profesional - Crisis - Ilusión - Desencanto.

Abstract: Our economic history particularly that of the last 80 years, regardless of who have been the protagonists, the ideologues and the genesis that gave rise to the different governments, constitutes an endless chain of mistakes and contradictions. This fact is easily verifiable with the profound Argentine decline, which led us from a select tenth place in world level of development in 1914, to the current insignificance of our Gross Domestic Product, with inconsequential international trade, high inflation rates and high levels of poverty and indigence. In order not to extend the analysis to such an extensive period, I have decided to circumscribe the work from the moment the military dictatorship began of 1976 to date, although, as explained in the Introduction, to avoid an excess of information that could reach be tedious and intense that prevents its enjoyable reading, is divided into two parts. The first will include from 1976 to 2001, and the one that follows, from 2001 to the present. I must clarify that, in the second part, I will make only some specific references to the economic policies of the current government; The reason has to do with the fact that it takes a few years to gain a historical perspective that allows for a deep and objective reflection on one of the most troubled and controversial periods in our history. The intention of this work is to unmask the apocryphal, electoral and contradictory use that was made in Argentina of the most traditional and recognized economic theories in the world. In this way, I will review the “native” versions, be they liberal, Keynesian or populist, demonstrating the lack of rationality in their use and the damage they caused to the economic and social evolution of our country.

Keywords: Economic Theories - Responsibility - Professional Honesty - Crisis - Illusion - Disenchantment.

Sumario: PRIMERA PARTE. I. Introducción. II. Síntesis teórica. III. Desarrollo. El Proceso de Reorganización Nacional y la política económica de Martínez de Hoz. IV. Alfonsín: Con la Democracia se come, se cura y se educa: el voluntarismo a escena. V. La Revolución Productiva del menemismo: nuevamente el voluntarismo a escena. VI. Fernando De la Rúa: “Voy a terminar con esta fiesta para unos pocos. Viene una Argentina distinta, la Argentina del respeto, la Argentina de las reglas claras, la de la dignidad”. Un nuevo discurso impregnado de voluntarismo. SEGUNDA PARTE. VII. Duhalde: “El que depositó dólares, recibirá dólares, el que depositó pesos, recibirá pesos”, nueva frustración para los ahorristas. VIII. Kirchner: Un nuevo posicionamiento interno e internacional. IX. Cristina: “Perón usaba la lapicera en función del pueblo, por eso lo atacaron”. X. Segundas partes nunca fueron buenas. XI. Macri, un cambio de rumbo con los CEO cerca del poder. XII. Alberto Fernández, un presidente que no gobierna. XIII. Conclusión.

PRIMERA PARTE

I. Introducción

Basta observar estadísticas objetivas para poder inferir que Argentina ha sufrido un fuerte proceso de decadencia económica en la última centuria, situación que fue erosionando significativamente el tejido social y la confianza pública hacia la clase dirigente en general, se trate de sectores políticos, empresariales o gremiales.

Efectivamente, si se analizara la situación de nuestro país en 1914, al momento de comenzar la primera guerra mundial, Argentina se encontraba entre las 10 naciones más ricas y desarrolladas de la tierra, mientras que, en la actualidad, su peso relativo a nivel global es irrelevante. Este deterioro se podría sintetizar con el título del libro de Pablo Gerchunoff y Lucas Llach, *“El ciclo de la ilusión y el desencanto”*¹.

De allí en más, aunque agudizándose el proceso desde mediados del siglo XX, la “economía normativa”, es decir el “deber ser” de la Economía, respaldado sobre análisis subjetivos y buenas intenciones, que imaginan el crecimiento y el desarrollo como un hecho volitivo, casi mágico y despojado de esfuerzo colectivo, desplazó a un lugar lejano a la “economía positiva”, es decir al trabajo serio de economistas formados, con experticia suficiente, preocupados y preparados por su saber científico para resolver de la mejor manera posible la problemática socio económica con la solvencia provista por la Academia.

Es importante aclarar que, en el mundo desarrollado, hay plena conciencia que la puesta en marcha de una política económica seria y responsable, que tenga en cuenta datos reales y objetivos concretos, no implica que los ejecutores estén despojados de conciencia moral, buenas intenciones y una porción razonable de subjetividad, algo absolutamente natural en los seres humanos.

Seguramente, la responsabilidad en el manejo de los instrumentos que brinda la teoría económica, ha permitido en el ámbito de las naciones del llamado “primer mundo”, que, más allá de la existencia de grandes fortunas y algunos bolsones de pobreza, la distribución del ingreso sea un tanto más justa, es decir que el grueso de la población se encuentre en los sectores medios.

Esto se puede verificar a través de los análisis comparativos entre países que permite la “*curva de Lorenz*”, elaborada por economista norteamericano Max O. Lorenz² en 1905, y el “*coeficiente de Gini*”, ideado por el estadístico italiano Corrado Gini³.

(1) GERCHUNOFF, Pablo - LLACH, Lucas. *El ciclo de la ilusión y el desencanto*, Editorial Planeta, 2007, 5° Edición.

(2) Nacido y fallecido: 1876, Burlington, Iowa - 1959, Sunnyvale, California, Estados Unidos. LORENZ, Max O. “Methods of measuring the concentration of wealth”, *American Statistical Association*. Vol. 9 (New Series, No. 70) 209-21.

(3) Nacido y fallecido: 1884, Motta de Livenza, Italia - 1965, Roma, Italia.

De hecho, desde el mismo momento en que el escocés Adam Smith (1723-1790) publicó sus dos obras principales, *“Teoría de los sentimientos morales”* (1759) e *“Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones”* (1776), la economía fue adquiriendo un rol autónomo, desligada de la política y la ética aristotélica-tomista, para ser considerada como una ciencia independiente.

Es de destacar que previo a que la Economía sea considerada una ciencia independiente, el contexto mundial era distinto, ya que existía un fuerte acento moral sobre las políticas económicas que se debían llevar a cabo. De hecho, Aristóteles⁴, en la Antigüedad, al igual que Santo Tomás⁵ en la Edad Media, subordinaba la economía a la política. Adam Smith, uno de los fundadores del liberalismo en el siglo XVIII, era profesor de Filosofía Moral en la Universidad de Glasgow, lo que demuestra la importancia que tenía para él estudiar las conductas y el espíritu que anima a los hombres (en el sentido de especie, no de género) en su vida cotidiana, para poder encauzarlas de una manera positiva, intentando explicar las razones que a su juicio justifican la naturaleza y las causas de las riquezas de las naciones.

Uno de los profesores más reconocidos por Smith, Francis Hutcheson⁶, considerado el padre de la Ilustración, tanto en Irlanda como en Escocia, sostenía que *“los seres humanos tenían sentimientos de benevolencia naturales que guiaban sus actos, es decir, un sentimiento moral innato. Ese sentimiento moral es lo que los lleva a hacer el bien a los demás y, por tal razón, la conocida afirmación que va a caracterizar al utilitarismo, -mayor felicidad para el mayor número posible-. Es un mandato moral que es natural”*⁷.

Mientras muchos países, algunos de ellos devastados por las dos conflagraciones mundiales y conflictos internos, comenzaron a incluir en su agenda pública una serie de políticas de Estado de mediano y largo plazo con el objetivo de crecer y mejorar el estándar de vida de sus ciudadanos, en nuestro país, la inteligencia para tomar decisiones económicas adecuadas, que, en muchos casos implicaban importantes sacrificios en un primer momento en búsqueda de un futuro más venturoso, fue reemplazada por medidas económicas de alto contenido político y de corte demagógico que sólo deseaban alcanzar réditos electorales. Los resultados de semejante desatino están a la vista, y los niveles de pobreza e indigencia son una demostración cabal de semejante fracaso.

Hay un viejo aforismo que sostiene que *“cuando más se politiza la economía, más se mercantiliza la política”*, lo que ha quedado dramáticamente expuesto en la realidad argentina que nos toca vivir. Más aun, tratándose de un país bendecido por

(4) Nacido y fallecido: 384 aC - 322 aC, Estagira, Antigua Grecia.

(5) Nacido y fallecido: 1225 Roccasecca - 1274 Abadía de Fossanova, Italia.

(6) Nacido y fallecido: 1694 Drumalig (Grafschaft Down/Ulster) - 1746 Glasgow.

(7) BLANCO, Alfredo Félix. *Las ideas de los grandes economistas*, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, año 2021, p. 91.

la posesión de gran cantidad de recursos naturales, a los que se suman recursos humanos de excelencia y paisajes excepcionales.

Con el objetivo de evitar la politización de este trabajo científico, y para poner en evidencia la utilización apócrifa y política de las teorías económica en nuestro país, debo aclarar que, desde mi perspectiva, y como autor de este *paper*, el proceso de decadencia no tiene un único responsable político.

Asegurar que un partido, una coalición o un gobierno inconstitucional de *facto* es el único causante de la decadencia, sería simplificar de manera absurda la historia y minimizar el análisis de una temática compleja y dolorosa. Siempre se intenta responsabilizar “al otro”, soslayando la responsabilidad colectiva. Por el contrario, la problemática va más allá de las ideologías que han animado, y siguen animando, a los diferentes gobiernos, quienes han utilizado, y siguen utilizando, las teorías económicas con objetivos meramente políticos.

Es sorprendente descubrir, mediante un análisis histórico minucioso, basado en estadísticas, como se manipularon en nuestro país, de manera apócrifa, las teorías económicas que marcaron hitos en la historia de la humanidad; particularmente el *liberalismo*, con su versión *aggiornada* de la “teoría del derrame”, el *colectivismo*, con su clara intencionalidad de eliminar la propiedad privada, uno de los pilares de las Constituciones liberales, y el *keynesianismo*, con una serie de exégetas responsables de una interpretación antojadiza y errónea sobre los niveles de intervención que debe tener el Estado en la economía.

Si bien es cierto que las teorías elaboradas por los grandes economistas se han adaptado en distintos países desarrollados a su propia cultura, a su idiosincrasia y al contexto histórico en el que fueron aplicadas, algo que resulta perfectamente atendible y razonable, siempre se respetaron los trazos principales de su estructura teórica, lo que facilitó un crecimiento sostenido a lo largo del tiempo.

El argentino es un caso de estudio único en Universidades prestigiosas del mundo, en los principales foros internacionales y en los organismos multilaterales de pago. Sorprende la decadencia en un país caracterizado por ser uno de los más extensos de la tierra, octavo a nivel mundial y cuarto en el continente americano, en el cual tres cuartas partes de su territorio es tierra fértil. Además, acompañado de una geografía que dispone de recursos renovables y no renovables en gran cuantía, algunos de ellos escasa o inapropiadamente explotados.

Hay que hacer notar que los recursos naturales, particularmente los “no renovables”, tienen dos componentes indispensables para tener en cuenta. El primero tiene que ver con el costo de extracción de los recursos, que es fácilmente mensurable; el segundo, es el costo que implica la pérdida de un activo por parte de toda la sociedad. Ello permite inferir que las tarifas públicas, también conocidas como precios públicos, deberían reflejar la suma de ambos costos; no es una decisión agradable para la ciudadanía, ya que se ve reflejado en las facturas, pero es la única

manera de garantizar la continuidad de la inversión y la provisión futura de esos recursos. En nuestro país, las tarifas han estado -y siguen estando- impregnadas de consideraciones políticas y miradas ideológicas, lo que implica una seria dificultad para la planificación a mediano y largo plazo.

La ideologización política de las prácticas económicas provocó una mayor profundidad de la grieta que separa a los distintos modelos de país, que más allá de lo que se puede apreciar en la escena pública, curiosamente tienen similitudes asombrosas en la conducta de los dirigentes cuando llegan al poder.

Esto demuestra una estrecha relación con lo que se ha denominado el “*teorema Baglini*”⁸, que sostiene que el grado de responsabilidad de las propuestas de un partido o dirigente político, es directamente proporcional a sus posibilidades de acceder al poder. O lo que es lo mismo, cuanto más lejos se está del ejercicio del poder, más irresponsables se vuelven los enunciados políticos y económicos, y cuanto más cerca, se convierten en más sensatos y razonables. El problema aparece cuando, una vez que acceden al poder, frente a las demandas y las presiones sociales surgidas de las propuestas de campaña, toman medidas inconsistentes que tienden a agravar los problemas.

Como sostiene el sociólogo alemán Wolfgang Streek⁹, “*la teoría económica estándar trata la estructura social y su distribución de intereses y poder como algo exógeno, supuestamente constante y por tanto invisible para los propósitos de la ciencia económica; ambas vendrían dadas naturalmente. La única política que tal teoría puede considerar, implica intentos oportunistas, o cuando menos incompetentes, de sustraerse a las leyes económicas; la buena política económica sería, por definición, apolítica*”¹⁰. Si bien siempre hay un aspecto político y social a tener en cuenta y la afirmación de Streek es un tanto extrema, guarda visos dentro de la lógica económica.

Este proceso de politización de la Economía deriva en un permanente cuestionamiento a los economistas y a su falta de responsabilidad profesional, particularmente de quienes llegan a la cartera de finanzas de nuestro país, que funcionan como meros fusibles de los vaivenes políticos. Sufren presiones para tomar medidas que se alejan de la lógica económica más elemental y se acercan a la demagogia electoral para congraciarse con quienes conducen los destinos del país; una vez que se explicita el fracaso, son reemplazados, pero la politización se mantiene con otros rostros.

Este proceso se agudizó de manera notable en contexto de Pandemia, en la cual la gran mayoría de los países debieron tomar una serie de medidas de expansión monetaria a los efectos de evitar el colapso sanitario, lo que hoy queda expuesto a través de los procesos de inflación que están sufriendo muchos Estados; muchos de

(8) Nacido y fallecido: 1949-2021. Diputado y senador por la Unión Cívica Radical.

(9) Nacido: 1946, Lengerich, Alemania.

(10) STREEK, Wolfgang. “La crisis del capitalismo democrático”, *New Left Review* 71 (noviembre-diciembre 2011), p. 9.

ellos son considerados “desarrollados”, como Estados Unidos u otros que integran la histórica Europa occidental; de todos modos la problemática no es de la magnitud de lo que ocurre en nuestro país.

Si bien no es similar el análisis de las causas de la inflación para Argentina, producto que en nuestro país es una dificultad endémica y anterior a la Pandemia, el fenómeno sanitario generó una serie de consecuencias, particularmente el cierre momentáneo de fábricas y comercios, lo que agravó el problema, generando un mayor desequilibrio fiscal y la caída de la oferta de bienes y servicios.

La politización de la economía tiene dos planos bien diferenciados, ambos preocupantes; desde el ejercicio del gobierno, intentando con una política económica determinada mantenerse en el poder, y desde la oposición, con una serie de propuestas cuyo objetivo es ganarse el voto de los ciudadanos. Esta es la dinámica que se presenta en la gran mayoría de los procesos electorales, sin medir los riesgos de la misma.

Con el objetivo de dar una muestra de ello, es posible citar la situación electoral que vivió nuestro país en 1999, cuando los dos candidatos principales a ganar las elecciones, Fernando de la Rúa por la Alianza, y Eduardo Duhalde por el Partido Justicialista, con el objetivo de conseguir el voto ciudadano, aseguraron que mantendrían a rajatabla durante su eventual gobierno la ley de “Convertibilidad”, lo que a todas luces parecía complejo. Una vez que triunfó la fórmula de la Alianza, esa promesa derivó en una serie de situaciones económicas y políticas que desembocaron en los dramáticos acontecimientos de finales de 2001, y que terminaron con la renuncia del Presidente.

Desde el punto de vista de quienes están gobernando, la politización de la economía se pone en marcha cuando la política económica se encuentra orientada a preservar el poder; se suelen ejecutar políticas económicas de corto plazo con el único objetivo que la población tenga sensación de mejoras en su situación personal y que sus preocupaciones principales están resueltas. Quienes las promueven, tienen certeza que a largo plazo son perjudiciales, tanto para los ciudadanos beneficiados en primera instancia, como para el erario público; hay que reconocer que con el tiempo los gobiernos han generado la capacidad argumentativa para atribuir los efectos nocivos de sus políticas a otros factores y/o actores, de modo de desligar responsabilidades.

En cuanto a la oposición política, que como es lógico en un sistema de alternancia democrática, espera su turno para gobernar, la politización de la economía apunta a desacreditar la política económica del gobierno de turno, planteando para alcanzar el poder una serie de promesas electorales de difícil cumplimiento, y que una vez en el gobierno, se transforman en un *boomerang*; de no ser puestas en marcha, generan fuerte inestabilidad política y social.

La inflación, es decir el aumento general y sostenido en el nivel de los precios, problema permanente de nuestro país, es una consecuencia del desequilibrio de las grandes variables macroeconómicas, particularmente un déficit fiscal crónico; el déficit es financiado con emisión monetaria o endeudamiento interno y externo, lo que se convierte en licuación de los pasivos del Estado, caída del salario real y en una hipoteca para las próximas generaciones; mientras tanto, la falta de inversión provoca un estancamiento en los niveles de oferta agregada, lo que impide un equilibrio con la mayor demanda agregada provocada por el crecimiento del circulante. Por supuesto que la emisión espuria no es la única razón de la inflación, pero contribuye de manera significativa.

En este trabajo intentaré sacar a la luz la política pendular y el uso apócrifo que se hizo, y se sigue haciendo en nuestro país de las teorías económicas más reconocidas a nivel internacional. Incluiré el período comprendido entre 1976 y 2022.

II. Síntesis Teórica

Antes de entrar de lleno al análisis del período citado, considero indispensable una breve síntesis sobre el sostén teórico del liberalismo, el keynesianismo y el populismo. Dejo el marxismo (colectivismo) a un lado, no por una cuestión arbitraria o de gusto personal, sino porque, a pesar de algunos intentos a mediados del siglo pasado de la ultra izquierda, no se implementó esta teoría en nuestro país.

Es importante la disquisición teórica y semántica, debido a que los argentinos tenemos serios problemas con las palabras; lo que intento significar, es que no todos nos referimos a lo mismo cuando expresamos algunas ideas vinculadas a las teorías económicas; de hecho, con un objetivo político y/o electoral, la interpretación de los vocablos, que en muchos casos vienen adjetivados con neologismos vernáculos, dependen de quiénes los expresen.

El liberalismo como tal, nace en el siglo XVIII; si tuviéramos que ponerle un año, diría 1776, no sólo por la publicación de "*Naturaleza y causas de las Riqueza de las Naciones*"¹¹ del escocés Adam Smith, cuyo título es una respuesta a los postulados del Mercantilismo; sino también porque coincide con la Independencia de los Estados Unidos. Lo que aparece como un hecho casual, no es tal; si bien ambos acontecimientos son distantes geográficamente, su paralelismo es innegable, porque eran épocas en que soplaban en el mundo vientos contagiosos de libertad.

En algunos párrafos de las obras de Smith podrían simplificarse sus ideas principales, las cuales se desenvuelven en un contexto muy diferente al de la actualidad, ya que en esa época no existían garantías para la defensa de los derechos laborales y sociales; menos aún los sindicatos, que, tratándose de colusiones monopsónicas, podrían haber intercedido en favor de esos derechos. "*Los hombres actúan movidos*

(11) Investigación sobre la naturaleza y causas de las Riquezas de las Naciones.

por el amor a sí mismo, el deseo de ser libre, el sentido de la propiedad, el hábito del trabajo y la tendencia al cambio de las cosas. El hombre, en libertad, busca su provecho personal y el bien común, y siempre es guiado por la mano invisible a producir casi la misma distribución de las cosas necesarias en la vida que la que hubiera resultado si la tierra hubiera sido dividida en partes iguales entre todos sus habitantes (...). (N)o es la benevolencia del carnicero, del cervecero o el panadero lo que nos provoca alimento, sino la consideración de su propio interés. No invocamos sus sentimientos humanitarios, sino su egoísmo; ni les hablamos de nuestras necesidades, sino de sus ventajas”¹².

Es interesante aclarar que la expresión “mano invisible” en boca de Smith, es sólo una metáfora para graficar sus ideas, ya que, siendo un referente de la Ilustración, no se puede hacer referencia a cuestiones divinas. Esta mirada del escocés, se complementaría con la “ley de Say”¹³, que sostenía que “toda oferta crea su propia demanda, ya que los precios y los salarios son flexibles”; si todos los productos llevados al mercado son vendidos, no tendría ningún sentido la intervención del Estado para generar una “demanda artificial”, y lo único que se lograría es que aumenten los precios de bienes y servicios.

En algunos países, particularmente Estados Unidos e Inglaterra, la teoría y la práctica liberal funcionaron muy bien, y gracias a la disciplina en la aplicación de las mismas, se transformaron en grandes potencias, más allá que el Estado nunca se abstuvo de participar en la economía cuando fue necesario.

Después de 150 años irrumpió la revolución keynesiana, y de la mano del inglés John Maynard Keynes¹⁴, comenzó a cambiar la mirada económica y el rol del Estado. La buena recepción y la rápida divulgación de sus teorías, tuvo que ver con la gran depresión de 1929, el éxito de la política del “New Deal”¹⁵, impulsado por el presidente Franklin Delano Roosevelt, y el fracaso de la ortodoxia clásica para sacar adelante a Estados Unidos de semejante crisis.

Keynes explicaba que, a diferencia de lo que pensaba la escuela liberal, la economía no encuentra su equilibrio en el pleno empleo, y hay que luchar contra la ineficiencia de la demanda recurriendo al aumento del gasto público, incluso, de ser necesario, generando déficit presupuestario. En su obra “Teoría General de la ocupación, el interés y el dinero” (1936), trabaja sobre la propensión al consumo¹⁶ y

(12) V. LÁZARO CANTERO, Raquel. *Adam Smith: Interés particular y bien común*, Instituto Empresa y Humanismo, Navarra, 2001 en <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/4471/1/84.pdf>

(13) Nacido y fallecido: 1767-1832, Francia.

(14) Nacido y fallecido: 1883-1946, Cambridge, Reino Unido.

(15) Nuevo trato.

(16) Porcentaje del ingreso disponible (ingreso bruto menos cargas sociales e impuestos directos) que se dedica al consumo.

la propensión marginal al consumo¹⁷ para demostrar el efecto multiplicador¹⁸ y el aumento en el ingreso nacional que produce un mayor gasto del Estado dirigido a los sectores que tienen una elevada propensión a consumir cuando reciben un ingreso adicional que no estaba en sus planes. Esto tiene que ver con las necesidades insatisfechas que tienen quienes integran los deciles más bajos de la sociedad.

Claro está que Keynes, más allá de su teoría de la demanda insuficiente y de su mirada sobre el rol interventor del Estado, estaba convencido que el mayor gasto público debía ser el inicio de la recuperación frente a una crisis que ponga en riesgo la producción y el empleo; pero también tenía claro que una vez que el Estado moviera la rueda del consumo poniendo en marcha la Economía a través del incremento del gasto público, el mismo debía retirarse, recuperando el dinero provisto inicialmente mediante el incremento de la recaudación proveniente de una mejora en los niveles de actividad económica.

Dos detalles que no parecen menores. El primero es una cuestión vinculada al azar; Keynes muere en 1946, el mismo año en que Juan Domingo Perón asume por primera vez la presidencia de la nación. Sin dudas que hay una influencia decisiva de sus ideas en el General. El segundo, según cuentan quienes acompañaron a Keynes en su lecho de enfermo, es que una de sus últimas frases fue *"yo no soy keynesiano"*, lo que demuestra que el hombre había tomado conciencia de cómo se había distorsionado su pensamiento, justificando con su teoría un uso abusivo de la intervención del Estado.

Por último, para finalizar con esta síntesis teórica, y planteado en un principio cómo una modalidad particular y distorsionada del *"keynesianismo"*, irrumpe con fuerza a comienzos del siglo XXI lo que hoy se conoce despectivamente como *"populismo"*; podríamos plantear que tiene su origen en Latinoamérica, aunque luego se expandió a algunos países europeos, particularmente España y Grecia.

Para tener una aproximación al concepto, es necesario hacer un comentario sobre uno de los teóricos más escuchados y respetados por el *"populismo"*. Me estoy refiriendo al argentino Ernesto Laclau¹⁹. Su tarea académica principal la desarrolló en Inglaterra, particularmente en la Universidad de Essex, uno de los centros de estudio más prestigiosos del Reino Unido, donde fundó y dirigió durante muchos años el programa de postgrado en *"Ideología y Análisis del Discurso"*.

Lo que Laclau intentaba explicar, más allá de la orientación apócrifa que posteriormente le dieron los ejecutores públicos de su síntesis teórica, es que el *"populismo"*, en el real sentido de la palabra, está muy lejos de ser pernicioso para la democracia; por el contrario, para él, hay una relación estrecha entre populismo y

(17) Porcentaje de un ingreso adicional que se dedica al consumo.

(18) Coeficiente que indica en cuánto aumenta el ingreso nacional frente a un incremento del gasto público y la inversión.

(19) Nacido en 1935, Buenos Aires. Fallecido en 2014, Sevilla, España.

democracia, ya que tiene que ver con la satisfacción de las demandas de la sociedad, especialmente de los que menos tienen. Así, si el populismo constituye al pueblo como identidad colectiva y agente histórico, entonces será una condición *sine qua non* de la democracia.

Todos los trabajos serios sobre el “populismo latinoamericano” han consistido en estudios muy profundos, cuyos resultados son diversos; van desde una crítica despiadada a sus postulados, que los responsabiliza de todos los males que viven las sociedades, hasta un apoyo explícito, casi fanático. Lo sorprendente es que estas dos miradas vienen sustentadas por voces de intelectuales prestigiosos, aunque con un alto grado de ideologización.

Podríamos hacer una cronología política, que incluye populismos clásicos, como Lázaro Cárdenas²⁰ en México, Juan Domingo Perón en Argentina, y Getulio Vargas²¹ en Brasil, el populismo republicano de Alfonsín, los populismos de la década de 1990, ataviados con cosméticos que intentaban soslayar su cercanía, como Carlos Salinas de Gortari, Carlos Menem y Fernando Collor de Melo, y los populismos “modernos y radicalizados”, como los casos de Hugo Chávez, Evo Morales, Néstor Kirchner y Rafael Correa.

III. Desarrollo

La ineficaz y falsa tutela del Estado al orden económico y a la estabilidad macroeconómica como bienes jurídicos colectivos. Su afectación al derecho de propiedad

La junta militar que derrocó a María Estela Martínez de Perón confió el Ministerio de Economía a José Alfredo Martínez de Hoz²², hombre de características curiosas y contradictorias, ya que representaba al minúsculo sector acomodado y liberal que militaba en la Democracia Cristiana, partido conservador y confesional. Destaco este hecho debido a que, curiosamente, en la mayoría de los casos, las ideas liberales en Latinoamérica se aplicaron en gobiernos autoritarios. Sin intentar una definición absoluta sobre la característica mencionada, estimo que la razón es que, al exigir en un inicio una serie de medidas económicas impopulares, la disuasión que genera una posible represión a cualquier manifestación, facilita ponerlas en marcha a quienes ejercen el poder.

(20) Nacido y fallecido: 1895 – 1970.

(21) Nacido y fallecido: 1882 – 1954.

(22) Nacido y fallecido: 1925 – 2013, Buenos Aires.

De hecho, el primer atisbo de liberalismo económico a nivel mundial fue la Fisiocracia²³ (gobierno de la naturaleza), fundada por el francés Francisco Quesnay²⁴, teoría que se convirtió en un puente de plata entre el Mercantilismo y la irrupción de Adam Smith.

Esta moda de Versalles, ocurrida a mediados del siglo XVIII, se apoyaba sobre el gobierno de los “Luisés”, es decir el absolutismo monárquico reinante de la época. Quesnay era integrante de la Corte de Luis XV y médico personal de Madame de Pompadour. Fue él, junto a algunos de sus discípulos, los que construyeron la histórica muletilla del liberalismo, “*laissez faire, laissez passer*”, (dejar hacer, dejar pasar), que no significa otra cosa que “libertad de producción” y “libertad de intercambio”.

Analizando nuestra historia, la sensación es que, en países como el nuestro, sólo fue posible aplicar este tipo de recetas en períodos de gobiernos que cercenaron derechos individuales y colectivos.

Pero más allá de ese hecho puntual, habría que preguntarse si Martínez de Hoz, además de haber sido la cara visible de un gobierno autoritario, era un verdadero liberal en el campo económico. La repuesta parece poco clara. En algunos aspectos, sí, en otros muchos, no, lo que demuestra una de las tantas contradicciones en la aplicación de las teorías económicas en Argentina.

Además, muy cercano a esa época, en el mundo entero, aún resistía con mucho brío el keynesianismo; el propio Richard Nixon, presidente de los Estados Unidos, a finales de la década del 60 había expresado “*todos somos keynesianos ahora*”²⁵.

Perón ya se había adelantado en la práctica a la fuerte intervención del Estado en la economía. Además, la curva de Phillips²⁶ era el instrumento utilizado por quienes defendían el rol de un Estado paternalista, ya que había demostrado empíricamente que las políticas activas, llevadas adelante por el sector público, lograban descender los niveles de desempleo, lo que luego sería refutado por Milton Friedman²⁷ y Friedrich von Hayek²⁸, dos adalides del monetarismo y el libre mercado.

(23) Práctica que sostenía la existencia de un orden natural de las sociedades humanas, y por consiguiente el deber de no inmiscuirse el Estado en la vida económica de los países. Plantea, además, el libre cambio de los productos entre los diversos países.

(24) Nacido y fallecido: 1694 - 1774.

(25) KRUGMAN, Paul. *Empirical Studies of Strategic Trade Policy (National Bureau of Economic Research Project Report)*, 1994, p.15.

(26) William Phillips, economista neozelandés, había publicado un artículo titulado “La relación entre el desempleo y la tasa de variación de los salarios monetarios en el Reino Unido, 1861-1957”, publicado en la revista *Económica*, en el que establecía que, durante el periodo estudiado de la economía británica, se había producido, una correlación negativa entre la tasa de desempleo y la variación de los salarios.

(27) Nacido y fallecido: 1912, Nueva York - 2006, California. Premio Nobel de Economía 1976.

(28) Nacido y fallecido: 1899, Viena, Austria - 1992, Friburgo, Alemania. Premio Nobel de Economía 1974.

Si bien la gestión de Martínez de Hoz apuntaba a un incremento de exportaciones e importaciones, el tipo de cambio dependía de una “tablita”, la cual tuvo una duración de ocho meses, que iba actualizando el valor del dólar día a día; es decir un control estricto del precio de la moneda extranjera, que en el fondo es manejar discrecionalmente los niveles de intercambio internacional. También se mantuvieron ciertos niveles de protección industrial, la estatización de algunas empresas de servicios y una mínima reducción del gasto público, aunque estas medidas fueron sustentadas por las presiones recibidas de la junta militar, que deseaba implementar salidas un poco más “pragmáticas” en el corto plazo.

En el caso de los salarios, fueron congelados, y si bien se ajustaban por inflación, hubo una fuerte caída del ingreso real. ¿Qué podían hacer los trabajadores? Frente a un régimen de violencia de Estado, nada. La tasa de interés se liberó, afectando los niveles de inversión. Pero, la garantía a los depósitos implementada en la época, es absurda y contradictoria con la teoría liberal, ya que los créditos iban a deudores incobrables, y el Banco Central debía hacerse cargo de los quebrantos “privados”.

Un tipo de cambio subsidiado (atraso cambiario), que se actualizaba bajo el sistema *crawling peg*²⁹, logró que las importaciones crecieran significativamente, no sólo en bienes complementarios, sino también en productos competitivos, por lo cual muchas empresas cerraron o se reconvirtieron en meros distribuidores de bienes extranjeros, con una fuerte caída del empleo.

El desequilibrio comercial con el resto del mundo era abrumador. Para ello fue indispensable el ingreso de divisas como préstamo, lo que incrementó sustancialmente la deuda externa. Argentina era un país muy caro comparado con el resto del mundo; para quienes vivieron esa época podrán recordar que se decía, un poco en serio, un poco en broma, que los pobres vacacionaban en Uruguay, la clase media en Brasil, y los ricos en el país.

Lo expresado, no es otra cosa que una demostración cabal de un liberalismo ataviado por un control arbitrario del mercado sostenido bajo la cobija de un gobierno autoritario que violentó los derechos humanos más elementales. Queda claro en este período, el uso apócrifo del concepto del liberalismo en el sentido real del término.

Con respecto a la última parte del gobierno militar -1981 a 1983- es difícil analizar la aplicación de teorías económicas determinadas; fue un bienio de gran confusión, mega devaluación mediante, con Lorenzo Sigaut como ministro de Economía del general Roberto Eduardo Viola. Falta de confianza en la palabra y un fuerte proceso de desinversión; con el agravante de la presión que sufría Argentina en el campo internacional por las denuncias sobre violación de los derechos humanos.

(29) Devaluación progresiva del tipo de cambio con el objetivo de acompañar el proceso inflacionario.

La derrota en la guerra de Malvinas y el crecimiento incesante de la deuda externa terminaron de afectar las pocas expectativas que aún quedaban en pie. El gobierno militar, y su plan económico, estaban terminados; a partir de allí sólo se intentó administrar la crisis y lograr la impunidad por los crímenes cometidos durante el Proceso de Reorganización Nacional.

IV. Con la Democracia se come, se cura y se educa: El voluntarismo a escena

El nuevo proceso, un tanto sorprendente en cuanto a los resultados, llevó a la Unión Cívica Radical y a un demócrata de talla como Raúl Alfonsín³⁰ al gobierno nacional. El plan económico frente al proceso de desindustrialización no estaba muy claro, mientras que las expectativas generadas y las demandas reinantes eran significativas, por lo cual había conciencia que el crédito no duraría por mucho tiempo.

Esa concepción casi mágica que mantenemos los argentinos, en la cual imaginamos que los problemas se arreglan con puro voluntarismo, quedó maltrecha a poco de comenzar. La expresión de Alfonsín en los actos de campaña sosteniendo que con la democracia se come, se cura y se educa, demostraba que los problemas económicos que enfrentaba Argentina, no se podían reducir a la retórica; además, no había un plan que cambiara las expectativas.

El ministro de Economía, Bernardo Grinspun, hombre que ya había integrado el equipo económico durante la presidencia de Arturo Illia, volvió a lo que podríamos llamar “populismo republicano”, caracterizado por el estímulo a la demanda a través del crédito a tasas subsidiadas y el aumento del gasto público.

Era una típica apuesta “keynesiana”, lo que hacía presumir en el corto plazo una mayor inflación. En el gobierno no se quería hablar de “intervencionismo de Estado”, ya que esa expresión podría rememorar los instrumentos de política económica utilizados por el peronismo. Pero allí apuntaban las medidas.

Desde mi óptica fue un error conceptual la incapacidad para comprender el nuevo contexto histórico y expresarlo en su plenitud a través de determinadas políticas públicas, ya que, como se dijo anteriormente, en el mundo se seguía hablando y defendiendo los postulados del Estado de Bienestar; y ello, más allá de

(30) El nuevo presidente nació en Chascomús, provincia de Buenos Aires, un 12 de marzo de 1927, siendo el mayor de seis hermanos del matrimonio conformado por Serafín Raúl Alfonsín, un pequeño comerciante, y Ana María Foulkes. Su abuelo, un reconocido inmigrante gallego que había participado de la revolución de 1905 encabezada por Hipólito Yrigoyen, le dejaría una impronta radical que lo acompañaría durante toda su vida. Después de finalizar sus estudios primarios en la Escuela Normal Regional de Chascomús, ingresó como cadete del Liceo Militar General San Martín, para posteriormente inscribirse en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata, de donde egresaría con el título de abogado en 1950. Un año antes se había casado con María Lorenza Barreneche, con quien tuvo seis hijos; de ahí en adelante, la vida de esta abnegada mujer estaría ligada irremediablemente a la política argentina y a los humores y obligaciones de su marido, que tenía un carácter difícil.

las opiniones de los críticos del peronismo, había quedado plasmado en la práctica con la reforma de la Constitución Nacional de 1949³¹.

Los nuevos derechos, que quedaron indemnes en el artículo 14 bis, a pesar de la derogación de la reforma mediante proclama del 27 de abril de 1956 por parte del presidente de facto Pedro Eugenio Aramburu, y que luego fuera nuevamente reformada, de manera controvertida, en 1957, exigían un Estado más presente en la defensa de los derechos laborales. Las funciones ya no sólo eran remediar las posibles fallas del mercado, sino garantizar las pautas del Constitucionalismo social, proceso iniciado por la Constitución de México de 1917 (primera Constitución de la historia que incluyó en su articulado derechos sociales) y la República de Weimar de 1919 en Alemania; los derechos sociales, o de segunda generación, ya se habían transformado en universales.

Al nuevo esquema planteado por el gobierno de Alfonsín, que preveía una indexación salarial para que los ingresos no le perdieran pisada a la inflación, se le sumaba los difíciles intentos de acuerdo con el Fondo Monetario Internacional para ordenar y tratar de reducir el nivel de endeudamiento externo, lo que era contrario a la política de expansión de la demanda, ya que el organismo internacional exigía un programa de ajuste del gasto y aumentar la tasa de interés generando una política monetaria restrictiva. En 1984 la inflación anual fue del 626%, un número muy elevado, lo que ya hacía prever el futuro.

El propio Alfonsín, confiando en su fuerte ascendencia sobre la sociedad, hizo referencia a la necesidad de un cambio de actitud, sosteniendo que el camino del consumo tenía “patas cortas”. A raíz de ello comenzó una política de ajuste insospechada para un partido “popular” de centro izquierda como la Unión Cívica Radical, lo que trajo una serie de conflictos internos dentro del gobierno. Además, era una demostración del cambio de la mirada histórica del partido centenario, para lo cual debieron utilizar una serie de artilugios verbales para justificar una nueva visión sobre por dónde transitaba el camino del futuro.

Ante el fracaso del plan, Grinspun fue reemplazado por Juan Vital Sourrouille, quien en 1985 implementó el Plan Austral, lo que implicaba no sólo un cambio de la moneda de curso legal, sino también un control absoluto sobre los precios; cualquier incremento debía ser aprobado por la Secretaría de Comercio. Esto venía acompañado por un aumento de los impuestos a las exportaciones, concepto similar

(31) La derogación de la Constitución de 1949 dejó sin efecto una gran cantidad de derechos y garantías, relacionados con el progreso social y económico. Entre ellos el derecho de reunión (art. 26), la prohibición de discriminar por raza (art. 28), los derechos del trabajador (art. 37, I), la igualdad jurídica de hombre y mujer en el matrimonio (art. 37, II), el bien de familia (art. 37, II), la patria potestad compartida (art. 37, II), los derechos de la ancianidad (art. 37, III), la educación primaria obligatoria y gratuita (art. 37, IV), la autonomía universitaria (art. 37, IV), la función social de la propiedad (art. 38), la estatización del comercio exterior (art. 40), la nacionalización de los recursos mineros y energéticos (art. 40), la estatización de los servicios públicos (art. 40) y el voto directo (arts. 42, 47 y 82).

a las retenciones, y una curiosidad para la extraña historia económica argentina, la implementación de un instrumento novedoso, el “ahorro forzoso”, eufemismo para no reconocer que el mecanismo imaginado era un impuesto, ya que, si bien se devolvería en un futuro, al ser actualizado con una tasa de interés negativa, el dinero “ahorrado” se licuaba a un ritmo notable.

Otra medida curiosa fue el “desagio”, que reducía el ingreso de empresas y comercios por ventas realizadas con anterioridad al Plan Austral, ya que suponía que las mismas incluían una expectativa inflacionaria del 30% mensual; este mecanismo desestabilizó a miles de fábricas y destruyó emprendimientos incipientes.

Más allá de que no pueda observarse como “políticamente correcta”, fue una claudicación de los postulados económicos históricos de la Unión Cívica Radical, y la retórica discursiva y la brillante capacidad oratoria del presidente Alfonsín, ya no podían esconder semejante contradicción.

De un intento de expansión de la economía, a un ajuste ortodoxo, de John Maynard Keynes a Milton Friedman, de la teoría de la demanda insuficiente que fuerza al Estado a intervenir en los mercados, al monetarismo, que ve en la expansión monetaria el causante de todos los males y problemas de los países emergentes. En muy corto tiempo, se había pasado de una visión keynesiana basada en el aumento del gasto público, a un ajuste clásico inducido por las recetas del Fondo Monetario Internacional.

Esta afirmación no pretende ser un juicio valorativo sobre si correspondía o no ese viraje de 180 grados, sino una nueva demostración de lo difícil que es para los argentinos, no sólo decir, sino también escuchar la verdad sobre la necesidad de ordenar las cuentas del Estado; y lo que es más grave, y tiene que ver con este trabajo, la utilización apócrifa y sumamente confusa de las principales teorías económicas.

Este movimiento pendular de economía argentina, de un extremo a otro y carente de convicciones serias que se pueda transmitir a los ciudadanos, fue llevado a cabo sin puntos medios. La nueva ilusión, duraría poco.

De todos modos, hay que reconocer que buena parte de nuestra historia económica reciente es una sorprendente adaptación vernácula de la *Teoría del Nudge*, o “teoría del empujoncito”, elaborada por el Premio Nobel de economía, Richard H. Thaler³², la cual está estrechamente vinculada a los factores que dan sentido a la economía conductual³³.

Usando un ejemplo propio de la literatura económica, podemos poner el ejemplo de las bebidas azucaradas, que son inconvenientes para la salud. Una estrategia *nu-*

(32) Nacido en 1945, Estados Unidos. Premio Nobel de Economía 2017.

(33) Investigación científica sobre las tendencias cognitivas y emocionales humanas para una mayor comprensión de la toma de decisiones económicas. Analiza cómo esas tendencias afectan a los precios de mercado, a los beneficios y a la asignación de recursos.

dge sería retirar estos bienes de la zona media de los estantes de los supermercados, evitando que estén a la altura de la visión de los consumidores. No sería prohibir, sino empujar sin violencia económica a determinadas conductas sin violencia económica, a tomar determinadas conductas.

En el caso argentino, sería un “*libertarianismo paternalista*”, un oxímoron que da relativa libertad para decidir, pero con un Estado dispuesto permanentemente a dar “empujoncitos” en determinada dirección. La idea es que, gracias a la intervención del Estado, los beneficios individuales se transformen en un beneficio colectivo. Es una mezcla entre el individualismo liberal smithiano y el intervencionismo estatal keynesiano.

Hay que aclarar que los liberales cuestionan la teoría de Richard Thaler, sosteniendo que ese *libertarianismo paternalista* es un eufemismo para garantizar la intervención del Estado en la economía. El problema es, que en esta concepción ecléctica sobre cómo debería funcionar la economía, nos podríamos preguntar cuáles son las verdaderas razones por las cuáles el Estado da “empujoncitos” en distintos sentidos, lo que puede ser profundamente arbitrario e injusto según la mirada de los sectores afectados.

Finalizando con esta breve digresión, por la cual intenté explicar de manera sencilla la Teoría del Nudge, se podrían esbozar algunos números finales de la economía del gobierno del doctor Raúl Alfonsín. En 1987 el 43% del gasto público correspondía al “Estado Productor”, en el cual se incluye un sinnúmero de subsidios a la producción privada; si a esto le sumamos el déficit de las empresas en manos del Estado, el déficit total rondaba el 10% del Producto Bruto Interno. Esta situación facilitó que la idea de privatizar empresas públicas y cancelar subsidios, fuera ganando cada vez más adeptos.

De todas maneras, la situación económica era caótica, particularmente en cuanto al incremento de los índices inflacionarios, lo que impedía al gobierno mantener el plafón político suficiente para llevar adelante cambios estructurales.

En el final del mandato se utilizaron algunas herramientas muy desgastadas, que, para sorpresa del mundo entero, aún siguen en práctica en nuestro país, como los controles de precios; está demostrado empíricamente que ellos sólo tienen efectos a corto plazo, siendo una medida meramente paliativa. Pero mientras tanto, hay que ocuparse de resolver las verdaderas causas de los aumentos de precios, cosa que nunca se llevó a cabo.

Sin dudas que las razones del fracaso tienen un alto componente político, vinculado a la falta de respaldo de la oposición y los gremios; si bien esta problemática tiene una relación con el estudio del problema principal, no me gustaría ahondar en ello para no perder el objetivo de la investigación con el análisis de disputas agonales por alcanzar el poder.

Pero también queda claro que, además del obstinado movimiento pendular de la economía argentina, en este período también se intentaron políticas económicas de distintos orígenes, pero ninguna de ellas se desarrolló en su plenitud de acuerdo a sus postulados teóricos. Nuevamente una utilización apócrifa y a medias, que desembocó en fracaso.

V. La Revolución Productiva del menemismo: Nuevamente el voluntarismo a escena

Debido al profundo deterioro económico del gobierno de Alfonsín, el triunfo de Carlos Menem³⁴ generó en el imaginario popular una sensación que algo podía cambiar. En esa necesidad de creer, llegaron a surgir algunas leyendas urbanas sobre que algún hombre providencial proveniente del norte llegaría a resolver la tragedia económica de nuestro país. El origen peronista de Menem generaba un manto de duda sobre si existiría una nueva mirada, más *aggiornada* a los nuevos tiempos.

En sus primeros intentos se buscó una alianza con el sector empresario ubicando a los directivos principales del grupo *Bunge & Borg* a cargo del Ministerio de Economía. La idea era que, por arte de magia, la unión entre capital y trabajo podía traer alivio a través de esa llamativa y novedosa expresión de “economía social de mercado”. Ya no había que combatir al capital, sino compartir parte del poder con él.

Esa nueva forma de interpretar a la economía, incluía leyes de emergencia económica y reforma del Estado; el nuevo plexo normativo que aprobó el Congreso, abría la posibilidad para la privatización de empresas públicas, la finalización de

(34) Carlos Menem nació en Anillaco, provincia de La Rioja, el 2 de julio de 1930, siendo el mayor de los hijos del matrimonio conformado por los inmigrantes sirios Saúl Menehem y Mohibe Akil, dedicados a la actividad vitivinícola. Una vez terminado sus estudios secundarios, decidió instalarse en Córdoba para estudiar Derecho en la Universidad Nacional. Cuando se recibió de abogado regresó a su provincia, donde fundó en 1958 el Partido Populista. El nombre elegido no resultaba extraño para alguien que se sentía peronista. Debido a los magros resultados electorales conseguidos, viajó a Buenos Aires, donde a través de la gestión de Alejandro Leloir, el Comando Nacional del Peronismo lo nombró interventor de la juventud en La Rioja, a partir de lo cual inició una próspera carrera política que lo llevaría a la presidencia de la Nación. En 1964 Menem viajó a Yabrud, un pueblo de Siria situado a 80 km de Damasco, donde habían nacido sus padres. De regreso aprovechó una escala en España para conocer personalmente a Perón. Siendo un reconocido abogado, Menem contrajo enlace con Zulema Fátima Yoma en 1966, oriunda de la ciudad de Nonogasta, con quien tuvo dos hijos, Zulema María Eva y Carlos Saúl Facundo. La familia Yoma estaba compuesta por diez hermanos, siendo tradicional de Nonogasta, razón por la cual sus habitantes han rebautizado la localidad como “Yomagasta”, a pesar que según cuenta el humor popular, son excesivamente cuidadosos con el dinero. En 1972 fue uno de los pocos que tuvieron el privilegio de ser parte de la selecta comitiva que acompañó a Perón en el chárter que lo trajo de regreso a la Argentina. Con semejante aval representó al Frente Justicialista de Liberación (FREJULI) como candidato a gobernador de La Rioja en 1973, alcanzando el porcentaje más alto de votos de la esa agrupación política en todos los distritos del país. Una vez producido el golpe de 1976, fue detenido y trasladado a diferentes destinos. Primero estuvo en el buque “33 Orientales”, luego pasó por Tandil y Mar del Plata, hasta que fue confinado en Las Lomitas, provincia de Formosa.

la promoción industrial, y la apertura comercial al resto del mundo, con lo cual se intentaba disuadir a las empresas nacionales a que finalizaran con los aumentos constantes en los precios.

La gestión económica de los directivos económicos de *Bunge & Borg* fue un nuevo fracaso que obligó a la renuncia del equipo. Cuando asumió en el Ministerio de Economía un hombre de confianza de Menem, Erman González, se produjo otra de las tantas curiosidades de ese proceso; tomó una medida que presagiaba lo que podía seguir ocurriendo en el futuro: la conversión arbitraria de los plazos fijos en títulos de la deuda pública a largo plazo. Quizás la medida haya sido la única posibilidad para evitar una corrida cambiaria de resultados imposibles de mensurar, pero su espíritu afectaba tres de los pilares del sistema capitalista: la afectación de la propiedad privada, el ahorro y la inversión.

De todas maneras, no se pudo resolver la problemática principal, y más allá que las reservas del Banco Central subieron sustancialmente, la nueva corrida cambiaria y una inflación que no daba tregua, permitió el desembarco del hasta ese entonces Canciller, Domingo Cavallo, en el palacio de Hacienda.

La sanción de la Ley de Convertibilidad el 1 de abril de 1991³⁵, suponía un nuevo *corset* al tipo de cambio, lo que también era contradictorio con un sistema de libre mercado; era tal el nivel de desconfianza, que la única manera de dar certeza pasaba por obligar por ley al Estado a mantener la paridad 1 a 1. Tal como plantea el economista Ricardo López Murphy *“se eligió un instrumento que generó inmediatamente una reacción de credibilidad; lo hizo al costo de prácticamente colocar al sistema económico, y básicamente a todo el proceso de estabilización en una camisa de fuerza; en realidad, en una camisa de fuerza cerrada por un candado cuya llave había sido arrojada”*³⁶.

Era un mecanismo con algunas similitudes a lo que fue la Caja de Conversión, creada en 1890, aunque a diferencia de cambiar moneda por oro³⁷, se garantizaba la paridad del peso con el dólar. El Banco Central debía tener las reservas necesarias para comprar la totalidad de la base monetaria, por lo cual se prohibía la emisión de dinero sin el respaldo de reservas de libre disponibilidad, por lo cual la oferta monetaria pasó a ser una variable exógena.

¿Se lograron los objetivos principales? Sí, ya que terminó con el proceso inflacionario crónico, reapareciendo el crédito a mediano y largo plazo merced al ingreso de capitales; se podría decir que los primeros años de la Convertibilidad fueron exitosos y se alcanzaron las metas propuestas. Un dato que sostiene esta afirmación:

(35) Ley 23928.

(36) LÓPEZ MURPHY, Ricardo. “Los planes de estabilización en el Mercosur”, *Ciclos en la Historia la Economía y la Sociedad*, n. 8, 1. semestre 1995, Buenos Aires, p. 124.

(37) En 1895 la Caja de Conversión emitió los primeros billetes de nuestra moneda nacional en nombre de “La Nación Argentina”, prohibiendo las emisiones particulares o provinciales. Después, en 1935, esta entidad fue reemplazada por el Banco Central.

la inflación de febrero de 1991 fue del 37,2%, mientras que en los meses posteriores a la Convertibilidad, cayó al 1%. Incluso hubo meses en los cuales en los cuales hubo deflación. Un dato contundente, la inflación mayorista anual de 1989 fue del 5383%, mientras que en 1997 alcanzó el -0,9%.

El hecho de mantener una inflación reptante, cercana al 1% mensual, frente a un tipo de cambio fijo por tiempo indeterminado, hizo que el mismo se fuera retrasando, lo que afectó las transacciones internacionales; se desestimulaban las exportaciones y se alentaban las importaciones con la consecuente crisis de Balanza de Pagos, que, de un superávit de 8275 millones de dólares en 1990, pasó a un déficit de 5751 millones de dólares en 1997.

Más allá de la reactivación económica, la irrupción del crédito, el ingreso de divisas por la privatización de empresas públicas, la caída de los índices de pobreza y la erradicación de la inflación, ya se podían percibir algunos nubarrones; el gobierno estaba obcecado en no mover un ápice el tipo de cambio, más allá que la literatura económica sostiene que, para mantener la paridad en los términos de intercambio con el resto del mundo, el tipo de cambio debe aumentar la diferencia entre la inflación interna y la inflación internacional.

La fuerte apertura comercial generó un aumento importante en la tasa de desempleo. Si bien se revalorizaba la función del mercado, no mejoraban los índices de especialización y valor agregado.

En 1998 se desató un tsunami a raíz del *default* ruso, que hizo dudar a los inversores internacionales sobre dónde debían seguir invirtiendo. El reemplazo del ministro Cavallo por Roque Fernández, quien mantuvo la economía en piloto automático, hacía prever un desenlace preocupante en el corto plazo.

La devaluación de la moneda en Brasil, la apreciación del dólar, la caída de los precios de los productos argentinos de exportación y un goteo cada vez más marcado de dólares al exterior, constituían un combo difícil de enfrentar con un sistema de Convertibilidad que se había obsesionado con el 1 a 1.

El crédito acumulado por el presidente Menem le permitió llegar al final de su segundo mandato sin mayores inconvenientes; el próximo mandatario se las vería en figurillas, ya que los principales candidatos, para evitar fuga de votos, habían asegurado que mantendrían el sistema del 1 a 1, con lo cual quedaban entrampados en sus propias palabras.

¿Qué era la Economía Social de Mercado? ¿En qué se había convertido? En una extraña mezcla de políticas liberales con un tipo de cambio fijo, que impedía retocar los precios internacionales para que crecieran las exportaciones y disminuyeran las importaciones; una política inteligente y adaptable a la evolución de las variables macroeconómicas en este campo, no sólo hubiera sido bien vista por la sociedad y el mercado, sino que nos hubiera ahorrado un problema mayúsculo.

Esta es una nueva demostración de la falta de un criterio uniforme en política económica y monetaria; nuevamente nuestro país hacia una interpretación autóctona de las principales escuelas económicas del mundo.

VI. Fernando De la Rúa: “Voy a terminar con esta fiesta para unos pocos. Viene una Argentina distinta, la Argentina del respeto, la Argentina de las reglas claras, la de la dignidad”. Un nuevo discurso impregnado de voluntarismo

Cuando asumió el nuevo presidente³⁸, la crisis económica se hacía notar con fuerza. El respaldo político y gremial que tuvo Menem se había esfumado y el primer ministro de Economía de Fernando De la Rúa, José Luis Machinea, imaginaba que se podía seguir adelante con dos pilares, la austeridad fiscal y una mayor recaudación a través de la creación de nuevos impuestos, lo que provocó recesión. A pesar del apoyo norteamericano a los países que habían abrazado el “Consenso de Washington”, marzo de 2001 fue el mes de mayor salida de capitales de la última década.

De fracaso en fracaso, se optó por el reemplazo del ministro; la figura de Ricardo López Murphy, un hombre que representaba la economía ortodoxa (clásica o liberal), generó un fuerte reproche dentro de la Alianza gobernante, que deseaba conservar su tradición histórica. Los problemas políticos, sumados a los económicos, eran de magnitud. El presidente, que había perdido a su vice Carlos “Chacho” Álvarez por renuncia, no tenía el poder suficiente para imponer su propio criterio y nombrar como ministro a López Murphy, quien prácticamente no pudo asumir; debido al agravamiento de la crisis, convocó al padre de la Convertibilidad, Domingo Cavallo.

La mayor parte de las monedas del mundo se habían devaluado frente al dólar y el peso argentino. A pesar que no disponía de suficientes instrumentos para enfrentar la crisis, Cavallo pensaba que los pocos que tenía le alcanzarían para superar el momento. No tuvo en cuenta la debilidad política del presidente De la Rúa.

Para no modificar la relación 1 a 1 en el tipo de cambio, se tomaron otras medidas, como por ejemplo encarecer los bienes de consumo importados incrementando los aranceles a los máximos permitidos por la Organización Mundial de Comercio, y a

(38) Fernando De la Rúa Bruno nació en Córdoba el 15 de septiembre de 1937. Era hijo del matrimonio constituido por el doctor Antonio De la Rúa Catani, de ascendencia gallega, y Eleonor Bruno Boeri, quienes habían conformado una familia de clase media, tradicional e ilustrada. Cursó sus estudios secundarios en el Liceo Militar General Paz, egresando de la institución como subteniente de reserva. Se recibió de abogado con medalla de oro en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba con solo 21 años. A lo largo de su proceso de formación, siempre se destacó por haber sido un excelente estudiante, y a los 26 años fue nombrado asesor en el Ministerio del Interior durante la administración del presidente Arturo Illia. Se casó con Inés Pertiné, y tuvo tres hijos, Agustina, Antonio y Fernando. Algunos de sus íntimos amigos dicen que De la Rúa era tan formal, que el primer obsequio que le hizo a quien sería su esposa no fueron rosas ni bombones, sino un ejemplar de su tesis doctoral titulada “El Recurso de Casación en el Derecho Argentino”; a pesar de ello, logró conquistarla.

diferencia de Machinea, bajó los impuestos para algunos productos que no podían competir con los del resto del mundo. Lo que sí se convirtió en un *boomerang*, fue sostener que la relación de un peso/un dólar, se reemplazaría por 1 peso/medio dólar y medio euro, lo que sucedería cuando la moneda norteamericana y la europea se equipararan a nivel internacional.

No sólo que no trajo efectos positivos, sino que, por el contrario, se dejaba traslucir que el compromiso gubernamental de mantener la Convertibilidad, ya no era el mismo, lo que aceleró la fuga de depósitos. Los bancos ya no podían hacer frente a las extracciones de empresas y particulares, por lo cual se restringieron los retiros en efectivo. En verdad, estaban habilitadas las transacciones comerciales, pero su pago era por medio de transferencias, con el objetivo que el dinero quedara en el circuito financiero. Nuevamente, y de manera recurrente, los ciudadanos se encontraban ante una falsa o ineficiente tutela por parte del Estado de un derecho elemental, el de propiedad.

La Convertibilidad estaba herida de muerte, y las manifestaciones callejeras de finales de 2001, reprimidas con violencia por las fuerzas de seguridad, los saqueos a comercios y los reclamos de los ahorristas frente a los bancos, obligaron a la renuncia del presidente y su super ministro.

Machinea, López Murphy y Cavallo, hombres que se fueron sucediendo en la cartera de finanzas, muy vinculados a la ortodoxia económica, quedaron expuestos y sin capacidad para resolver la compleja situación. La falta de tacto político, indispensable para interpretar una realidad compleja, acompañada por fuertes demandas sociales, impidió que nuestro país pudiera mantener una senda de crecimiento junto a una distribución más progresiva de la renta³⁹.

También quedaba expuesta nuevamente la falta de continuidad de las políticas públicas en un camino determinado y la incapacidad para comprender el marco en el que se desarrollaban, lo que impidió hacer las modificaciones necesarias para evitar el colapso.

Como si eso fuera poco, el nuevo Presidente, elegido por la Asamblea Legislativa para reemplazar a De la Rúa, el puntano Adolfo Rodríguez Saá, que sólo estuvo siete días en el poder, declaró la suspensión de los pagos de la deuda externa, lo que ponía al país en la mira de inversores y acreedores que no podían comprender semejante medida. Este “interinato” condicionó el futuro.

(39) Según un informe confeccionado por el Banco Mundial correspondiente al año 2005 (<https://documentos.bancomundial.org/es/publication/documentsreports/documentdetail/935611468182048260/banco-mundial-informe-anual-2005-resena-del-ejercicio>): “El derrumbe económico de Argentina que culminó en 2002 fue dramático y provocó la más grave crisis política y económica en generaciones. Pocos países han experimentado hechos tan catastróficos desde el punto de vista económico (...). Los costos humanos de la estrepitosa caída de la actividad también han sido considerables (...) la desigualdad en los ingresos, que venía incrementándose sin pausa desde mediado de los años setenta, alcanzó su punto máximo después de la crisis”.

Irrumpía a partir de allí una nueva práctica, un modo de “populismo” distinto, aunque con raíces históricas similares; y de esto, el peronismo, encabezado por Eduardo Duhalde, sabía bastante.

SEGUNDA PARTE

VII. Duhalde. “El que depositó dólares, recibirá dólares, el que depositó pesos, recibirá pesos”: Una nueva frustración para los ahorristas

Cuando Duhalde⁴⁰ asumió como presidente de la nación después de la profunda crisis de 2001, el jefe del justicialismo bonaerense gozaba de un fuerte respaldo político, fundamentalmente por representar a la provincia más poderosa y por haber tejido un acuerdo tácito con el ex presidente Raúl Alfonsín, cacique del radicalismo en el mismo distrito.

En el contexto de la profunda crisis económica que le había tocado enfrentar al gobierno de Alfonsín, Duhalde, en su carácter de Intendente de Lomas de Zamora, había creado una oficina municipal de prevención y asistencia a los drogadictos, pionera en Argentina, y aplicó un plan alimentario municipal que redujo los índices de mortandad y malnutrición infantil en los segmentos más desfavorecidos, lo que dio algún lustre a su figura.

Una vez en la presidencia, nombró a Jorge Remes Lenicov como ministro de Economía, a través de cuya gestión de 109 días, Argentina salió oficialmente del sistema de Convertibilidad después de 10 años de vigencia.

La pesificación compulsiva y asimétrica de deudas y depósitos marcó sin dudas el punto más oscuro de la gestión del nuevo ministro. Posteriormente a la breve vigencia de un sistema de tipo de cambio doble, se admitió la flotación de la moneda, aceptando una “sugerencia” del Fondo Monetario Internacional en este sentido.

Las empresas extranjeras que invirtieron en Argentina, especialmente las españolas y francesas, también hicieron conocer su voz ante las posibles pérdidas ocasionadas por la devaluación. *El Financial Times*, principal diario financiero del mundo reveló en una nota que “*las empresas españolas y francesas ejercieron un fuerte lobby para evitar pérdidas masivas*”. Por su parte, el entonces presidente del gobierno español, José María Aznar, llamó personalmente a Duhalde para interiorizarse del

(40) Eduardo Duhalde, nació el 5 de octubre de 1941 en Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires. Era hijo de don Tomás Duhalde, un socialista descendiente de inmigrantes vascos, y María Esther Maldonado. Se recibió de abogado y escribano en la Universidad Nacional de Buenos Aires, y ejerció su profesión como laboralista. En 1971 se casó con Hilda Beatriz González, con quien tuvo cinco hijos. Hombre conocedor de la realidad de la calle, volcó sus inquietudes sociales en su zona de influencia, Lomas de Zamora, quizá una de los más golpeada por el desempleo, la marginalidad y la inseguridad.

problema, y el gobierno francés envió una carta a través de los canales diplomáticos al Canciller argentino, urgiéndolo a hacer “*todo lo que esté en su poder para cuidar nuestras compañías, que han invertido mucho en la Argentina*”.

Por otra parte, la oficina argentina del Banco HSBC (“*Hong Kong and Shanghai Banking Corporation Limited*”) estimó las pérdidas inmediatas del sistema financiero en una cifra que iba entre los 10 mil y 20 mil millones de dólares; se re-denominaban las deudas en pesos, mientras que los depósitos se mantenían en dólares.

Tras una larga e infructuosa negociación con el Fondo Monetario Internacional para obtener ayuda financiera, y frente al rechazo en el Congreso del proyecto para cambiar los depósitos congelados por títulos públicos, Remes Lenicov presentó su renuncia el 23 de abril de 2002.

Asumió en su reemplazo Roberto Lavagna, un licenciado en Economía Política de la Universidad de Buenos Aires, que hasta ese entonces se desempeñaba como Embajador argentino ante la Unión Europea. El nuevo ministro, un desarrollista con larga trayectoria en el ámbito público y privado, ya se había desempeñado como secretario de Industria y Comercio Exterior de la Nación durante el gobierno de Alfonsín. Se sabe que para el “desarrollismo”, más allá de impulsar la industria de base, el Estado tiene un rol trascendente que cumplir en el crecimiento.

A lo largo de la gestión de Lavagna, se logró reestablecer la estabilidad económica y poner en marcha un proceso tendiente a recuperar el Producto Bruto, y de allí en más, abogar por un crecimiento sostenido.

La actitud prudente, el estilo mesurado de Lavagna, y su visión política, lo diferenciaban de anteriores ministros de economía. Su trabajo puede ser considerado exitoso, más aún, teniendo en cuenta el caos económico que se vivía en ese entonces. Esto le permitió ser un referente valioso para acercar votos a la campaña del gobernador de Santa Cruz Néstor Kirchner, candidato presidencial respaldado por Eduardo Duhalde para las elecciones nacionales que se desarrollarían en 2003.

El 24 de enero de 2003, Duhalde mostró su estrategia: logró que el Congreso del Partido Justicialista suspenda la elección partidaria interna, trasladando la discusión directamente a la presidencial del 27 de abril. Era una especie de ley de lema *ad hoc* que habilitaba a Carlos Menem, Adolfo Rodríguez Saá y Néstor Kirchner a representar al justicialismo.

Esta decisión, tomada sin tener en cuenta la fría letra de la Constitución Nacional, que exige que cada agrupación política presente sólo una fórmula, fue respaldada por el fallo de un juez federal con competencia electoral. Se utilizó un curioso argumento: que los tres aspirantes del justicialismo presentaban programas contrapuestos, por lo cual podía concurrir bajo un régimen llamado de neo lemas, es decir, con la autorización para exhibir símbolos partidarios comunes; lo distinto era que no se sumarían todos los sufragios justicialistas a la fórmula más votada. En definitiva, a

través de un verdadero entuerto jurídico generado por la politización de la justicia, los tres candidatos iban a enfrentarse como si pertenecieran a partidos diferentes.

Si bien Carlos Menem sacó una ventaja apreciable en primera vuelta, consciente que las encuestas eran muy pesimistas, decidió renunciar al ballottage para evitar una dura derrota, por lo cual Néstor Kirchner quedó a cargo del Poder Ejecutivo nacional.

VIII: Kirchner: *Un nuevo posicionamiento interno e internacional*

Una vez que el santacruceño Kirchner⁴¹ se hizo cargo del gobierno nacional, Lavagna siguió en el Ministerio de Economía, con la moderación de siempre y en la antípoda de un presidente que hacía de la verbosidad, la polémica y la pelea política un estilo de gestión. Si bien Kirchner puede ser cuestionado por sus visos autoritarios y maniqueos, esa conducta comenzó a darle buenos resultados electorales y apoyo popular, que lo envalentonó aún más.

Las obligaciones que enfrentaba el ministro Lavagna se diversificaban en varios temas pendientes. El primero de ellos estaba referido a las negociaciones sobre la reestructuración de la deuda en “default” (cesación de pagos), misión difícil por las circunstancias que atravesaba nuestro país. Otro tema de trascendencia fue la renegociación tarifaria con las empresas privatizadas, trámite en el que se entremezclaban no sólo cuestiones económicas y sociales, sino también presiones y planteos

(41) Néstor Carlos Kirchner Ostoic nació el 25 de febrero de 1950 en Río Gallegos, provincia de Santa Cruz; segundo hijo de Néstor Carlos, un descendiente de inmigrantes suizo-alemanes y funcionario del Correo Central, y de María Juana Ostoic, proveniente de una familia de origen croata que se había instalado en Punta Arenas, Chile. De niño Néstor sufrió de tos convulsa y uno de sus ojos mostraba las secuelas de estrabismo que le había dejado la enfermedad. Cuando cursaba la escuela secundaria tenía serias intenciones de ser docente, pero vio frustrada su vocación por una normativa del Ministerio de Educación que exigía una excelente pronunciación de quienes estaban en el curso frente a los alumnos. Hay que recordar que Kirchner enfrentaba dificultades en la enunciación de las consonantes fricativas, es decir que desde el punto de vista acústico sus palabras eran consideradas espirantes y continuas debido a que lo más audible en ellas es la fricción que produce el aire al pasar a través de la estrechez formada entre los órganos articulatorios. Este problema quedaría expuesto en sus discursos cuando accedió a la presidencia, lo cual dio cauce para una gran cantidad de imitaciones, las cuales estaban a la orden del día. A los diecinueve años se radicó en La Plata a los efectos de estudiar Derecho. Era un joven tímido y nervioso, alejado de las cuestiones vinculadas a la cosa pública; sólo parecía interesarle los avatares del Racing Club de Avellaneda, club de sus amores. Según su esposa Cristina Fernández, cuando Néstor veía un partido de Racing se transformaba en un ser casi irracional; estaba lleno de cábalas; entre ellas no dejaba que nadie entrara a su habitación, ni siquiera que pasaran por la puerta. Al poco tiempo de finalizar sus estudios secundarios su carácter tuvo un cambio sorprendente, fue atraído por la política, abandonó su timidez, y comenzó a militar en el ala izquierda de la juventud peronista, agrupación que levantaba las banderas del nacionalismo popular y revolucionario. Debido a su altura, *sus compañeros lo definían como un buen granadero que solía estar siempre a la cabeza de los actos relámpago -donde se incendiaban cubiertas, se arrojaban clavos miguelitos y octavillas- exigiendo el fin de la dictadura de Lanusse* (OTTAVIANO, Cynthia. *Secretos de alcobas presidenciales. De Delfina Mitre a Cristina Kirchner*, Ed Norma, Buenos Aires, 2003, p. 304).

ideológicos. Los planteos que se hacían a las empresas eran arbitrarios y dejaban al desnudo la inseguridad jurídica por incumplimiento de contratos por parte del propio Estado. Ya aparecían los primeros atisbos de rechazo por parte del gobierno a la normativa vigente.

Sin dudas que se exacerbaban determinadas miradas referidas a la intervención del Estado con el objetivo de obtener réditos políticos. No necesariamente se basaban en convicciones y políticas orientadas a mediano y largo plazo, sino más bien en el impacto electoral de las medidas.

Los respaldos intelectuales tenían tres fuentes de orígenes diferentes, que se transformaron en pilares de su gestión: Ernesto Laclau en el discurso populista y todo lo que tenga que ver con la comunicación política; Joseph Stiglitz en el campo económico, que cuestionaba con dureza a la globalización, a los economistas que defendían el libre mercado y a las recetas del FMI; y Eugenio Zaffaroni⁴², penalista que regañaba con la estigmatización de la marginalidad en el sistema penal latinoamericano, lo que abría nuevas dudas sobre la tutela de los bienes jurídicos por parte del propio Estado.

En el plano estrictamente económico, era sencillo percibir que si las tarifas no se adecuaban a las condiciones previstas originariamente en los contratos, se resentirían los niveles de inversión por parte de las empresas que prestaban servicios, y por ende la calidad y la cantidad de los mismos. Es cierto que había que evitar los abusos de algunas de empresas, que aprovechando su condición de monopolios naturales⁴³, sólo se preocupaban por aumentar la rentabilidad frente al exiguo control de los entes reguladores, que en ocasiones eran cómplices y dejaban pasar incumplimientos contractuales.

También aparecía como urgente e indispensable la atención inmediata de la cuestión social, especialmente, la recuperación del valor adquisitivo de los salarios, la reactivación económica y la creación de empleos. En este campo se generaron gran cantidad de planes sociales para “ayudar” a los sectores más carenciados. A partir de allí, aparecieron muchísimas disputas sobre quiénes serían los que los distribuirían, cuáles serían los criterios de otorgamiento, y hasta cuándo tendrían vigencia.

Este último aspecto es importante para en el análisis de este trabajo, ya que es una verdad de Perogrullo que las ayudas sociales masivas direccionada a sectores con elevada propensión a consumir, implicaban una repetida visión keynesiana vernácula. Si bien eran indispensables en épocas de crisis profundas, estos paliativos debían ser meramente coyunturales, hasta recuperar los niveles de empleo. No se pueden mantener por siempre como si fueran políticas de Estado.

(42) Nacido: 1940, Buenos Aires, Argentina. Miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación entre 2003 y 2014.

(43) Asignados por el Estado en situaciones en las que la combinación de costos de una empresa era inferior a cualquier combinación de costo de existir dos o más empresas.

Además, como ocurre en la mayoría de los países del mundo, debía existir una contraprestación, para que aquellos que reciban ayuda del Estado perciban que están justificando la misma a través de un esfuerzo. De lo contrario, se corría el riesgo de generar una cultura del “no trabajo” y el “facilismo”, lo que en la práctica fue condicionante y esperable para nuestro presente, provocando conductas difíciles de modificar hacia el futuro.

Este esquema, sumado a una política monetaria expansiva y a un gasto público creciente -medidas propias del planteo keynesiano para épocas de insuficiencia de demanda- situación que no se percibía como necesaria en ese momento, hizo retrotraer la memoria a los viejos fantasmas de la inflación de finales de los 80 y principios de los 90.

Comenzó una fuerte puja distributiva caracterizada por incrementos salariales y aumentos en los costos de las empresas, a lo que el gobierno intentó poner coto a través de acuerdos de precios, que en muchos casos fue conflictivo por los métodos poco ortodoxos utilizados por el Secretario de comercio interior Guillermo Moreno, que recurría a un esquema autoritario y violento, muy alejado de las prácticas económicas civilizadas de las democracias republicanas. Entre las medidas, se llegó a prohibir la exportación de carne a los efectos de incrementar la oferta interna y garantizar un precio que tuviera relación con el poder adquisitivo de los salarios. El programa se conoció como “carne para todos”.

Una vez resueltos los temas más acuciantes, que requerían el respaldo político del poderoso distrito bonaerense, la historia de felonías se volvió a repetir, pero ahora la víctima fue el propio Duhalde, quien sufrió de su propia medicina. Quedó evidenciado que cuando el presidente Kirchner decidió romper con su padrino, le armó una estructura paralela en la provincia de Buenos Aires para que su esposa Cristina fuera elegida Senadora Nacional, desplazando a un segundo lugar a Hilda “Chiche” de Duhalde.

No conforme con ello, y con el objetivo de quedar como único referente de la escena nacional, reemplazó a Roberto Lavagna, hombre de brillo propio y al que nunca pudo manejar a su antojo, poniendo en su lugar a quien en ese momento era presidenta del Banco de la Nación Argentina, Felisa Miceli, funcionaria permeable a los dictados del presidente. A partir de allí, Kirchner acumularía la totalidad del poder de decisión. Nuevamente aparecía en nuestro país una situación un tanto extraña: al igual que en el resto de Latinoamérica, para llevar adelante un sistema populista con características particulares, se necesitaba firmeza y un grado de violencia institucional; una verdadera contradicción con la visión “*laclauniana*”.

Un ejemplo sobre su intención de no depender de nadie quedó demostrado en la siguiente anécdota: uno de los primeros conflictos que debió asumir Kirchner en la presidencia fue un paro docente masivo; inmediatamente le ordenó a su ministro de Educación Daniel Filmus que viajara a Entre Ríos donde se reunían los dirigentes del gremio a los efectos de satisfacer los reclamos salariales. Filmus le avisó que

iba a consultar previamente con el Ministro de Economía para asegurarse de que hubiera suficientes recursos para esa erogación. Kirchner le contestó: *“El ministro de Economía soy yo. Los recursos están. Y aunque no estuvieran, tienen que estar, porque este conflicto hay que resolverlo”*.

Una muestra de la irresponsabilidad y la falta de pericia en un tema delicado como es la economía de un país. Era lógico enfrentar y resolver conflictos, pero con racionalidad en el gasto. El alejamiento de Lavagna del gobierno fue un punto de inflexión que auguraba momentos difíciles. El hasta ese entonces ministro, actuaba como un dique de contención a los excesos de expansión monetaria.

En cuanto a la gestión de la nueva ministra, la misma estuvo estrechamente vinculada a las políticas verticalistas que se dictaban desde la Casa Rosada, ya que Kirchner actuaba en la práctica como si fuera, además de presidente, un super ministro.

Una de estas medidas, bastante cuestionable, fue cancelar la deuda que el país tenía con el Fondo Monetario Internacional (FMI). Ello tuvo gran eficacia comunicacional sobre la población, que veía en el Fondo al causante principal de nuestros males, aunque en el análisis financiero y en los números no aparecía como positiva. A comienzos de 2006 el gobierno canceló por medio de un pago de 9.530 millones de dólares la deuda que el país mantenía con el Fondo Monetario Internacional, utilizando para ello un 34% del total de las reservas disponibles del Banco Central. El pago redujo el nivel de reservas desde los 28.075 millones de dólares a 18.545 millones. De esta manera, la nueva cifra en poder del Central alcanzaría para cubrir la totalidad de los pesos en circulación calculados a tres pesos por cada dólar.

El objetivo público y aparente sería el de evitar la presión del cuestionado organismo internacional para imponer determinadas recetas que el gobierno nacional consideraba recesivas. El planteo podría haber sido loable, pero hay que recordar que esa deuda era la menos onerosa que tenía Argentina, la de menor tasa de interés. Desde el punto de vista práctico, no fue un buen negocio cancelar la misma y conservar otras más costosas, como por ejemplo la que se mantenía con Venezuela en la que la tasa de interés se multiplicaba por cuatro. Sin dudas que en este punto se privilegió la relación de Kirchner con Hugo Chávez, una cuestión eminentemente ideológica.

Más allá del incomprensible mal negocio, las arremetidas públicas de Kirchner contra el Fondo Monetario Internacional le suscitaban fuertes simpatías en amplios sectores sociales que se consideraban progresistas, particularmente vinculados a la izquierda.

Otro aspecto muy discutible del gobierno de Kirchner fue el excesivo apego al intervencionismo en los mercados. Pretendía controlar arbitrariamente los precios y las variables económicas, sin advertir que la incipiente inflación que se estaba generando en su gestión, radicaba en una política monetaria expansiva, caracteri-

zada por la emisión de moneda nacional para comprar dólares y mantener un tipo de cambio competitivo que mejorara el nivel de las exportaciones. Pero, por otro lado, y para evitar la presión de la demanda agregada sobre los precios, se retiraba el dinero que se había puesto en exceso en el mercado a través de la colocación de títulos que le generaban al Estado elevados intereses a pagar (déficit cuasi fiscal). Una verdadera distorsión keynesiana.

De todas maneras, hay que reconocer que en ese período el crecimiento económico fue significativo, a tasas chinas, que rondaban entre el 8% y el 10% anual. Por su parte, el índice de desempleo, que en el año 2001 se acercaba al 25%, disminuyó sensiblemente. La fortaleza principal del “modelo” neo keynesiano derivaba de los elevados precios internacionales de los *commodities*, es decir de la materia prima a granel y los alimentos, base de la exportación argentina.

La oposición política planteaba que esta mejoría en los índices económicos no era por Kirchner, sino a pesar de Kirchner, y que no se podría mantener por siempre, hecho que quedaría demostrado con el paso del tiempo, fundamentalmente en el segundo gobierno de su esposa, donde se abriría una verdadera Caja de Pandora de consecuencias impredecibles.

Entre los problemas económicos/políticos que debió enfrentar su gestión, los más graves fueron el conflicto diplomático con Uruguay en el 2006 a raíz de la instalación de una planta de celulosa sobre el Río Uruguay, situación que llevó al corte por parte de activistas de la provincia de Entre Ríos de los puentes internacionales que unían Argentina con el país oriental. El presidente se negó a reprimir a los manifestantes e incluso se manifestó públicamente a favor de los mismos. Sus declaraciones tensaron seriamente las relaciones con el país charrúa, poniendo en serio riesgo una relación histórica de hermandad y colaboración mutua.

Otra de las medidas altamente discutidas fue la injerencia en el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC). Efectivamente, en enero de 2007, la dirección de dicho Instituto fue intervenida sin previo aviso, siendo nombrada Beatriz Paglieri para “conducir” el proceso. La funcionaria estaba vinculada con el secretario de comercio Guillermo Moreno. Los empleados del Instituto denunciaron públicamente que hubo un cambio en la metodología de medición y que la modificación no fue explicitada, declarada ni discutida con los técnicos. Keynes y Laclau jamás hablaron de falsificar estadísticas.

A partir de allí, todos los recuentos llevados a cabo por el otrora prestigioso Instituto argentino fueron cuestionados, incluso por algunos sectores que apoyaban al gobierno, como la Confederación General del Trabajo (CGT) conducida por Hugo Moyano, quien exigía que los aumentos salariales estuvieran vinculados al índice góndola, es decir a los precios que se podían verificar en los supermercados.

Hasta el presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el periodista Horacio Verbitsky, quien tenía gran afinidad con la mayoría de las medidas

tomadas por el gobierno, deslizó una fuerte crítica: *“todos los que participamos de este espacio repudiamos el avasallamiento del organismo oficial de medición de indicadores económicos (...). Kirchner se justificó diciendo que en el INDEC había mucho personal de alto nivel que trabajaba en consultoras externas al INDEC y que tenía un compromiso con aumentar los índices para que el Estado tuviera que aumentar los pagos en los bonos indexados (...). (H)ubo muchas personas que no aceptaron esa explicación”*⁴⁴.

De esa manera se había roto uno de los termómetros más importantes que tenía el país para apreciar objetivamente la evolución de sus distintos índices. A partir de allí, las certezas serían reemplazadas por supuestos.

En el ámbito internacional le dio un fuerte impulso a la integración latinoamericana, especialmente con la Venezuela de Hugo Chávez, el Brasil de Lula da Silva, el Ecuador de Rafael Correa y la Bolivia de Evo Morales. Un hecho eminentemente político, sin efectos positivos prácticos.

Por esta razón el 4 de mayo de 2010 fue elegido como secretario general de la UNASUR, mandato que no pudo terminar debido a su fallecimiento, producido el 27 de octubre de ese mismo año, debido a un “paro cardiorrespiratorio no traumático”; su muerte coincidió con el día en que se había puesto en marcha un mega operativo para el Censo Nacional.

IX. Cristina: “Perón usaba la lapicera en función del pueblo, por eso lo atacaron”

Cristina Fernández de Kirchner⁴⁵ -de larga militancia política- fue elegida en 1989 como legisladora para integrar la Cámara de Diputados de Santa Cruz, y fue

(44) VERBITSKY, Horacio. “El INDEC es un desastre”, en <https://www.canal26.com/general/horacio-verbitsky-el-indec-es-un-desastre--70326>

(45) Cristina Elisabet Fernández de Kirchner nació en la provincia de Buenos Aires, el 19 de febrero de 1953, siendo la primera mujer elegida en Argentina para ejercer la Presidencia de la Nación, y la segunda en ocupar ese cargo, ya que en 1974 asumió la primera magistratura María Estela Martínez, más conocida por su seudónimo de “Isabelita”, quien lo hizo en reemplazo de su esposo Juan Domingo Perón, fallecido el 1 de julio de ese mismo año. Cristina vio la luz en la casa de la familia Wilhelm Pulido; Ofelia Esther, su madre, tenía 24 años, y era de ascendencia alemana; trabajaba como empleada de la Dirección General de Rentas de la provincia de Buenos Aires, estaba soltera y defendía con ahínco al peronismo. La mismísima ex presidenta confesaría con cierta amargura que nadie en su familia se había tomado el trabajo de informarle que era hija natural, cosa que descubrió ella misma gracias a una investigación que llevó a cabo comparando fechas. Eduardo Fernández, que no se sabe con certeza si fue su progenitor “biológico” o su padre “del corazón”, era un pequeño empresario de origen radical, hinchado de Estudiantes de la Plata y descendiente de gallegos y asturianos; se casó con Ofelia Wilhelm Pulido en 1958. Cristina tiene una sola hermana, de nombre Giselle, que nació el 1 de enero de 1959; es médica y ejercía su profesión liberal en el Hospital Rossi de la ciudad de La Plata, hasta que tuvo que pedir licencia para poder enfrentar una enfermedad hematológica maligna que mantuvo en vilo a toda su familia. En lo que a política se refiere, Cristina tenía afinidad con su abuelo quien fue el primero en hablarle de Evita; este hombre, de origen conservador, se había convertido al peronismo, y como suele ocurrir en esos casos, guardaba en su fuero íntimo el fanatismo del consero. En cuanto a la relación con sus padres, el periodista Di Mauro comentó que con su madre “se

vuelta a elegir en 1993. Dos años después, en 1995 fue Senadora Nacional en representación de su provincia. Sin haber finalizado su mandato, encabezó la lista de Diputados Nacionales en 1997, y en 2001 volvió a ser elegida para la Cámara Alta. En 2005 tuvo un enfrentamiento personal y político con su ex socia política Hilda “Chiche” González, esposa del ex presidente Eduardo Duhalde, el cual se zanjó con un triunfo abrumador a su favor, ya que le ganó la elección como Senadora Nacional en representación de la provincia de Buenos Aires por 26 puntos de diferencia.

El 19 de julio de 2007 se lanzó oficialmente a la candidatura presidencial para las elecciones de ese año en un acto realizado en el Teatro Argentino de la ciudad de La Plata, y el 28 de octubre fue consagrada como ganadora en primera vuelta con el 45,29% de los votos válidamente emitidos.

Entre los hechos económicos más salientes de su gestión podemos citar la estatización de Aerolíneas Argentinas, la cual había sido privatizada por el gobierno de Menem en 1991. La empresa había sido adquirida por Iberia, y posteriormente el paquete accionario fue comprado por el grupo Marsans, una multinacional española vinculada al turismo. Esta última estaba acusada de cometer serias irregularidades y de vaciar la Aerolínea. El proyecto de ley fue aprobado en el Congreso Nacional el 3 de septiembre de 2008 (ley 26412). En 2009 también fue estatizada la ex Fábrica Militar de Aviones, empresa creada en 1927 cuando ejercía la presidencia Marcelo Torcuato de Alvear, la cual había sido entregada bajo concesión a la empresa estadounidense Lockheed Martin. Estos procesos de estatización, que se promocionaban por cadena nacional como una recuperación de la soberanía nacional, ya mostraban el sesgo de la nueva mandataria, a quien le preocupaba poco el déficit de las empresas públicas; el componente político y electoral, nuevamente puso en jaque a la Economía. De nuevo quedaba expuesta la falta de tutela por parte del Estado de un bien jurídico colectivo: la estabilidad macroeconómica.

Dos de los problemas más grandes que debió enfrentar Cristina Fernández fueron las cuestiones vinculadas a una inflación creciente y a la crisis desatada en el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), el cual estaba cuestionado por la metodología empleada para medir el índice de costo de vida a partir de la intervención del organismo en enero de 2007. Algunos estudios privados ubicaron

sacaban chispas” y con su padre *“tuvo una relación que podría haberse hecho un festín psicólogo”* (<http://perfil.com/noticias/politica/los-recuerdos-de-la-pobre-infancia-de-cristina-fernandez-20150415-0032.phtml>). El 9 de mayo de 1975, y después de seis meses de noviazgo, Cristina se casó con Néstor Carlos Kirchner, a quien conocía de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata, donde compartían sus estudios. Tuvieron dos hijos, Máximo y Florencia. Los que conocen a la familia, sostienen que el padre de Cristina, hombre profundamente antiperonista, tuvo reparos frente a la relación que había entablado su hija; incluso le costaba dirigirle la palabra a Néstor, aunque resignado terminó aceptándolo; en una entrevista con Oscar González Oro y Beto Casella en la residencia de Olivos, Cristina reconoció: *“cuando llegó a mi casa, mi padre casi se muere, tenía un look mayo francés”; además comentó sobre la relación con su esposo que “una nunca se aburre al lado de él, nunca se fue de casa. Pero si se iba, le cerraba la puerta y no entraba más”*.

la inflación real a lo largo de toda su gestión en más del doble de la reconocida oficialmente.

La disputa sobre este tema no es menor, ya que el índice elaborado por el Instituto era clave para determinar el monto que el gobierno tenía que pagar en concepto de intereses de la deuda externa en función del Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER), lo que en la práctica era una estafa a los acreedores. Ninguna teoría económica hubiera planteado una cuestión de esta naturaleza, más aún cuando la economía requiere de seguridad jurídica y certezas.

Algunos observadores sostienen, que tanto el gobierno argentino, como los grupos económicos privados que son acreedores de títulos de la deuda, pujaban por influir en la forma en que se calculaban los índices por parte del INDEC con diferentes objetivos: reducir la deuda externa y los intereses en el caso del gobierno, y de aumentar ambos componentes en el caso de los acreedores.

Quizá, la situación más complicada desde el punto de vista social que le tocó enfrentar, fue el conflicto generado con el campo a raíz de la famosa circular 125/2008, la cual establecía un sistema móvil para las retenciones de soja, trigo y maíz. La misma fue firmada por el entonces ministro de Economía Martín Lousteau, joven economista que venía de realizar un "*Master of Science in Economics*" en el *London School of Economics and Political Science*. Según lo que se podía inducir del contenido de esa circular suscripta por el funcionario, se incrementarían sustancialmente las retenciones a las exportaciones de granos, especialmente la soja. El argumento expuesto fue que los productores ganaban mucho dinero por el elevado precio de esos bienes, y había que subir los impuestos a la exportación para lograr una distribución más justa de la riqueza.

Lo curioso es que dos clásicos, Adam Smith y David Ricardo, ya se habían manifestado en el siglo XVIII sobre este tema al plantear la teoría de la Renta Diferencial, a través de la cual quedaba claro que, en la imposición, era necesario tener en cuenta la diferencia entre la calidad y el tamaño de las tierras. Para decirlo de otra manera, y llevando el ejemplo a nuestro país, no es lo mismo un pool de siembra en la pampa húmeda, que un pequeño agricultor en una zona árida.

Este hecho dividió al país en dos, generándose cortes de rutas por parte de los productores y actos multitudinarios de ambos sectores para apoyar las diferentes posturas; el nivel de virulencia y agravios mutuos hacía recordar viejas épocas de nuestro país.

Presionada por las circunstancias, la Presidenta, en acuerdo con su esposo, decidió enviar el proyecto al Congreso Nacional, para que este decidiera *per se*, legitimando o no el espíritu de la discutida circular. En la Cámara de Diputados pasó el primer examen, y fue aprobado ajustadamente por 129 a 122 votos. La gran batalla era la discusión que se daría en el Senado, que, tratándose de una carga tributaria, actuaba como Cámara revisora. La sesión fue seguida con gran atención por

la ciudadanía, y el resultado de la votación, producida a altas horas de la noche, fue un empate en 36. El proyecto fue rechazado debido a la decisión del vicepresidente de la nación y titular nato del Senado, Julio Cleto Cobos, quien debió desempatar. Para ello utilizó una frase célebre, un tanto pusilánime, que quedará en la memoria de los argentinos: *“Que la historia me juzgue, pido perdón si me equivoco. Voto. Mi voto no es positivo”*.

Este hecho provocó la ruptura del vínculo entre la presidenta y su vice, y por ende el realineamiento de la mayoría de los radicales K que pasaron a ser acérrimos opositores al gobierno.

En cuanto a la desaparición de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP), creadas por ley 24241/93 en el transcurso del gobierno de Carlos Menem, y que permitía que algunas empresas privadas administraran el dinero de los trabajadores que optaban por el sistema de capitalización en cuentas individuales, las reacciones fueron encontradas, ya que algunos sectores políticos como el ARI, el Socialismo y parte de la Coalición Cívica apoyaron la medida, mientras que el PRO y el Radicalismo la cuestionaron con el argumento que afectaba la propiedad privada.

Es de reconocer que las comisiones que cobraban las AFJP eran muy elevadas, entre un 13% y un 15% del total de los aportes, los que las convertía en un gran negocio para las empresas y los bancos que estaban detrás de ellas. En su lugar se creó un nuevo Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), y los fondos acumulados hasta ese momento fueron transferidos de manera arbitraria a la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSES) para que tuvieran diferentes destinos de difícil e indescifrable control. Más allá de las elevadas comisiones, había una afectación de la propiedad privada de una gran cantidad de argentinos que habían decidido de manera voluntaria realizar sus aportes a una Administradora privada. A partir de allí, una nueva caja se utilizaba como un elemento indispensable para mantener el poder.

Por otra parte, y debido a que el Estado se hizo cargo de los fondos que administraban las AFJP, las cuales tenían importantes inversiones mediante la compra de acciones en grandes empresas nacionales, el gobierno planteó a través del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 441/11 incorporar directores que lo representen en las mismas, en una proporción que estaba vinculada al porcentaje de acciones que disponía. Este hecho generó una fuerte polémica con algunos sectores empresarios privados, quienes veían en esta medida una acentuación de la tendencia hacia una mayor intervención estatal en el gerenciamiento y control de las compañías.

De todos modos, y salvo contadas excepciones, como el caso de la siderúrgica Sidenar, controlada por el grupo Techint, las empresas aceptaron en sus directorios a los representantes estatales. Era otra demostración de la intervención del Estado en el propio seno de las empresas con el objetivo de mantener un control interno.

El último escándalo que podría haber afectado las ambiciones reeleccionistas de Cristina, estaba relacionado a la causa en que se investigaba a los hermanos Schoklender, referida al manejo de fondos asignados por el gobierno nacional a la construcción de viviendas sociales bajo el programa conocido como “Sueños Compartidos”, y administrado por la Fundación Madres de Plaza de Mayo. El hecho involucraba particularmente a Sergio Schoklender, ex apoderado de la entidad, quien llegó a la Fundación apadrinado por su titular Hebe de Bonafini.

El extinto juez federal Norberto Oyarbide, que fue asignado mediante “sorteo” por la Cámara Federal para investigar estas irregularidades, que implican el manejo arbitrario de más de 700 millones de pesos, ordenó allanamientos en la sede de la Fundación Madres de Plaza de Mayo, en el edificio ubicado en Hipólito Yrigoyen 1520, donde funcionaba dicho programa. Allí se incautaron documentos y soportes informáticos en una oficina que era utilizada por los hermanos Schoklender, presuntamente para ejercer actividades vinculadas a los ilícitos investigados.

Este hecho salpicaba directamente al gobierno, ya que era muy difícil explicar las razones por las cuales se permitió que una Fundación vinculada a los derechos humanos se dedicara a construir viviendas sociales, y lo que era más preocupante aún, sin control sobre la utilización de esos fondos. Algo parecido se estaba gestando con Milagros Salas, líder de la organización Tupac Amaru en la provincia de Jujuy, la cual manejaba arbitrariamente gran cantidad de dinero público, tanto para la construcción de viviendas como para subsidios, y que tendría su desenlace con la detención de la dirigente una vez que Mauricio Macri llegara a la presidencia de la Nación. Ninguna teoría económica, ni siquiera el marxismo, habría admitido que organizaciones no estatales manejaran dinero para poner en marcha una serie de obras públicas, particularmente viviendas.

A pesar de estos escándalos, el camino de Cristina hacia la reelección estaba asegurado, y las elecciones primarias desarrolladas por primera vez en nuestro país el 14 de agosto de 2011, donde obtuvo el 50,04% del total de votos válidamente emitido, así lo anticipaban. La incapacidad de la oposición para dejar de lado egoísmos y acordar una fórmula que apareciera como alternativa viable, fue percibida por una sociedad que prefería seguir, al menos en ese momento, por el mismo rumbo.

La elección nacional “real” desarrollada el 23 de octubre de 2011, fue sólo un trámite, y la fórmula del Frente para la Victoria, Cristina Fernández de Kirchner - Amado Boudou alcanzó el 53,96%, relegando al segundo lugar al Frente Amplio Progresista que encabezaba el ex gobernador santafecino Hermes Binner, quien sólo obtuvo el 16,87% de los votos.

Las posibles razones del triunfo tuvieron que ver con el incremento de la demanda agregada, que generó un crecimiento sostenido de la economía, la caída en los índices de desempleo a un dígito, la implementación de la Asignación Universal por Hijo, que ocasionó un incremento de la matrícula escolar, posteriormente extendida a las mujeres embarazadas a partir del tercer mes de gestación, la generalización

de las Negociaciones Colectivas de Trabajo, el incremento en el presupuesto para Educación, la puesta en marcha de una serie de obras públicas, la creación de Tec-nópolis, una mega muestra ubicada en Villa Martelli, y el lanzamiento del satélite argentino SAC-D desde la base de la Fuerza Aérea Vandenberg, en California, Estados Unidos.

Estas obras del gobierno disimulaban los enormes bolsones de corrupción que se habían formado en muchas esferas del gobierno y escondía debajo de la alfombra el maltrato público que la presidenta tenía hacia organizaciones, periodistas y personas que no comulgaban con sus ideas.

Ante el triunfo tan abultado, nada hacía suponer que se avecinaban tiempos difíciles durante su segundo mandato, caracterizado por múltiples denuncias de corrupción, inexistente diálogo con la prensa y una visión populista creciente, muy alejada de las premisas *keynesianas* y *laclauניות*, que incrementaron sustancialmente el déficit fiscal y la inflación.

X. Segundas partes nunca fueron buenas

El 10 de diciembre de 2011 Cristina Fernández asumió su segundo período de gobierno. Enfrentaba la segunda etapa sin su compañero de vida y principal sostén político. La falta del ex presidente se hizo sentir, ya que Cristina siendo una mujer desconfiada, dudaba de la lealtad de sus más cercanos colaboradores; seguramente por ello, su hijo Máximo, sin experiencia en política, comenzó a tener preponderancia en las decisiones de gobierno. A partir de allí, el benjamín de la familia sería víctima de su propia impericia y de la ridiculización por parte de la prensa oral y escrita opositora que se sentía perseguida por lo que consideraba arbitrariedades de su madre.

Muchas fueron las medidas que se tomaron en este período de gobierno, la mayor parte de ellas muy controvertidas, particularmente las de política económica, con importantes subsidios en alimentos y tarifas que generaron un creciente déficit fiscal solventado con emisión monetaria. Continuaba la intervención en el INDEC, que ocultaba los aumentos de precios en bienes y servicios gracias a la falsificación de las estadísticas. Si bien la política de subsidios fue general para todo el país, la misma beneficiaba mucho más al AMBA, cuyos habitantes terminaron pagando tarifas de servicios públicos con importes irrisorios. El criterio era meramente electoralista, ya que en ese distrito electoral se encuentra el 38% de la población argentina. Además, y al contrario de lo que se expresaba públicamente, se fue consolidando un modelo unitario, opuesto a lo previsto por la Constitución Nacional y muy alejado a lo que se esgrimía públicamente.

Otro aspecto negativo para destacar fue la imposición de un “cepo cambiario”, que impedía la libre compra de divisas para encubrir la depreciación del peso. Sólo algunos agentes económicos podían acceder a la compra de dólares al precio establecido por el gobierno, y se multiplicaron las maniobras ilegales para lograr

“diferencias” entre el precio oficial y el que se manejaba en el mercado marginal. Como un modo de paliar este contraste, las compras con tarjeta en el exterior comenzaron a sufrir un recargo del 35%, a pesar de lo cual cada vez aumentaban más.

El responsable de estas medidas fue su ministro de Economía a partir de noviembre de 2013, Axel Kicillof, hombre imbuido de ideas pseudo keynesianas, alejado de los formalismos de trajes y corbatas, quien generaba, y sigue generando al igual que su jefa, tanto amor como rencor. La incesante pelea con los poderosos “fondos buitres” por la deuda pública argentina lo tuvo como protagonista central.

Durante este período de gobierno se expropió el 51% de las acciones de la empresa Repsol, que desde la década de 1990 controlaba YPF. Las razones esgrimidas fueron la caída en la producción de combustible, la falta de inversiones prometidas por parte de la empresa, y la “recuperación” de la soberanía energética. Más allá de las dudas que generó este proceso, la gestión profesional en YPF del ingeniero en petróleo Miguel Galuccio entre 2012 y 2016 fue positiva, y sentó las bases para que la empresa pudiera seguir creciendo.

Un profundo conflicto se generó con los medios de comunicación debido a la reglamentación e implementación de la Ley de Medios que había sido aprobada en 2009. La controversia judicial más grave fue con el poderoso grupo Clarín, que deseaba conservar su mega estructura. La agresión entre el gobierno y el grupo Clarín llegaron a niveles insospechados. La ley, cuyo espíritu era generar una mayor pluralidad en la información, sería derogada en 2016 por “*no cumplir las expectativas que se habían generado*”.

Otro hecho destacado de la gestión fue la promoción de la Ley de Identidad de Género, que permitió que travestis, transexuales y transgéneros fueran inscriptos en sus documentos con el nombre y sexo de elección. También obligó al Estado a solventar las operaciones de cambio de sexo. Hay que recordar que desde 2010, por la ley 26618 de “matrimonio igualitario”, Argentina se había transformado en el primer país en América Latina que reconocía como válido el casamiento entre personas del mismo sexo.

En 2013 también se promulgaron dos leyes importantes; una, que castigaba el trabajo infantil, y otra que intentaba regularizar la situación de más de un millón de empleadas domésticas que trabajaban de manera informal y sin cobertura jubilatoria ni sanitaria.

El propio Estado, utilizando fondos del erario público, otorgó apoyo económico a algunos empresarios “amigos” para la compra de medios de comunicación, y de esa manera tener un discurso favorable hacia la gestión de gobierno. También se llegaron a financiar programas y series a través del Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCCA) en las que participaban actores afines al gobierno, algunas de los cuales nunca se estrenaron. Sin dudas que ninguna teoría económica hubiera avalado este tipo de conductas y el uso discrecional de dinero público para enaltecer figuras del gobierno de turno.

Quizás el caso más emblemático de corrupción hasta ese momento fue el que envolvió al ex vicepresidente Amado Boudou, acusado entre otras cosas de intentar quedarse con la calcográfica Ciccone, que se dedicaba a imprimir billetes. Intentó llevarlo a cabo a través de la empresa *"The Old Fund"*, propiedad de Alejandro Vanderbroele, testaferro de Boudou. Este último fue condenado en agosto de 2018 a 5 años y 10 meses de prisión. También tuvo fuerte repercusión pública el escándalo de Austral Construcciones, la empresa de Lázaro Báez, que durante el gobierno de los Kirchner recibió *"52 contratos por 46.000 millones de pesos, licitaciones que según la justicia estuvieron plagadas de irregularidades"*, y que permitió que el *"patrimonio del empresario creciera -entre 2004 y 2015- un 12.127%, adquiriendo bienes por 205 millones de dólares"*⁴⁶.

Este tipo de denuncias iban a tomar aún más certeza por parte de la población cuando en la madrugada del 16 de junio de 2016, el ex secretario de Obras Públicas de la Nación, José López, trasladó y "tiró" bolsos con más de nueve millones de dólares al interior del Monasterio de General Rodríguez. Al ser detenido, López confesó que era plata "de la política". Ello también reactivó las denuncias contra su jefe, el ex ministro de Obras Públicas, Julio De Vido. En una declaración posterior, López sostendría frente al juez de la causa una teoría inverosímil: que fue obligado por tres hombres que lo aguardaban en un auto a realizar esa maniobra. Queda claro que el exceso de intervencionismo estatal promueve arbitrariedades y confusión entre el patrimonio público y el patrimonio privado, razón por la cual no es una práctica recomendada por ninguna teoría económica.

Todos estos hechos terminarían desdibujando definitivamente los 12 años de gobierno kirchnerista, soslayando algunos avances importantes en el campo político, social y económico. Una vez más quedó demostrado el viejo aforismo sobre que "nunca segundas partes fueron buenas".

En la segunda vuelta electoral llevada a cabo el 22 de noviembre de 2015, se enfrentaron los dos candidatos presidenciales más votados en primera vuelta, Daniel Scioli del "Frente para la Victoria", que había obtenido el 37,08 % y Mauricio Macri de la alianza "Cambiamos", que alcanzó el 34,15 %. En el camino habían quedado Sergio Massa (Frente Renovador), Nicolás del Caño (Frente de Izquierda), Margarita Stolbizer (GEN) y Adolfo Rodríguez Saá (Compromiso Federal).

Luego de una campaña muy intensa, se impuso la fórmula integrada por el ex jefe de gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Mauricio Macri, acompañado por Gabriela Michetti como vicepresidenta, con el 51,34% del total de los sufragios válidamente emitidos. Una nueva etapa, con muchos claro oscuros, comenzaba en nuestro país.

(46) <https://www.clarin.com/politica/quebro-empresa-insinia-sospechada-lazaro>

XI. Macri, un cambio de rumbo con los CEO muy cerca del poder

Las primeras medidas que tomó Macri⁴⁷ al llegar a la presidencia apuntaron a recomponer las relaciones con el mundo desarrollado y a garantizar la existencia de reglas de juego claras para restablecer una economía de libre mercado, intentando terminar con el asfixiante intervencionismo estatal. Se eliminaron las retenciones

(47) Mauricio Macri nació el 8 de febrero de 1959 en la ciudad de Tandil, provincia de Buenos Aires. Su padre, Franco Macri Garlani, había llegado desde Italia a Argentina en barco, siendo aún adolescente, su arribo se produjo el 6 de enero de 1949 y los primeros trabajos que consiguió fueron de albañilería. La curiosidad es que comenzó a poner en marcha una serie de proyectos de construcción privados que le permitieron amasar una fortuna en una sola generación. Así se transformó, con prisa y sin pausa, en uno de los empresarios más influyentes y destacados del país. Sus detractores le restan mérito a su capacidad y lo responsabilizan de ser uno de los referentes principales de la “patria contratista” a través del control de la empresa SIDECO, lo que, traducido a nuestro vocabulario vernáculo, es sinónimo de enriquecimiento rápido a través de la obra pública y de los negocios con sucesivos gobiernos, sin importar su ideología. El abuelo de Mauricio, Giorgio Macri, en su Italia natal había liderado varios grupos de trabajo en obras importantes, no sólo en su país, sino también en África del Norte. Además se le reconoce que tuvo participación pública militando en partidos políticos menores, lo que significa que alguien de la familia ya había transitado esos “caminos polvorientos”. Su abuela, Lidia Lea Garlani, era el pilar donde se asentaba el hogar de la familia que había constituido con Giorgio, junto a quien tuvo siete hijos. Una de los hermanas de Franco, María Pia Macri Garlani, se casaría con Antonio Calcaterra, otro exitoso empresario de la construcción. Tuvieron cinco hijos, entre los que destacan Ángel y Fabio, socios del mega grupo italiano Ghella, especializado en obras de subterráneo y con participación activa en grandes proyectos de infraestructura, tales como metros, ferrocarriles, autopistas y obras hidráulicas. La madre del presidente, Alicia Beatriz Blanco Villegas, es descendiente de una familia terrateniente de Tandil, y contrajo matrimonio con Franco Macri en 1958; la pareja tuvo cuatro hijos, Mauricio, Sandra, Mariano y Gianfranco; una vez divorciado de Alicia en 1980, lo que le obligó a desprenderse de la mitad de sus bienes, Franco desposó a la psicóloga Cristina Grieffler, pareja con la cual tuvo a Florencia, la más joven de la familia Macri. Después de terminar su relación con Grieffler, Franco tendría varios romances, todos con una gran exposición pública; quizás este comportamiento es lo que llevó a sostener a su hijo Mauricio que la vida de su padre había sido tan novelesca, que su madre Alicia quedó opacada; además fue el propio ex presidente que reconoció tener con su madre una “lejanía afectiva”. Mauricio Macri transitó sus estudios primarios y secundarios en el Colegio “Cardenal Newman”, donde compartió buena parte de su vida con un grupo de compañeros que iban a tener funciones claves en sus gobiernos, tanto como jefe de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o como presidente la Nación. También tuvo un paso fugaz por las Universidades de Columbia en Nueva York y de Pensilvania en Filadelfia, para continuar con sus estudios en la Universidad Católica Argentina, donde se recibió de ingeniero civil. Mauricio se casó en tres oportunidades; inicialmente, con sólo 22 años, contrajo enlace con Ivonne Bordeu Martínez Rivarola, mujer de prosapia aristocrática e hija del famoso piloto de Turismo Carretera Juan Manuel Bordeu; con ella tuvo tres hijos, Agustina, Ximena y Francisco. Una vez divorciado de Ivonne, se casó con la modelo Isabel Menditeguy Vergara, que también descendía de una familia con linaje; la boda fue en 1994, y por consejo de Franco le hicieron firmar a la novia un contrato prenupcial; se divorciaron en 2005, y no tuvieron hijos. En el año 2009 Mauricio conoció en un gimnasio de Barrio Parque a la empresaria Juliana Awada Baker, hija del empresario textil Abraham Awada, inmigrante libanés de religión musulmana, que al igual que Franco Macri, amasó una fortuna en una sola generación; Juliana había contraído enlace con Gustavo Capello, matrimonio que sólo duró un año; posteriormente estuvo en pareja durante un largo tiempo con Bruno Philippe Barbier, uno de los hombres más ricos de Bélgica, con quien tiene una hija de nombre Valentina. Mauricio y Juliana se casaron el 16 de noviembre de 2010 en el complejo Costa Salguero de Palermo; son padres de una niña, bautizada como Antonia.

a la exportación de trigo, maíz, sorgo y carne. En el caso de la soja, se redujo la misma al 30%, con el compromiso de seguir el proceso paulatinamente a razón de una disminución del 0.50% mensual hasta eliminarlas. Estas medidas fueron bien vistas por el campo, aunque ocasionaron fuertes aumentos en los precios de los alimentos y una caída en los ingresos fiscales. Desaparecieron los controles que ejercía la Secretaría de Comercio, y los empresarios comenzaron a fijar sus precios libre y vorazmente. Los efectos nocivos de un liberalismo argentinizado que dejaba como único formador de precios al mercado, comenzaban a dar señales negativas que derribaba cualquier emprendimiento.

Los incrementos salariales conseguidos por los gremios mediante paritarias ayudaron a que la pérdida del poder adquisitivo no fuera tan significativa.

Otra decisión de la nueva administración fue la designación del economista Jorge Todesca para conducir el INDEC. Se hacía indispensable poner un experto que recompusiera la seriedad y certeza a las estadísticas, la transparencia de los "números", y la recuperación del termómetro para los agentes económicos.

Su primer ministro de Economía Adolfo Prat-Gay, un economista de prestigio, egresado de la UCA y con un Máster en la Universidad de Pensilvania, debía resolver de manera urgente dos frentes abiertos que tenían que ver con distorsiones que se habían generado en el gobierno anterior: el primero era salir del cepo cambiario, cosa que ocurrió más rápido de lo imaginado, lo que terminó elevando sustancialmente el tipo de cambio que se encontraba atrasado, azuzando aún más el proceso inflacionario; el segundo frente era llegar a un rápido acuerdo con los "fondos buitres", lo que se logró merced a la emisión de deuda por un monto cercano a los 15.000 millones de dólares.

El objetivo de ambas medidas era mostrar a los mercados que Argentina volvía a ser confiable y digna del financiamiento externo; el gobierno imaginaba que resueltos estos temas se abriría una corriente inversora hacia el país, cosa que no ocurrió por una serie de variables que la nueva administración no podía controlar, como la inflación y el déficit fiscal, lo que provocaba desconfianza y dudas sobre el futuro.

También había que ajustar significativamente las tarifas de gas, electricidad y transporte, que habían quedado fuertemente rezagadas por los subsidios crecientes, especialmente y por las razones electorales ya explicadas en la CABA y provincia de Buenos Aires. El ministro de Energía y Minería, Juan José Aranguren se puso a la cabeza de este proceso. Los excesivos incrementos fueron cuestionados por buena parte de la ciudadanía, la oposición y algunos integrantes del propio gobierno, ya que ponía en riesgo el equilibrio económico de los sectores medios y las pymes. El desgaste fue tan grande para el ministro y ex presidente de la filial Schell en Argentina que fue reemplazado en junio de 2018 por Javier Iguacel, un ingeniero en petróleo que, según la información que rodeaba a su figura, tenía una mirada más prudente sobre la evolución que debían tener las tarifas.

Ante el riesgo de una recesión y de un importante incremento de la desocupación debido a la evolución de los precios internos y la caída de subsidios, el ministro de Transporte, Guillermo Dietrich, lanzó un ambicioso plan de obras públicas, que empezó a mostrar en un comienzo algunos signos positivos. Más allá de eso, las palabras del presidente, en el sentido que en el segundo semestre de 2016 iba a florecer la economía y se desaceleraría la inflación, quedaron sólo como una expresión de voluntarismo, lo que le restaría crédito a pronósticos posteriores. Esta es otra demostración de una extraña mezcla de libre mercado junto a medidas keynesianas. La confusión generada a raíz de medidas ambivalentes no podía terminar bien.

Más aún, a pesar de los errores en los vaticinios optimistas del gobierno, los incrementos de precios siguieron estando a la orden del día durante todo 2017 y 2018, afectando el poder de compra de los salarios; este proceso tuvo un impacto y negativo en la imagen presidencial, la cual, según la mayoría de las encuestadoras de opinión, se redujo en más de 20 puntos en los últimos meses de su gobierno.

La falta de coordinación entre el ministro Prat Gay y el presidente del Banco Central, Federico Sturzenegger, se zanjaría con el desplazamiento del primero, quien según dejaron trascender desde el gobierno, no sabía trabajar en equipo y se creía más que el propio presidente. Nunca quedaron muy claras las razones de su alejamiento, pero su pésima relación con el jefe de Gabinete Marcos Peña, fue determinante.

Asumió en su reemplazo el economista y periodista Nicolás Dujovne, quien había sido funcionario de la Secretaría de Hacienda durante el gobierno de Menem. El nuevo ministro, así como otros importantes integrantes del gobierno de Macri, fueron muy cuestionados por tener buena parte de su patrimonio fuera del país, ridícula paradoja argentina: pedir a los inversores del resto del mundo que confíen e inviertan cuando los propios responsables de las áreas centrales tenían su dinero fuera de las fronteras nacionales.

Uno de los puntos conflictivos que debió enfrentar Macri tuvo que ver con su pasado empresario, ya que la empresa SIDECO mantenía algunos juicios contra el Estado que él mismo conducía. El que más trascendió -por la importante difusión que le dio la prensa- fue la demanda por la expropiación del Correo Argentino, hecho que se llevó a cabo durante el gobierno de Néstor Kirchner en 2003. La deuda que mantenía la empresa integrante del grupo SOCMA, parecía encaminarse a un arreglo a mediados de 2016, aunque el presidente Macri estaba incómodo, pues quedaba atrapado en un conflicto de intereses; se sentía juez y parte. La fiscal Gabriela Boquín calificó al acuerdo al que se estaba llegando como "abusivo", porque, según sus cálculos, implicaba la condonación de la deuda de 300 millones de pesos. Nuevamente la confusión entre la defensa del patrimonio público y el patrimonio personal.

Uno de los dolores de cabeza que tuvo el ex presidente Macri fue que su primo Angelo Calcaterra estuvo sometido a una investigación por parte de la justicia

argentina debido a supuestas “irregularidades” en la obra de soterramiento del ferrocarril Sarmiento, en su trayecto Caballito - Moreno de la ciudad de Buenos Aires. Además, el propio Angelo reconoció ante el extinto juez Bonadío haber pagado “retornos” para ganar licitaciones.

Las elecciones de medio término fueron ganadas ampliamente por la alianza “Cambiemos”, lo que demostraba que más allá de las dificultades y la impericia para manejar ciertos temas, la ciudadanía apoyaba el nuevo proceso y no quería regresar al pasado. Además, la oposición sufría una incapacidad sorprendente para capitalizar los errores del gobierno.

Al contrario de lo esperado, a finales de 2017 las cosas se fueron complicando cada vez más. Comenzó el frenesí por la compra de dólares, lo que sumado a la salida de capitales, terminó provocando que el tipo de cambio aumentara más del 60%; las tasas de interés, impulsadas por el propio Banco Central, subieron de manera significativa, afectando cualquier proceso de inversión, y los precios siguieron su espiral ascendente. A pesar de los intentos, el déficit fiscal siguió siendo muy elevado, lo que obligó a su financiamiento con más endeudamiento interno y externo.

Al poco tiempo le tocaría el turno de abandonar el barco al presidente del Banco Central Federico Sturzenegger, quien sería reemplazado por Luis Caputo, hombre con experiencia en finanzas internacionales y vinculado a JP Morgan. El nuevo funcionario del Central era primo de Nicolás Caputo, íntimo amigo de Mauricio Macri. Hay que recordar que el presidente siempre consideró a “Nicky” como un hermano del alma, y no olvidaba que era de los pocos que lo defendían del *bullying* al que era sometido por sus compañeros en su paso por el Cardenal Newman. Además, Mauricio y Nicky habían sido socios en una empresa que se dedicaba a la fabricación de aires acondicionados para automóviles, transformándose en uno de los principales proveedores de la empresa Sevel Argentina que controlaba Franco Macri.

De la mano de Luis Caputo, y debido al incremento del déficit fiscal y lo costoso del financiamiento externo, el gobierno se vio “forzado” a recurrir al Fondo Monetario Internacional, quien después de breves negociaciones, y por la decisiva intervención política del presidente Trump, habilitó para nuestro país un crédito “blando” por 50.000 millones de dólares, el cual se desembolsaría en etapas; los compromisos asumidos con el organismo multilateral eran muy importantes y condicionaban las partidas del nuevo presupuesto nacional, obligando a las provincias a hacer ajustes. Este hecho dejaba a la luz el crecimiento exponencial de la deuda externa y la hipoteca que dejaba para las nuevas generaciones.

Al contrario de lo que se imaginaba, después de cerrar el acuerdo con el FMI y recibir el primer desembolso, en agosto de 2018 el gobierno se dio de bruces con una nueva crisis cambiaria, aún más profunda, con una suba sorprendente de la moneda estadounidense, lo que sucedió a pesar de la fuerte intervención del Banco Central que pulseaba con el mercado vendiendo dólares. Esto desató una espiral inflacionaria que obligó a modificar las metas previstas.

La mezcla entre el negacionismo, la impericia y la terquedad del gobierno fue un combo letal, y las circunstancias extremas obligaron al presidente Macri a reestructurar su gabinete, reduciendo el número de ministerios y transformando a otros en secretarías. También forzó al ministro Dujovne a solicitar con urgencia al FMI un desembolso más acelerado del crédito, para lo cual llevó como contrapartida la promesa de un déficit primario cero para 2019, lo que aparecía como imposible.

El recorte de partidas venía acompañado de recesión y reclamos sectoriales, los que intentaban recuperar, al menos en parte, la caída de su ingreso. El presidente del Central, Luis Caputo, renunció por “razones personales”.

Como si todo ello fuera poco, nadie imaginaba la irrupción en la problemática realidad argentina de los “cuadernos de Centeno”, en los cuales de manera primitiva pero contundente, quedaría al desnudo un secreto a voces, la corrupción generalizada en la obra pública, que se transformó en una fuente inagotable de enriquecimiento ilícito de una gran cantidad de funcionarios y de un significativo número de empresarios reconocidos, verdaderos cómplices en las maniobras doloosas; una demostración más de la fuerte degradación moral de nuestra sociedad. Quedaba explícito un secreto a voces, la falta de una tutela responsable por parte del Estado a los dineros públicos.

Esta Caja de Pandora, como no podía ser de otra manera, se abrió a raíz de una cuestión amorosa, ya que la ex esposa de un personaje hasta ese entonces desconocido, llamado Oscar Centeno, quien fuera chofer de Roberto Baratta, número dos del Ministerio de Planificación Federal durante el mandato de Julio De Vido, le entregó al periodista de “*La Nación*” Diego Cabot, una serie de cuadernos que guardaba su ex marido en un placard de la casa que compartían cuando convivían, en los cuales estaba relatada de manera manuscrita y prolija la estructura armada para recolectar el dinero del “retorno” de las empresas que ganaban licitaciones en la obra pública. Este hecho generó una serie de detenciones de ex funcionarios y empresarios “arrepentidos” que se acogieron a los beneficios de la “delación premiada”, argumentando que eran extorsionados y que las sumas entregadas no eran coimas, sino “aportes para la campaña”. Un escándalo de magnitudes vergonzosas, que puso nuevamente en jaque a la economía con una fuerte caída de la cotización de las acciones de las empresas involucradas y de los bonos argentinos.

La ex presidenta Cristina Fernández, consciente de su imagen negativa, ideó un candidato, al que ella misma acompañaría como vice. La suerte sobre la reelección de Macri estaba echada: los errores de gestión facilitaron volver al pasado.

XII: Alberto Fernández, un presidente que no gobierna

El nuevo experimento del kirchnerismo recayó sobre la figura de Alberto Ángel Fernández⁴⁸ como Presidente de la Nación. Sorprendió que la ex presidenta lo eligiera para encabezar la fórmula.

Como lo expresara con anterioridad, la hermenéutica histórica indica que hay que dejar pasar un tiempo prudencial para hacer un análisis objetivo sobre un gobierno. Sin transgredir esa norma, voy a hacer una serie de referencias al esquema económico puesto en marcha, profundamente extraño, *sui generis*, alejado de cualquier teoría económica.

Es cierto que la irrupción de la Pandemia generó una situación inédita y excepcional, que llevó a que los bancos centrales de los distintos países tuvieran que emitir muchísimo dinero para otorgarle solidez al sistema de salud. A raíz de ello, muchos de estos Estados sufrieron procesos de inflación que desconocían, pero pronto fueron atacados mediante políticas monetarias adecuadas y austeridad pública.

El caso argentino fue distinto, ya que, más allá de la Pandemia, el proceso inflacionario es algo crónico desde hace muchos años, y con raíces muy complejas, entre ellas la cultural, que demuestra que los diferentes gobiernos, más allá de la ideología que los ha animado, no tuvieron la voluntad ni la fuerza política para revertirlo.

Pero la gestión económica de Alberto Fernández, ha sido verdaderamente alejada de cualquier teoría económica, con un camino confuso, al compás de su falta de crédito político y de un discurso contradictorio, ambivalente y anti mercado. El camino elegido, basado en una expansión inédita del gasto público y en una intervención excesiva del Estado en la actividad económica, no puede ser encuadrado en ninguna teoría económica.

Un estado como actor principal de la economía, obliga a una voracidad fiscal que atenta contra cualquier proceso de inversión privada. Si a eso le sumamos la virtual inexistencia de reservas en el Banco Central, y la imposibilidad de tomar

(48) Alberto Ángel Fernández un abogado nacido el 2 de abril de 1959. Se pensaba que Fernández disponía de la pericia necesaria por su larga experiencia política y una extensa trayectoria en diferentes ámbitos del Estado. Había sido sub director general de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía durante el gobierno de Alfonsín, y entre 1989 y 1995, durante la presidencia de Carlos Menem, se desempeñó como super intendente de seguros de la Nación; en 1996 fue funcionario del gobierno bonaerense de Eduardo Duhalde, primero como presidente de Gerenciar S.A. y luego como vicepresidente del Grupo Bapro. En 2003 fue el jefe de campaña de Nestor Kirchner, quien se consagró presidente encabezando la lista del Frente para la Victoria, por lo que lo designaron jefe de Gabinete, manteniéndose en el cargo durante todo el mandato. En las elecciones de 2007 volvió a triunfar el Frente para la Victoria con la candidatura de Cristina Fernández, quien renovó su designación en la jefatura de gabinete, pero se vio obligado a renunciar siete meses después, en julio de 2008, tras el paro agropecuario patronal que duró 129 días. Tras su renuncia mantuvo una postura muy crítica hacia el gobierno de Cristina Fernández, aunque reivindicaba al gobierno de Néstor Kirchner.

más créditos en el resto del mundo, se hace inviable mantener los niveles de producción. Es de recordar que nuestro país tiene una fuerte dependencia de insumos importados.

A raíz de una problemática económica, social y política compleja, Argentina parece encontrarse a la deriva, sin rumbo claro. La anomia, la inseguridad jurídica, las dudas sobre la real intención de tutelar los bienes jurídicos más elementales (particularmente el derecho de propiedad), la insurrección frente a la decisión de altos tribunales de la Nación, sumado al desánimo por falta de expectativas, hacen imaginar un escenario preocupante con serias dudas sobre el futuro.

XIII. Conclusión

A lo largo de este trabajo, hemos intentado demostrar desde nuestra óptica, cómo se utilizaron en nuestro país de manera apócrifa las teorías económicas más reconocidas a nivel mundial. Con el ánimo de resaltar con la mayor honestidad posible en el marco del subjetivismo innato al investigador, debo reconocer que no hay ningún Estado en el planeta en el cual esas teorías hayan sido puestas en marcha con fina pureza, pero sí, que han trazado caminos claros, basados en acuerdos de mediano y largo plazo, los que generaron crecimiento y una distribución progresiva de la renta.

Queda claro que, siendo generosos, en nuestro país vivimos desde hace muchos años en el marco de una falta, o si se quiere, para ser más preciso, una falsa tutela por parte del Estado del orden económico y la estabilidad macroeconómica, entendidos estos como bienes jurídicos colectivos. Ni siquiera hubo preocupación en resguardar con responsabilidad esos bienes tan preciados para la salud patrimonial individual y psíquica de los argentinos.

Los delitos contra el patrimonio, son parte de una clasificación de delitos que, por el bien jurídico tutelado, afectan al derecho de propiedad, garantizado por el artículo 14 de la Constitución Nacional. Merced a la impericia y la mirada excesivamente electoralista de las medidas tomadas por los diferentes gobiernos que se sucedieron desde 1976 a la actualidad, se podría hablar claramente de delitos contra el patrimonio de los ciudadanos por el perjuicio ocasionado por las inadecuadas y apócrifas políticas económicas puestas en marcha.

Hay que comprender que el orden económico y la estabilidad macroeconómica, suponen, por parte de quienes ejercen la administración del Estado, de un sistema de controles y pautas para un adecuado desempeño de los agentes económicos que actúan como parte del sistema económico. Su objetivo principal es garantizar la persistencia y el normal funcionamiento de la actividad.

Una última acotación. La mirada de este trabajo no pretende ser determinista o nihilista sobre nuestro futuro, sino una toma de conciencia sobre si queremos volver a creer y crecer, para que las próximas generaciones perciban que hay esperanza en

la tierra en la que han nacido. Para ello hay que trazar el rumbo y definir políticas de mediano y largo plazo que incluyan a todos los sectores políticos, económicos, sociales y gremiales. En ese marco, el respeto a la ley, por parte de los ciudadanos en su conjunto, y particularmente por los gobiernos de turno, es central para alcanzar un grado de civilización acorde a las expectativas de los habitantes de esta tierra bendita, que piden a gritos responsabilidad y honestidad en el manejo de la cosa pública. ¡Qué así sea!

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE “INTERÉS ESENCIAL” DEL ESTADO O DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL Y EL “BIEN JURÍDICO PROTEGIDO” DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL*

SOME REFLECTIONS ON THE RELATIONSHIP BETWEEN THE “ESSENTIAL INTEREST” OF THE STATE OR DE INTERNATIONAL COMMUNITY AND “LEGAL GOODS” FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL LAW

*María Alejandra Sticca***

Resumen: El objetivo de esta contribución es reflexionar sobre la relación entre “interés esencial” del Estado o de la comunidad internacional y “bien jurídico protegido” desde la perspectiva del Derecho Internacional.

Palabras-clave: Interés esencial - Estado de necesidad - Bien jurídico protegido - Derecho internacional.

Abstract: The purpose of this contribution is reflect on the relationship between the “essential interest” of the State or de international community and “legal goods” from the perspective of International Law

Keywords: Essential interest - State of necessity - Legal good - International law.

Sumario: I. Introducción. II. ¿Qué entendemos por “interés esencial”? III. ¿Qué entendemos por “bien jurídico protegido”? IV. ¿Qué relaciones identificamos entre “interés esencial” y “bien jurídico protegido”? V. Reflexiones finales.

* Trabajo recibido el 15 de marzo de 2023 y aprobado para su publicación el 10 de abril del mismo año.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Magister en Cooperación al Desarrollo y Acción Humanitaria. Especialista en Aspectos Jurídicos y Económicos del Mercosur. Abogada (UNC). Licenciada en Relaciones Internacionales (Universidad Católica de Córdoba). Profesora Titular de *Derecho Internacional Público* (Facultad de Derecho/UNC). Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho (UNC). Miembro del Instituto de Derecho Internacional y Secretaria del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Email:alejandra.sticca@unc.edu.ar

I. Introducción

En este artículo nos proponemos desentrañar la relación entre el “interés esencial” del Estado, de otro Estado o de la comunidad internacional en su conjunto, elemento estructural propio del estado de necesidad en tanto que circunstancia de exclusión de ilicitud y el concepto de “bien jurídico protegido” desarrollado por el Derecho Penal, punto que nos conduce a profundizar en la causal desde la perspectiva del Derecho Penal Internacional¹.

A nuestros fines retomaremos el estudio del estado de necesidad desde la perspectiva del Derecho Internacional Público y del Derecho Penal con el fin de tratar de determinar el alcance e implicancia de los términos “interés esencial” y “bien jurídico protegido” utilizados por una y otra rama del derecho.

II. ¿Qué entendemos por “interés esencial”?

A los fines de reflexionar sobre qué entendemos por “interés esencial”, lo haremos en los términos del artículo 25 del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad internacional del Estado por hecho internacionalmente ilícito (en adelante, Proyecto CDI RIE) y de los desarrollos de la CDI. Deseamos recordar que este proyecto de artículos fue adoptado el 9 de agosto de 2001, y fue el resultado de un largo trabajo de la CDI de casi 40 años, durante los que participaron una serie de relatores especiales F.V. García Amador (1955 - 1961), R. Ago (1963 - 1979), W. Riphagen (1979 - 1986), G. Arangio Ruiz (1987 - 1996) y finalmente J. Crawford (1997 - 2001).

El artículo 25 del Proyecto CDI RIE establece:

1. *Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:*

a) *sea el único modo para el Estado de salvaguardar un **interés esencial** contra un peligro grave e inminente; y*

b) *no afecte gravemente a un **interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.***

2. *En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:*

a) *La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o*

(1) Art. 31.1.del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

b) *El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad*².

En este artículo 25 nos encontramos frente a una circunstancia de exclusión de ilicitud que exige necesariamente sopesar dos intereses esenciales en conflicto, uno de los cuales será sacrificado.

El estado de necesidad asegura que el Estado puede actuar para salvaguardar un interés esencial suyo que se considera superior frente a un peligro grave e inminente. Esto requiere una ponderación entre los intereses en juego.

Es difícil definir el concepto de “interés esencial”. La CDI no definió ni enumeró intereses que sean esenciales, sino que estableció que “depende de todas las circunstancias y no puede prejuizarse”.

No hay una norma precisa que establezca cuáles son considerados intereses esenciales de los Estados. “El carácter más o menos esencial de un interés determinado está en función, naturalmente, del conjunto de las condiciones en que se encuentra un Estado en las diversas situaciones concretas; es preciso, pues, apreciarlo en relación con cada caso particular en que entre en consideración tal interés, y no determinarlo anticipadamente en abstracto”³. Ello permite la flexibilidad y adaptabilidad necesaria a un escenario internacional permanentemente cambiante. Con lo cual el concepto de estado de necesidad lejos de ser estático, evoluciona con la comunidad internacional y puede responder a las nuevas y variadas circunstancias. La práctica demuestra que el estado de necesidad ha sido invocado ante amenazas a intereses como el mantenimiento de la paz interior, las condiciones de vida de la población, el equilibrio económico-financiero y la protección del medio ambiente. Cabe señalar que buena parte de las discusiones en el seno de la Sexta Comisión se centraron en tratar de clarificar el concepto de “interés esencial”.

(2) En su versión en lengua inglesa, la CDI emplea en el proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado presentado ante la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) en diciembre de 2001 el término “necessity”, en la versión francesa el término “état de nécessité” en tanto en la versión española el concepto de “estado de necesidad”. En la versión inglesa del texto adoptado en primera lectura (art. 33, en *Anuario CDI 1996*, vol. II, Segunda Parte, p. 61) la CDI utilizó en cambio la expresión “state of necessity”, de la que también se valió R. Ago en su Adición al Octavo Informe sobre responsabilidad del Estado, en *Anuario CDI 1980*. Esta diferencia terminológica en la versión inglesa del proyecto no se aprecia en cambio en el Proyecto sobre responsabilidad de las Organizaciones Internacionales. Tanto el relator especial (en su Cuarto informe), como posteriormente el Comité de Redacción han optado por emplear el término “necessity”. En la versión española se mantiene la expresión “estado de necesidad” y en la francesa “état de nécessité”, vid. A/CN.4/L.687. La CIJ, por su parte, como veremos en el capítulo 4, utiliza la expresión “state of necessity” para referirse a esta circunstancia de exclusión de la ilicitud de un hecho, reservando el término “necessity” para referirse a uno de los criterios exigidos junto con el de proporcionalidad, para poder alegar válidamente legítima defensa (art. 51 de la Carta de UN).

(3) *Anuario CDI 1980*, vol. II, 2º Parte, párr. 32, p. 48.

Salmon efectuó un interesante aporte al tema, sostuvo que el objeto del interés a salvaguardar por un Estado no ha sido descripto de manera uniforme por la doctrina y propone una enumeración sobre qué ha de entenderse por interés esencial, a saber:

- * Peligro para la propia conservación del Estado o sus intereses esenciales
- * Conservación concerniente a las exigencias esenciales de la vida del Estado
- * Amenaza para la existencia misma del Estado
- * Protección de intereses vitales
- * Protección de la existencia del Estado, de su estatuto territorial y personal presentes, de su gobierno o de la forma misma de Estado
- * Catástrofe nacional, medidas de orden público necesarias para el buen funcionamiento de las instituciones o a la salvaguarda de los intereses vitales de los nacionales
- * Salvaguardar valores de gran importancia, tales como la vida humana o la existencia misma del Estado⁴.

Pinto, en sesión de la CDI, sostuvo que: “La palabra *interés* puede ser objeto de diversas interpretaciones, y hará, sin duda alguna, difícil una aplicación de esa disposición que sea conforme a la justicia en cada caso particular. La necesidad de comparar los intereses que entran en juego, que parece exigir juicios de valor, mientras no haya una escala de valores universalmente aceptada, puede plantear problemas que comprometan seriamente la utilidad de la noción de necesidad y, por tanto, del proyecto de artículos”⁵.

A esta inquietud, Ago respondió que no se debían exagerar las dificultades que pueda plantear la interpretación de la necesidad y pone como ejemplo el caso *Torrey Canyon*, en el que “no ha sido necesario preguntarse si el interés de Gran Bretaña en evitar una contaminación grave de sus costas prevalecía realmente sobre el interés del Estado del pabellón en que no se destruyeran los restos del buque”⁶. El supuesto planeado por Ago claramente no genera duda sobre la jerarquía de los intereses, el problema radica cuando los intereses en tensión son de discutible prevalencia, tal por ejemplo, el caso que se da frente al interés en preservar el medio ambiente o hacer prevalecer la integridad territorial⁷.

(4) SALMON, J. J. A. «Les circonstances excluant l'illicéité», *Responsabilité internationale*, Institut des Hautes Etudes Internationales, Cours et Travaux, P. Weil (Director), París, 1987, pp. 135-136.

(5) Ses. 1618, párr. 2, *Anuario CDI 1980*, vol. I, p. 177.

(6) *Ibidem*, párr. 41, p. 182.

(7) Si bien Ago declinó enumerar a los intereses esenciales del Estado a los propósitos del art. 33 en el entendimiento que un determinado interés esencial en su extensión dependía de cada caso, dio algunos ejemplos, entre los cuales se cuentan: la supervivencia política y económica, la continuidad

Quizás el punto de mayor complejidad radica justamente en que cuando nos referimos al “interés esencial”, debemos analizarlo desde las tres perspectivas: a) el interés esencial a ser salvaguardado frente a peligro grave e inminente; b) interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto, es decir, el interés esencial posiblemente afectado por el hecho necesitado; c) ponderar esos intereses.

(i) *Interés esencial a ser salvaguardado*

Nos preguntamos si dicho interés esencial debe ser del Estado o puede un Estado invocar estado de necesidad con el fin de salvaguardar un interés esencial de la Comunidad internacional frente a un peligro grave e inminente.

Consideramos que un Estado puede actuar para proteger “un interés esencial” propio o de la comunidad internacional en su conjunto.

El comentario de la CDI contiene poca orientación sobre cómo identificar los intereses esenciales: sólo dice que depende de “todas las circunstancias, y no puede prejugarse”⁸. De hecho, la redacción del artículo 25 revela que la Comisión entendió que se tratara de un concepto relativo. Por ejemplo, el Tribunal Internacional de Justicia (en adelante, TIJ) en Gabčíkovo–Nagymaros aceptó que los intereses ecológicos podrían ser esenciales⁹. Hungría sostuvo que, a pesar que suspendió o abandonó algunas obras, jamás suspendió la aplicación del Tratado de 1977. Para justificar su conducta alegó el “estado de necesidad ecológico”¹⁰. El alto Tribunal reco-

del funcionamiento de servicios esenciales, el mantenimiento de la paz interna, la supervivencia de un sector de la población, la preservación del medioambiente de su territorio o parte de él. V. BOED, R. “State of necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct”, *Yale Human Rights & Development Law Journal*, vol.3, 2000, p. 15.

(8) Ver nota 3.

(9) *Asunto Gabčíkovo-Nagymaros*, (Hungría / Eslovaquia) (TIJ, sentencia de 25 de setiembre de 1997).

(10) Párrafo 40. “Throughout the proceedings, Hungary contended that, although it did suspend or abandon certain works, on the contrary, it never suspended the application of the 1977 Treaty itself. To justify its conduct, it relied essentially on a “state of ecological necessity”. Hungary contended that the various installations in the Gabčíkovo -Nagymaros System of Locks had been designed to enable the Gabčíkovo power plant to operate in peak mode. Water would only have come through the plant twice each day, at times of peak power demand. Operation in peak mode required the vast expanse (60 km²) of the planned reservoir at Dunakiliti, as well as the Nagymaros dam, which was to alleviate the tidal effects and reduce the variation in the water level down-Stream of Gabčíkovo. Such a system, considered to be more economically profitable than using run-of-the-river plants, carried ecological risks which it found unacceptable. According to Hungary, the principal ecological dangers which would have been caused by this system were as follows. At Gabčíkovo / Dunakiliti, under the original Project, as specified in the Joint Contractual Plan, the residual discharge into the old bed of the Danube was limited to 50 m³/s, in addition to the water provided to the system of sidearms. That volume could be increased to 200 m³/s during the growing season. Additional discharges, and in particular a number of artificial floods, could also be effected, at an unspecified rate. In these circumstances, the groundwater level would have fallen

noció que las preocupaciones expresadas por Hungría sobre su medio ambiente en la región afectadas por el Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros constituyen un “interés esencial” de aquel Estado¹¹, dentro del significado dado a la expresión en el artículo 33 del Proyecto de la CDI¹².

La CDI indicó, en su comentario, que no se debe reducir un “interés esencial” a una materia solo de “existencia” del Estado, y que toda la cuestión debía, fundamentalmente, ser juzgada a la luz del caso particular; al mismo tiempo, incluyó entre las situaciones que podían ocasionar un estado de necesidad, “*un grave peligro a (...) la preservación ecológica de todo o parte del territorio de un Estado*” y especificó, con referencia a la práctica estatal, que “*es principalmente en las últimas dos décadas que la protección del equilibrio ecológico ha llegado a ser considerada un interés esencial de todos los Estados*”¹³.

in most of the Szigetkoz. Furthermore, the groundwater would then no longer have been supplied by the Danube - which, on the contrary, would have acted as a drain - but by the reservoir of stagnant water at Dunakiliti and the side-arms which would have become silted up. In the long term, the quality of water would have been seriously impaired. As for the surface water, risks of eutrophication would have arisen, particularly in the reservoir; instead of the old Danube there would have been a river choked with sand, where only a relative trickle of water would have flowed. The network of arms would have been for the most part cut off from the principal bed. The fluvial fauna and flora, like those in the alluvial plains, would have been condemned to extinction. As for Nagymaros, Hungary argued that, if that dam had been built, the bed of the Danube upstream would have silted up and, consequently, the quality of the water collected in the bank-filtered wells would have deteriorated in this sector. What is more, the operation of the Gabčíkovo power plant in peak mode would have occasioned significant daily variations in the water level in the reservoir upstream, which would have constituted a threat to aquatic habitats in particular. Furthermore, the construction and operation of the Nagymaros dam would have caused the erosion of the riverbed downstream, along Szentendre Island. The water level of the river would therefore have fallen in this section and the yield of the bank-filtered wells providing two-thirds of the water supply of the city of Budapest would have appreciably diminished. The filter layer would also have shrunk or perhaps even disappeared and fine sediments would have been deposited in certain pockets in the river. For this twofold reason, the quality of the infiltrating water would have been severely jeopardized. From all these predictions, in support of which it quoted a variety of scientific studies, Hungary concluded that a “state of ecological necessity” did indeed exist in 1989.

(11) Véase VIÑUALES, J. “The contribution of the International Court of Justice to the development of International Environmental Law: A contemporary assessment”, 32 *Fordham Int’l LJ*, 2008-2009, 232-258.

(12) Para profundizar en el análisis ver STICCA, M.A. *Elementos estructurales del estado de necesidad en el Derecho Internacional Público*, *Advocatus*, Córdoba, p. 194 y ss., *Op. Cit.*, p. 194 y ss.

(13)53. “The Court has no difficulty in acknowledging that the concerns expressed by Hungary for its natural environment in the region affected by the Gabčíkovo -Nagymaros Project related to an “essential interest” of that State, within the meaning given to that expression in Article 33 of the Draft of the International Law Commission. The Commission, in its Commentary, indicated that one should not, in that context, reduce an “essential interest” to a matter only of the “existence” of the State, and that the whole question was, ultimately, to be judged in the light of the particular case (see *Yearbook of the International Law Commission*, 1980, Vol. II Part 2, p. 49, para. 32); at the same time, it included among the situations that could occasion a state of necessity, “a grave danger to... the ecological preservation of all or some of [the] territory [of a State]” (*ibid*, p. 35, para. 3); and specified, with reference to State practice, that “It is primarily in the last two decades that safeguarding the ecological balance has come to be considered an ‘essential interest’ of all States.” (*Ibid.*, p. 39, para. 14.)....”

El Comentario de la CDI no proporciona una nómina de intereses esenciales: los ejemplos a los que se hace referencia en él pretenden ilustrar la generalidad de la defensa y no proporcionar una lista de los intereses que pueden considerarse esenciales. Por su parte James Crawford explicó que la etimología de la palabra ‘esencial’ ‘sugiere una conexión con la ‘vida del Estado’.

“Like distress and unlike force majeure, necessity involves a choice by a state to act inconsistently with an international obligation to protect some other interest. The nature of the obligation does not matter; it could be customary or conventional. What distinguishes it from distress is the nature of the interest: it is not confined to human life but must be ‘essential’ -a word whose origin (Greek *ousia*: being) suggests a connection to the ‘life’ of the state-. Threats to the existence of the state are indeed the most obvious cases.”¹⁴

La mayoría de los tribunales arbitrales que entendieron en controversias relativas a inversiones extranjeras, en los que se invocó estado de necesidad han calificado como esenciales en las circunstancias del caso, los siguientes intereses del Estado: la existencia e independencia del Estado, *i.a.* Enron (n 13) para. 289¹⁵; von Pezold (n 9) para. 628¹⁶; el mantenimiento del orden público ver *i.a.* von Pezold (n 9) para. 620; el bienestar de la población del Estado¹⁷, el acceso a los servicios públicos y el funcionamiento de las instituciones públicas *i.a.* Sempra (n 13) para. 326¹⁸; BG Group

(14) CRAWFORD J., *State Responsibility: The General Part* (CUP 2013), p. 310.

(15) Laudo arbitral CIADI en el caso Enron Corporation Ponderosa Assets, LP contra la República Argentina del 22 de mayo de 2007.

(16) Laudo Arbitral CIADI en el caso *B. von Pezold y otros contra la República de Zimbabwe* del 28 de julio de 2015 (ICSID CASE NO. ARB/10/15). “628. The Parties are correct in their affirmation that *the existence of a State, as well as the maintenance of public order of a State, is an essential interest, and therefore applicable to ILC Article 25(1)(a)*” (el resaltado nos pertenece) (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7095_0.pdf).

(17) *Impregilo v Argentina* (Award) ICSID Case no ARB/07/17, 21 June 2011, [346]; *Suez v Argentina* (Decision on Liability) ICSID Case no ARB/03/17, 30 July 2010, [260]: “The provision of water and sewage services to the metropolitan area of Buenos Aires certainly was vital to the health and well-being of nearly ten million people and was therefore an essential interest of the Argentine State.” *Total v Argentina* (Decision on Liability) ICSID Case no ARB/04/1, 21 December 2010, [345]. The *Total* tribunal also recognized at [484] that “in time of shortages, diverting gas intended for export to domestic consumption could qualify, in the abstract, as an act adopted ‘to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril’.”

(18) “The Respondent has explained in detail the severity that characterized the crisis affecting the country, which in its view threatened the very existence of the State and its independence. The Respondent asserts in particular that the significant decreases in the Argentine Gross Domestic Product, consumption and investment during the crisis period, together with deflation and the reduction in value of Argentine corporations, resulted in widespread unemployment and poverty, with dramatic consequences for health, nutrition and social policy. Public institutions were also no longer functioning. A witness for the Respondent describes the crisis as “a combination of political, economic, financial, institutional, fiscal circumstances that coalesced.” El laudo arbitral se puede consultar en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0770.pdf> (fecha última consulta 05 de marzo de 2023).

Plc c. la República Argentina, UNCITRAL, laudo del 24 diciembre de 2007, para. 393¹⁹; National Grid (n 13) para. 245²⁰.

Por ejemplo, en el caso antes mencionado von Pezold c. Zimbabwe, el tribunal revisó la calificación del Estado en cuanto al carácter esencial del interés invocado. El Tribunal concluyó que el interés en el que se basaba en ese caso era “garantizar la supervivencia del Gobierno en funciones y de su Presidente a nivel político”, y esto no era ni una “amenaza para el Estado mismo”, Von Pezold (n 9) para. 631²¹, ni se refería a un interés estatal.

(ii) *Interés esencial posiblemente afectado por el hecho necesitado*

El artículo 25 exige que el hecho necesitado no “perjudique gravemente un interés esencial del Estado respecto del cual se debe la obligación o de la comunidad internacional de Estados en su conjunto”.

Podemos recordar que la CDI acepta la propuesta del Relator Crawford en orden a impedir la invocación del estado de necesidad cuando el hecho del Estado necesitado afecta gravemente un interés esencial de la *comunidad internacional en su conjunto*²².

El método para determinar si los intereses perjudicados son “esenciales” es el mismo que para el interés salvaguardado, esto es, el carácter esencial del interés depende de “todas las circunstancias y no puede prejuzgarse”.

(19) Consultar en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0081.pdf>

(20) Laudo arbitral de CNUDMI en el caso *National Grid P.LC. contra la República Argentina* del 3 de noviembre del 2008 consultar en <https://ita.law.uvic.ca/documents/NGvArgentina.pdf>

(21) “631. The Respondent has clearly demonstrated that the essential interest was to ensure the survival of the incumbent Government and its President at a political level. Such a conclusion is reasonably satisfied by the fact that the uprising was wholly instigated and performed by those who were traditionally faithful to the incumbent party. Indeed, it is not uncommon for an incumbent government to fall out of favour with the voting majority, or even their most staunch supporters, only to be replaced by a new government in an election. Accordingly, it cannot automatically follow that a threat to the existence of a political party is a threat to the existence of a State and therefore an essential interest that is necessary to protect at all costs. The Respondent has failed to demonstrate how this threat to the survival of the incumbent party at a political level was a threat to the State itself.” “632. Accordingly, it must follow that there was no threat demonstrated by the Settlers/War Veterans to an essential interest of the State that would satisfy the essential interest requirement in ILC Article 25(1)(a).”

(22) Sobre la expresión “*comunidad internacional en su conjunto*” en el artículo 25, también utilizada en otros artículos (art. 33.1, 42.b, 48.1.b.), la CDI precisa que es preferible a la “comunidad internacional de Estados en su conjunto” (art. 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados) más centrada en la materia concreta objeto del mismo y que la misma se utiliza frecuentemente desde la sentencia del TIJ en el asunto de la Barcelona Traction.

El estado de necesidad no puede invocarse si entraña el sacrificio de un interés comparable o superior al que se trata de salvaguardar. La cuestión radica en comparar *in concreto* entre el interés esencial del Estado que invoca la necesidad y el interés del Estado afectado o de la comunidad internacional, y hacer primar el superior. El interés de que se trate debe predominar no sólo desde el punto de vista del Estado necesitado sino desde una evaluación razonable de los intereses en juego²³.

(iii) *Ponderación de los intereses*

El Comentario de la CDI establece que el interés protegido “debe prevalecer sobre todas las demás consideraciones, no solo desde el punto de vista del Estado que actúa, sino sobre la base de una evaluación razonable de los intereses contrapuestos, ya sean individuales o colectivos”²⁴.

Parte de la doctrina sostuvo que la necesidad de comparar los intereses que entran en juego, exige juicios de valor, lo cual puede plantear muchas dificultades mientras no haya una escala de valores universalmente aceptada. La ponderación de los intereses puede resultar una operación discrecional al no existir un catálogo que precise los intereses esenciales de los Estados y su orden de prelación. Por nuestra parte, entendemos -como hemos anticipado en nuestra obra ya citada- que la existencia de un catálogo de intereses posibles no resolvería el problema puesto que los intereses son individuales y el lugar que ocupan en el orden de prioridades también está en función de las circunstancias particulares de cada sujeto en cada momento dado. Este solo punto puede generar una controversia de compleja solución entre las partes involucradas. La jurisprudencia internacional da prueba de la complejidad que presenta el tema, no habiéndose hecho lugar en algunos casos al estado de necesidad por considerarse no probada la amenaza a un interés esencial del Estado actuante.

El comentario al artículo 25 no aclara el punto de vista desde el cual se debe realizar la ponderación y si un tribunal puede considerar el daño real causado al interés menoscabado por el hecho necesitado. En este punto cabe recordar el comentario al proyecto de artículo 33 (el antecesor del artículo 25) en que se indicaba que “cualquier conducta que vaya más allá de lo estrictamente necesario para este fin constituirá inevitablemente un hecho internacionalmente ilícito *per se*, incluso si la excusa del estado de necesidad es admisible en relación con el resto de la conducta”.

(23) Sobre este punto se puede consultar STICCA, M.A. “Elementos estructurales...”, *Op. Cit.*, p. 295 ss.

(24) Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, in Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-third Session, UN GAOR, 56th Sess., UN Doc. A/56/10 (2001), parrs. 17, p. 83 (disponible en <http://www.un.org/law/ilc>).

El Estado que invoca el estado de necesidad podría ser considerado responsable del daño causado en exceso de su previsión, como se indica en el comentario al proyecto de artículo 33. No obstante, cuando el daño real al interés menoscabado involucre un interés esencial y sea "grave", la balanza podría inclinarse en la otra dirección y excluir la alegación (porque, en última instancia, se ha causado un daño mayor). Esta solución implica una evaluación retrospectiva, que ha dado lugar a críticas.

¿Cómo se puede realizar esta ponderación, dado que no existe una escala absoluta de intereses o valores en el derecho internacional, excepto por intereses protegidos por normas imperativas?

La pregunta que podemos formularnos es si un Estado frente a un peligro grave e inminente puede realmente decidir sobre la importancia relativa de los intereses de otros Estados e incluso de la Comunidad Internacional en su conjunto.

Ambas preguntas que nos formulamos son de difícil -cuando no imposible- respuesta.

Debemos tener en cuenta que, por tratarse de un Estado, necesariamente es de naturaleza pública (interés público esencial - no privado del Estado).

Tal como lo señaláramos en nuestra tesis doctoral, la expresión "interés esencial" manifiesta incoherencia terminológica interna. La expresión "interés" denota una percepción particularista, individualista de utilidad, provecho, beneficio, ganancia, ventaja propia. En cambio, el término "esencial", que le acompaña, conlleva el tinte de algo primordial, fundamental, principal. Si el interés es particular, sólo ese Estado estaría facultado para determinar si el mismo le es básico y no el Derecho internacional. Especialmente, si el Derecho internacional no ha enunciado los intereses que cubre la causal, ni siquiera ejemplificativamente, se vuelve difícil determinar desde afuera la "esencialidad" del interés en peligro. Sabemos por la práctica que la expresión "esencial" pretende ser una "limitación". Sin embargo, no opera como tal ya que, al considerar que el interés es primordial, está pensando en el valor central de un Estado, que es su propia supervivencia, es decir, su autopreservación.

Más allá de los cuestionamientos a los vocablos elegidos, el rol esencial del elemento-requisito "interés esencial", en calidad de función primaria, es *limitar* la aplicación del "estado de necesidad" como causal de exclusión de ilicitud frente a los posibles abusos por parte de los invocantes²⁵. Ello, porque se pretende que la defensa de necesidad sea de *excepcional* naturaleza.

La doctrina contemporánea destaca que la concepción de "interés esencial" ha ido evolucionando en el tiempo. Hasta finales del siglo XX, los "intereses fundamentales" de un Estado se limitaban a los necesarios para el mantenimiento

(25) GHANAYIM, K. "Excused Necessity in Western Legal Philosophy", 19 *CAN. J. L. JURIS* (2006), p. 1 (<http://ssm.com>).

de la existencia de un Estado frente a la violencia doméstica o extranjera, confundida con la legítima defensa y la fuerza mayor²⁶. Asimismo, se señala que, a partir de esa fecha se ha producido una gran expansión del concepto de los “intereses esenciales” del Estado, al incluir tanto intereses ecológicos como económicos.

III. ¿Qué entendemos por Bien jurídico protegido?

El concepto de bien jurídico surge a inicios del siglo XIX con la idea de limitar el poder punitivo estatal; siendo que el problema de orden social más importante es la limitación efectiva del poder.

La opinión de que el derecho penal tiene por objeto proteger bienes jurídicos se remonta a los escritos de los penalistas alemanes *i.a.* Franz Birnbaum²⁷, Karl Binding y Franz von Liszt.

Se considera a Birnbaum el creador del concepto de ‘bien’ ya que él lo introdujo en la discusión jurídico-penal en 1834, con la expresa finalidad de lograr una definición ‘natural’ de delito, independiente del Derecho positivo.

Por su parte, Roxin considera que los “bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”²⁸.

Es importante señalar que si bien el Derecho penal protege principalmente bienes jurídicos individuales, expande la protección a intereses más colectivos y menos individuales, siempre y cuando contengan una importancia trascendental en la sociedad, como lo es el medioambiente por ejemplo, lo que se conoce como “bienes jurídicos colectivos”. Es por ello que la titularidad de estos bienes se comparte por una generalidad de personas.

García Arroyo distingue los bienes jurídicos “individuales”, reconocibles por todos como son la vida, libertad, integridad física o propiedad entre muchos otros, y bienes jurídicos que, trascendiendo el aspecto meramente individual o de la persona, se refieren a intereses globales o difusos, como el orden público, la seguridad del tráfico o el orden socioeconómico, aparentemente más difíciles de identificar y de concretar. En relación con este último tipo de bienes jurídicos que no revisten

(26) V. HERSHEY, S. *The essentials of International public law and Organization...*, *Op. Cit.*, p.231: “The most important of these fundamental rights of States is that of existence, which involves the rights of self-preservation and defense.”

(27) Birnbaum ya desarrolló al principio del siglo XIX su teoría de la violación de “bienes (“Güter”) como un pre-requisito para calificar la conducta como un crimen (“Verbrechen”) rechazando la antigua teoría de la “violación de derechos” (“Rechtsverletzung”) desarrollada por Kant y Feuerbach.

(28) ROXIN, C. *Derecho penal. Parte general, t. I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª ed., Thomson/Civitas, Madrid, 2006, p. 56.

carácter individual (o al menos, no exclusivamente), se ha recurrido por la doctrina a diversas denominaciones, como bienes jurídicos “colectivos” o “universales”²⁹.

En lo que respecta al Derecho Penal Internacional (en adelante, DPI) se distingue de la legislación penal interna no sólo en su campo (universal) de aplicación sino también porque protege bienes jurídicos de la comunidad internacional en general.

Kai Ambos sostiene que, en materia de DPI, la violación de intereses afecta a la «comunidad internacional en su conjunto» y está dirigida contra la humanidad como tal. Sigue afirmando que “Este enfoque en el aspecto colectivo no sólo se desprende de los estatutos de los tribunales penales internacionales y su apelación al sistema colectivo de mantenimiento de la paz del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, sino que también se expresa en el elemento grupal propio del genocidio y los crímenes de lesa humanidad. Por otro lado, los crímenes internacionales también protegen intereses individuales, en la medida en que se relacionan con derechos fundamentales de la humanidad o derechos humanos fundamentales y por lo tanto a la subyacente dignidad humana³⁰”.

Así por ejemplo, el delito de genocidio protege no sólo la existencia de un grupo sino también a cada uno de sus miembros en contra de la violación de su dignidad y sus consiguientes derechos individuales (especialmente la vida, la integridad corporal, la libertad). Lo mismo se puede afirmar de los crímenes contra la paz o los de lesa humanidad que se refieren, debido a su requisito de difusión o sistematicidad, al nivel colectivo de la paz internacional y seguridad, pero también protegen a los grupos e individuos en sus derechos individuales de dignidad humana, vida, libertad, etc.

En todos los casos que hemos señalado no sólo se afectan bienes jurídicos individuales sino también colectivos, porque no sólo se dirigen contra individuos sino que la afectada es la humanidad toda. En todos estos crímenes internacionales las víctimas son atacadas en tanto que miembros de un cierto grupo.

En esta línea, podemos recordar los casos resueltos *i.a.* por la Corte Penal Internacional o por el Tribunal Internacional de Justicia referidos a genocidio³¹.

(29) GARCÍA ARROYO, C. “Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2022, núm. 24-12, pp. 32 ss. (<http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-12.pdf>).

(30) AMBOS, K. “Bien jurídico y harm principle” bases teóricas para determinar la “función global” del derecho penal internacional. Una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional”, *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, n. X (2013), p.371 y ss. (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5040748>).

(31) Sobre el tema se puede consultar la Sentencia del TIJ en el Caso *B-H c. S-M* caso relativo a la prevención y sanción del crimen de genocidio del 26 de febrero de 2007 (<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>).

IV. ¿Qué relaciones identificamos entre “interés esencial” y “bien jurídico protegido”?

Como ya hemos señalado es difícil definir el “interés esencial”. En el caso del estado de necesidad, por tratarse de un Estado, necesariamente es de naturaleza pública (no un interés privado del Estado). El interés público esencial a salvaguardar muestra una doble tensión: *la del plano internacional, en el que la necesidad busca salvaguardar un interés público esencial nacional de valor internacional (por ejemplo, la existencia de un Miembro de la sociedad internacional y sus condiciones básicas de subsistencia); y *la del plano nacional que requiere del Estado (relación *ad-intra*) la máxima protección de los intereses básicos, públicos, colectivos de su sociedad de individuos. Si bien, la determinación del interés público esencial de una comunidad suele depender de decisiones políticas, está contenida por la necesidad de que el interés en peligro sea considerado esencial en el plano internacional. Esa consideración en el plano internacional es móvil en el tiempo, pero responde a decisiones políticas de un colectivo de distinta trama, más amplio, más balanceado, tanto en lo político-ideológico como en lo estructural que el nacional (por ejemplo sistema de Naciones Unidas).

Ese interés esencial en ocasiones es al mismo tiempo un bien jurídico protegido por el derecho y como tal reconocido. Ese interés puede estar relacionado con la protección de bienes jurídicos como la seguridad, la paz, la justicia, el medio ambiente, la protección de los derechos humanos, entre otros.

Los bienes jurídicos protegidos, por su parte, se refieren a los valores o intereses que el ordenamiento jurídico reconoce como merecedores de protección y que como hemos visto pueden ser individuales o colectivos. Los bienes jurídicos protegidos van cambiando con el tiempo, se van expandiendo, igual ocurre con los intereses esenciales ya sean de los Estados a de la Comunidad internacional en su conjunto. En nuestros días, ya no caben dudas que por ejemplo el medio ambiente es un bien jurídico protegido por el derecho y al mismo tiempo es un interés esencial tanto de los Estados como de la comunidad internacional.

V. Reflexiones finales

El bien jurídico protegido es aquello que contiene un valor esencial para el ser humano y para la sociedad que integra, concepto que va variando y ampliando su horizonte, que viéndose mermado implicaría un ataque tanto para el individuo como para su comunidad, por lo cual debe protegerse. El interés esencial, al igual que dichos bienes, también tiene un valor esencial para el Estado o para la comunidad internacional, y también va ampliando su horizonte. La diferencia fundamental radica en que los bienes jurídicos protegidos están exhaustivamente enunciados ya sean por cada Estado o por el Derecho Penal internacional, en cambio los “intereses esenciales” son propios de cada Estado o de la Comunidad internacional y dependen de las circunstancias cambiantes y del contexto. No hay, como ya hemos afirmado, un

listado de “intereses esenciales”, ni siquiera hay acuerdo doctrinario y en definitiva su reconocimiento o no en el caso concreto y frente a un conflicto dependerá de la calificación que efectúe el tribunal interviniente, tal como ha ocurrido en la práctica.

LA AUSENCIA DE LO NECESARIO TRANSPORTE, COMERCIO EXTERIOR, TURISMO Y DERECHO ADUANERO EN LA FORMACIÓN DEL ABOGADO*

*THE ABSENCE OF WHAT IS NECESSARY
TRANSPORT, FOREIGN TRADE, TOURISM AND CUSTOMS
LAW IN THE TRAINING OF A LAWYER*

*Giselle Javurek***

Resumen: En septiembre de 2017, por Resolución N° 3401-E2017, el Ministerio de Educación de la Nación aprobó los contenidos curriculares mínimos de la Carrera de Abogacía, en miras a la primera convocatoria para acreditar la misma por ante la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU) y que se concretara el 18 de diciembre de ese mismo año. Sorprendentemente, la temática base del presente trabajo, es decir, transporte, comercio exterior, turismo y derecho aduanero, se encuentra ausente de lo exigido para otorgar el título de abogado en nuestro país, a pesar de las innumerables situaciones que se presentan en el ejercicio de la profesión y que requieren el conocimiento de normativa específica.

Palabras clave: Carrera de Abogacía - Contenidos mínimos - Comercio exterior - Transporte - Derecho aduanero.

Abstract: The National Ministry of Education approved, according to resolution n° 3401-E2017 passed in September 2017, the basic curricular contents for the Law career in view of the first call, which took place on 18th December 2017, in order to have them accredited by the National Commission of University Evaluation and Approval (CONEAU). Surprisingly the basic topics this paper deals with, *i.e.* Transport, Foreign Trade, Tourism and Customs Law are not compulsorily included in the syllabus of the Law career in our country despite the countless

* Trabajo recibido el 15 de marzo de 2023 y aprobado para su publicación el 10 de abril del mismo año.

** Abogada. Especialista en Régimen Jurídico en Comercio Exterior. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Par acreditadora internacional de Carreras de Abogacía en América Latina. Profesora Titular por Concurso en la asignatura Derecho de la Navegación, Transporte y Comunicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Titular por Concurso de Derecho de la Navegación de la Carrera de Abogacía, Universidad Nacional de Chilecito.

situations a lawyer has to face during the practice of his profession and that require the knowledge of the specific regulations on these topics.

Keywords: The Law career - Basic contents - Foreign trade - Transport - Customs law.

Sumario: I. La realidad en la práctica profesional. II. La importancia de la disciplina a nivel mundial. III. Contenidos curriculares mínimos exigidos. IV. Planes de Estudios en las Universidades argentinas en relación al comercio exterior, transporte, aduana y turismo. V. Consecuencias de la ausencia. VI. Conclusión.

I. La realidad en la práctica profesional

Un empresario textil concurre al puerto a buscar rollos de tela necesarios para la producción y posterior venta de uniformes escolares, pero al querer retirarla constata que el color no es el pactado ¿Debe retirarla de todas maneras de los depósitos portuarios por más que no sea la mercadería que compró?

Una firma exportadora necesita repetir de la Dirección de Aduanas montos abonados indebidamente en concepto de derechos de importación por haberse calculado con una base errónea ¿Cuál es el procedimiento?

Una empresa importadora contrata la compra bajo la cláusula CIF de determinada mercadería que se pierde por haber sido desembarcada del medio de transporte por equivocación en un puerto de escala. Aun así, el vendedor reclama a la otra parte el precio acordado ¿Debe el importador, que no recibió nada de lo comprado, pagarle al vendedor?

La Dirección de Aduana pretende el cobro de derechos de importación de mercadería que fue robada en el trayecto de Buenos Aires a Córdoba en donde iba a ser nacionalizada ¿Se deben tributos por mercadería que desapareció de la esfera de custodia del importador por el ilícito?

Por la cancelación de un vuelo, un pasajero pierde sus vacaciones, hoteles contratados, excursiones y su agencia de viajes le contesta a sus reclamos que ha actuado como intermediaria y no como organizadora de viaje ¿Es legítimo el planteo?

Una aerolínea extravía las valijas de un diseñador que contenían costosos vestidos y aquélla pretende liberarse pagando los montos fijados en el Convenio de Montreal, independientemente de que el pasajero pueda probar el valor de lo perdido ¿Es procedente el beneficio de la limitación de responsabilidad del transportador?

Se deniega el embarque a un pasajero por encontrarse sobrevendido el vuelo ¿Es aplicable la normativa de defensa del consumidor?

Asumiendo el riesgo de pecar por exceso en el listado de los ejemplos citados, queríamos comenzar estas breves reflexiones de una manera gráfica y práctica a fin de dimensionar la importancia de la cantidad de situaciones que la realidad nos

presenta y que requieren de un conocimiento jurídico específico. Huelga decir que, a pesar de la cantidad de casos enunciados, de ninguna manera se ha abarcado la totalidad de escenarios que se plantean en la materia que nos ocupa.

II. La importancia de la disciplina a nivel mundial

Desde nuestros primeros años como profesional del Derecho nos interesó el estudio de las relaciones internacionales, del constante movimiento de personas y bienes en el mundo y las diversas consecuencias jurídicas de esa acción.

Luego de una especialidad sobre régimen jurídico del comercio exterior y preparándonos para la tesis doctoral, nos convencimos que la temática que habíamos elegido equivalía al sistema circulatorio de nuestro planeta. No nos cansaremos de hacer esta analogía porque aseguramos que ese movimiento, esa sinergia de seres humanos y mercancías es lo que mantiene irrigada, nutrida, en definitiva, viva, a la Tierra.

El gran filósofo Emmanuel Kant encontraba en esta circulación la clave para alcanzar la paz mundial en su obra “Para la paz perpetua” (*Zum ewigen Frieden*): “*la mejor garantía de una paz duradera se encuentra en el mundo del comercio y el intercambio internacional armónico entre los pueblos*”.

La alteración de ese “intercambio armónico”, ya sea que se dé por un hecho voluntario -como medidas comerciales que toman los Estados- o un accidente, como nos referiremos a continuación, repercute mucho más allá del lugar en donde ha ocurrido.

La realidad constantemente nos muestra la veracidad de tal afirmación. Efectivamente, el 23 de marzo de 2021, uno de los portacontenedores más grandes del mundo, el *Ever Given*, quedó literalmente atravesado en un sitio geopolítico de suma importancia, el Canal de Suez, interrumpiendo la navegación a cientos de barcos cargados con mercancías desde y hacia los cuatro puntos cardinales.

Mientras iban transcurriendo los días y el buque seguía sin poder ser removido, comenzaron a alzarse voces y a encenderse luces de alerta en cuanto a los serios efectos que dicha situación traía (y podría traer) sobre el comercio mundial: desabastecimiento, suba de precios, entre otros. Lo cierto es que en una semana se regularizó el tráfico en el canal y comenzaron a soplar vientos de calma.

Sin embargo, las secuelas de ese incidente, desde el punto de vista jurídico, plantean un panorama sumamente complejo que implican al menos media docena de instituciones y relaciones jurídicas y a otros tantos Estados.

Los informes y análisis que se dieron a conocer referían casi con exclusividad al comercio mundial; pero lo cierto es que las respuestas jurídicas a las múltiples consecuencias ocasionadas por el *Ever Given*, no las vamos a encontrar en el Derecho Comercial, sino en el Derecho Marítimo. Así, este encallamiento obligó a abor-

dar cuestiones tales como: responsabilidad del capitán, del práctico, banderas de conveniencia, culpas náuticas, régimen jurídico aplicable al Canal de Suez, avería gruesa, rotación de tripulaciones, embargo preventivo de buques, demora en la devolución de contenedores, incumplimientos contractuales..., todas cuestiones objeto de estudio del Derecho de la Navegación por agua. Continuando con la analogía con el sistema circulatorio del cuerpo humano, hemos expresado que el *Ever Given* provocó una verdadera trombosis en el planeta y ante ese diagnóstico, quien nos brindará el tratamiento es el Derecho Marítimo¹, no el derecho mercantil, tampoco el derecho empresarial.

En cuanto a la temática aduanera, basta con notar la cantidad de medidas y noticias que día a día afectan a la economía de los países relacionadas con el comercio exterior: restricción de importaciones, suba de retenciones, derechos antidumping, entre tantas otras.

III. Contenidos curriculares mínimos exigidos

Habiendo esbozado la importancia del comercio exterior, transporte, turismo y derecho aduanero en la formación de los abogados, tanto en el ejercicio de la profesión como a nivel global, analicemos lo que al respecto dispone la normativa nacional a fin de la obtención del título de abogado el que, como un dato no menor, es habilitante para el ejercicio de la profesión.

El Ministerio de Educación de la Nación, con fecha 08 de septiembre de 2017 por Resolución Ministerial 3401-E2017 dispuso: *“Aprobar los contenidos curriculares básicos, la carga horaria mínima, los criterios de intensidad de la formación práctica y los estándares para la acreditación de la carrera correspondiente al título de ABOGADO, así como la nómina de actividades reservadas para quienes hayan obtenido el respectivo título, que obran como Anexos I –Contenidos Curriculares Básicos-, II –Carga Horaria Mínima-, III –Criterios de Intensidad de la Formación Práctica-, IV –Estándares para la Acreditación y V –Actividades Profesionales Reservadas- de la presente resolución (IF-2017-11636265-APN-SECPU#ME) (Artículo 1º)”*².

Si analizamos el anexo I, observamos que se fijan diferentes ejes temáticos:

- A. Jurídico político - histórico y sociológico
- B. Jurídico político económico
- C. Jurídico - filosófico
- D. Jurídico - argumentativo
- E. Formación complementaria en otras disciplinas

(1) “La importancia de un barco”, trabajo en elaboración de docentes y adscriptos de la Cátedra C de Derecho de la Navegación, Transporte y Comunicaciones de la Facultad de Derecho, UNC, inédito.

(2) <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/279435/norma.htm>

A su vez permite la agrupación de los contenidos en áreas centrales de formación en ciencias jurídicas:

1. Formación general e interdisciplinaria:

1.1 Área Teoría del derecho y Filosofía

1.2 Área Bases generales del derecho

2. Formación Disciplinar específica

2.1 Área Derecho público

Derechos humanos

Derecho constitucional

Derecho administrativo

Finanzas públicas y derecho tributario

Derecho internacional público y derecho de la integración

Derecho penal

2.2 Área Derecho privado

Nociones elementales del Derecho Privado

Derecho de las obligaciones

Personas Jurídicas Civiles y Comerciales

Contratos civiles y comerciales

Derechos reales

Derecho de familia

Derecho sucesorio

Derecho comercial

Derecho internacional privado

2.3. Área Derecho Procesal

Derecho procesal civil y comercial

Derecho procesal penal

2.4. Área convergencia entre Derecho Público y Privado.

Derecho Laboral y de la Seguridad Social

Derecho de los recursos naturales y protección del medio ambiente

Derecho del Consumidor y del Usuario

La simple lectura del precedente listado nos lleva a la palabra “ausencia” que consignamos en el título. De las ramas jurídicas que hemos mencionado en este trabajo, salvo la temática aduanera que cae en su totalidad en la órbita del derecho público, las demás plantean una fuerte y equilibrada presencia de derecho privado

y público y, sin embargo, no han sido incluidas en el área de convergencia que se plantea en el punto 2.4.

Ya en la década del 50 del siglo pasado se advertía sobre la importancia de la enseñanza de la disciplina en la formación del abogado. Específicamente sobre derecho aeronáutico, el Dr. Eugéne Pépin, quien fuera Director del Instituto de Derecho Aéreo Internacional. Universidad McGill, Montréal, Canadá, sostenía: *“Paro aquellos que entienden que la enseñanza del derecho está llamada a dotar a los estudiantes de una formación jurídica de alcance general, el derecho aéreo constituye, si se enseña de un modo autónomo, una excelente disciplina que requiere el conocimiento de los principios del derecho en general y tiene vínculos aún mayores que el derecho marítimo y el de transportes, con otras ramas del derecho; derecho público (político y administrativo), derecho privado (civil, mercantil y common law), derecho internacional, conflictos de leyes, derecho penal, hacienda pública, sin poblar de los elementos económicos y políticos, que a menudo es imposible desglosarlos de aquella materia. Esta disciplina tiene su lugar en toda enseñanza científica del derecho... Un profesor de derecho aéreo de los Estados Unidos procura hacer ver a sus alumnos que los problemas jurídicos planteados por la aviación no constituyen un coto cerrado, reservado exclusivamente a los llamados especialistas, sino que también los pueden cultivar los abogados de práctica general”*³.

IV. Planes de Estudios en las Universidades argentinas en relación al comercio exterior, transporte, aduana y turismo

Comenzamos estas breves reflexiones con diversos casos tomados de la realidad y que requieren para su solución un asesoramiento jurídico que implican la invocación y/o aplicación de normativa específica. Ninguno de los ejemplos mencionados se solucionaría con los contenidos mínimos exigidos por la autoridad de aplicación.

La buena noticia es que no obstante ello, universidades nacionales públicas y privadas han incluido en sus planes de estudio la disciplina que nos ocupa, aunque con diversas denominaciones: Derecho de la Navegación, Transporte y Comunicaciones, Derecho de las Navegaciones, Derecho del Transporte entre otras⁴. En cuanto a turismo y derecho aduanero, pocas las enseñan como materias optativas⁵ y las menos como obligatorias⁶.

(3) PÉPIN, Eugene. *La Enseñanza del Derecho Aéreo en el Mundo*. *Derecho PUCP*, (17), 1958, pp. 12-149, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.195801.008>

(4) A mero título ejemplificativo mencionamos UNC: Derecho de la Navegación Transporte y Comunicaciones, UNDEC: Derecho de la Navegación, UNCUYO: Derecho del Transporte, UNLZ: Derecho del Transporte, UNR: Derecho del Transporte y de la Navegación. UCC: Derecho de las Navegaciones. UK: Derecho del Transporte. UBP: Derecho de la Navegación y Aeronáutico.

(5) Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba.

(6) Derecho Aduanero, Carrera de Abogacía Plan 008-18, Universidad Nacional de Chilecito.

Observemos ahora dos cuadros⁷ que nos muestran: el primero, la cantidad de Universidades argentinas que en su oferta académica cuentan con la carrera de Abogacía, discriminadas en públicas y privadas y en cuáles de ellas se enseñan contenidos relacionados con el Derecho de la Navegación; el segundo, las distintas denominaciones de la disciplina que se ocupa de esta temática:

		Tipos de universidad		
		Pública	Privada	Total
Denominación de la materia	Derecho de la Navegación, Transporte y Comunicaciones	1	-	1
	Derecho de la Navegación	4	1	5
	Derecho del Transporte	2	6	8
	Derecho del Transporte y la Navegación	2	-	2
	Derecho de la Navegación y Aeronáutica	-	2	2
	Transporte y Seguros	-	4	4

Contenidos de Derecho de la Navegación	Tipo de universidad				Total	
	Públicas		Privadas			
Si	14	56%	19	46,3%	33	50 %
No	11	44 %	22	53,6%	33	50%
Total	25	100%	41	100%	66	100%

Los responsables del diseño de los diversos planes de estudio para la carrera de abogacía suelen expresar que es temática de posgrado. A ello contestamos siempre de igual manera: “Lo que no se conoce, no se quiere, por lo que mal puede alguien interesarse en profundizar sus conocimientos en una temática a la que ni siquiera se ha aproximado en el grado”. Asimismo, solemos escuchar el argumento de que

(7) Investigación realizada en enero de 2021 por Diego Cevallos Ammiraglia, adscripto a la Cátedra C de Derecho de la Navegación, Transporte y Comunicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, inédito.

es imposible tratar en la carrera la totalidad de las ramas del Derecho, que permanentemente asistimos al nacimiento de nuevas disciplinas o renovados enfoques sobre distintas temáticas jurídicas. A este intento de justificación le contestamos que ya el Código Hammurabi contenía normas sobre transporte marítimo. Desde el mismo comienzo del intercambio de bienes y personas que necesariamente debieron y deben trasladarse, la sociedad debió crear y aplicar normas que atendieran a su especificidad.

Si observamos por ejemplo la autonomía legislativa que tiene el derecho aduanero en la mayoría de los Estados, se nos torna más incomprensible su ausencia en los planes de estudios de las carreras de abogacía. La casi totalidad de los países cuentan con códigos o leyes aduaneras que abonan la importancia de la disciplina. La Historia nos da la razón también en esto: *“En España, al retomar sus tierras después de la batalla de Granada donde vencieron a los moros, una de las disposiciones reales más importantes que expidieron los Reyes Católicos fue la Real Cédula del Almojarifazgo que es un impuesto aduanero antecedente del actual impuesto ad valorem. Actualmente en España rige su Ley Orgánica de 1995... En la Francia de 1687 se dictaron las Ordenanzas de Colbert que fueron Ordenanzas Aduaneras que se constituyeron en el primer código aduanero de Francia con gran impacto e influencia en el orbe”*⁸.

La imperiosa necesidad de circulación de los bienes en el mundo se ha demostrado palmariamente con la reciente pandemia COVID-19: En marzo de 2020, el día que se declaró el ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio), el servicio aduanero solamente se suspendió por una hora, con el riesgo que ello implicaba para los agentes aduaneros⁹.

En medio de esta pesadilla, en mayo de 2020, en un trabajo en conjunto de docentes y adscriptos a la cátedra a la que pertenecemos, advertíamos sobre los efectos de la pandemia, analizando la inexorable contundencia de sus consecuencias en el derecho marítimo, aeronáutico, derecho aduanero y del turismo¹⁰.

V. Consecuencias de la ausencia...

Ignoramos las causas de la ausencia del transporte, comercio exterior turismo y derecho aduanero en los contenidos curriculares mínimos que hemos citado, pero sí conocemos sus consecuencias: asesoramientos erróneos, falta de interés de

(8) HUAMÁN SIALER, Marco Antonio - SIFUENTES MINAYA, Hada Consuelo. “La autonomía del Derecho Aduanero”, *Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas*, <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v17i23.1678>

(9) BUSTOS CARA, Raúl. Profesor invitado en el dictado de la materia opcional Derecho Aduanero en la Facultad de Derecho UNC, ciclo lectivo 2022.

(10) JAVUREK, Giselle *et al.* “Derecho Aduanero. Derecho del turismo”, en BARRERA BUTELER, Guillermo (Director) *El Derecho Argentino frente a la Pandemia y Post-Pandemia Covid-19*, Advocatus, Córdoba, 2020, pp. 69-121.

los legisladores en actualizar la normativa, demandas interpuestas ante la justicia ordinaria y resueltas en la misma aplicando un régimen jurídico distinto al propio de la especialidad. La gravedad de lo que acabamos de expresar amerita que cite-mos algunos ejemplos:

Un mal asesoramiento por parte del letrado lo encontramos en el caso *Mazzuca*, en que, ante una pérdida de equipaje, en vez de presentar la protesta aeronáutica ante la línea aérea, se inició un reclamo, además de extemporáneamente, ante la autoridad aeronáutica, la ANAC (Administración Nacional de Aviación Civil). Cuando se demandó a Cubana de aviación, el juez, correctamente y aplicando la ley aeronáutica, rechazó la demanda¹¹.

Ejemplificar sobre la falta de interés de los legisladores en las disciplinas que nos ocupan, es una tarea sencilla. Basta con observar la fecha de las normas que nos rigen en orden nacional e internacional. En derecho marítimo, contamos con la ley de navegación 20094 de 1973 y a nivel internacional, en el caso específico de transporte de mercaderías por agua, nos rige el Convenio de Bruselas que en pocos meses más cumplirá un siglo. El Código Aeronáutico data de 1967 y en orden internacional, haciendo referencia a modo de ejemplo al transporte, nos rige el Convenio de Montreal de 1999 que trajo a nuestro entender grandes avances en el contrato de pasaje, presentando en consecuencia una notoria asimetría respecto a la normativa interna¹².

Los problemas para el profesional del derecho que deba intervenir en un caso que verse sobre la temática planteada, comienzan desde muy temprano: En cuanto a la competencia, por ejemplo, resulta difícil entender que hoy, pleno siglo XXI no seamos capaces de asegurarle a un cliente si la demanda la interpondremos ante los jueces provinciales o los federales. Cualquiera podría pensar que eso ya tendría que estar resuelto.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió al respecto el 28 de Febrero de 2023 en autos *"Goya, Rocío Ayelén y otro c/ Aerovías de México SAC de CV s/ daños y*

(11) Juzgado en lo Civil y Comercial Federal N° 3 -Sec. n° 6. Buenos Aires, 17 de diciembre de 2014. *"Mazzuca, Roberto Gabriel y Otros c/ Cubana de Aviación s/Pérdida/daño de equipaje"*, Expte. n° 1658/2012.

(12) Solemos graficar a nuestros alumnos esta asimetría con el siguiente ejemplo: Un pasajero aborda una aeronave en Santiago de Chile con destino a Córdoba. En una escala en la ciudad de Mendoza, sube otro pasajero con destino final Córdoba. Imaginemos que ambos pasajeros se lesionan -obviamente en el trayecto Mendoza-Córdoba-, y reclaman gastos médicos, lucro cesante y demás rubros a la aerolínea transportadora. En el caso que el pasajero que abordó la nave en Santiago de Chile demande por una suma inferior a 128.821 DEG, tendremos a dos personas, sentadas una al lado de la otra, en el mismo avión, pero con dos escenarios distintos: uno con un régimen de responsabilidad objetiva y de reparación integral, el otro nos presentará un régimen de responsabilidad subjetiva y limitada.

*perjuicios*¹³. Se trató de un reclamo de pasajeros que a causa del COVID 19 quedaron varados en Cuba por más de dos meses y debieron regresar al país comprando boletos en otra compañía. Se generó un conflicto negativo de competencia ya que la justicia federal se declaró incompetente considerando que era un tema sobre usuarios del transporte aéreo en particular y de consumidores en general. Por su parte, la justicia nacional en lo comercial, sostuvo que era de competencia federal por tratarse de hechos, actos y contratos concernientes al derecho aeronáutico¹⁴.

Echando luz sobre el tema la Corte dictaminó: “... *incumbe al fuero federal el juzgamiento de los asuntos relacionados principalmente con el servicio de transporte aéreo comercial, entendido como la serie de actos destinados al traslado en aeronave de personas o de cosas, de un aeródromo a otro, y sujetas a los preceptos del Código Aeronáutico, su reglamentación y las disposiciones operativas de la autoridad aeronáutica (doctrina de Fallos: 329:2819, “Triaca”, CSJ 55/2019/CS1, “Mac Gaul, Marcia c/ LAN Airlines S.A. s/ acciones ley de defensa del consumidor”, del 11/07/2019, y CCF 8365/2019/CA1-CS1, “Araya, Gabriela Andrea c/ United Airlines Inc. s/ incumplimiento de contrato”, del 03/12/20, entre otros)”*.”

Destacados especialistas en la materia han sido contundentes al expresar: “Ningún país federal del mundo deja los temas aeronáuticos, ni los marítimos, en manos de la justicia ordinaria”¹⁵.

Sin embargo, contamos con fallos recaídos en demandas interpuestas ante justicias provinciales, en situaciones similares al fallo anteriormente citado pero que el juzgador sostiene: “... *no se está ante una situación que comprometa el transporte aéreo, por lo cual la normativa que se aplique no es ley federal que solo pueda ser materia de análisis por la Justicia Federal, se trata de normas del Código Aeronáutico que no son materia federal, y otras de derecho común, lo que en consecuencia determina la competencia de la Justicia Ordinaria para el caso que nos ocupa...*”¹⁶.

VI. Conclusión

Como expresamos anteriormente, desconocemos las causas por las que se ha dejado de lado la temática objeto de estas breves reflexiones en los contenidos curriculares mínimos en la carrera de abogacía; sí, nos quedan claras sus consecuencias.

(13) https://elmundojuridico.com/wp-content/uploads/2023/03/FALLO-COM-011006_2020_CS001.pdf

(14) PARISI, Néstor. “Competencia federal para reclamo de daños en suspensión de vuelos internacionales”, [mundojuridico.com](https://www.mundojuridico.com), búsqueda del 02 de marzo de 2023.

(15) CAPALDO, Griselda. “De la legislación aeronáutica al proyecto de ley de defensa del consumidor (y viceversa)”, en https://cedaonline.com.ar/wp-content/uploads/2019/11/CAP%C3%8DTULO-Dra-G_CAPALDO.pdf

(16) Cámara Séptima de Apelaciones en lo Civil y Comercial-Cba. “Di Tella, Belén María y Otro C/ Latam Airlines Group S.A. y/o Lan Airlines S.A. - Abreviado - Expte 6231615, Sentencia Nº Veintiocho del 22 de abril de 2019 (https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/fallo4.asp?id=49677&base=14).

Hacemos votos para que en un futuro no muy lejano se recurra a lo establecido en el artículo tercero¹⁷ de la resolución ministerial N° 3401-E2017 y se proceda a una revisión de lo allí estipulado, incluyendo específicamente la temática del transporte, comercio exterior, turismo y aduanero por considerarlo de vital importancia para la obtención del título de abogado.

(17) Artículo 3°. Lo establecido en los Anexos aprobados por el artículo 1° de la presente deberá ser aplicado con un criterio de flexibilidad y gradualidad, correspondiendo su revisión en forma periódica.

SECRETO DE ESTADO Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN ARGENTINA: UNA HISTORIA DE SUS TENSIONES Y ANTECEDENTES*

STATE SECRECY AND ACCESS TO PUBLIC INFORMATION IN ARGENTINA: HISTORY OF ITS TENSIONS AND BACKGROUND

Adriana L. Vercellone**

Resumen: Este artículo desarrolla los antecedentes teóricos y la práctica del secreto de Estado, contrastando sus tensiones con las leyes de acceso a la información pública. Para ello, se distinguen cinco períodos de la historia Argentina en los que se reconstruye la legislación sancionada en la materia y se valora su evolución. Las conclusiones revelan que, en el pasado, los diferentes poderes del Estado se han valido del secreto para ocultar actividades y acuerdos a la ciudadanía. Y, aunque con los años se ha cercenado positivamente dicha potestad, también se ha legitimado un tipo de secreto mucho más controvertido: los *documentos secretos*, potestad de los organismos encargados a tareas de inteligencia, defensa y seguridad.

Palabras-clave: Secreto - Seguridad - Defensa - Inteligencia - Democracia.

Abstract: This article describes the theoretical background and practice of state secrecy, while contrasting its tensions with public information laws. It distinguishes five periods of Argentinian history in order to portray and assess the legislation sanctioned in the matter. Conclusions reveal that, historically, the different branches of State have used secrecy to hide activities and agreements from citizenship. And, although over the years this practice has been positively curtailed, a much more controversial type of secret has been legitimized: *secret documents*, which classification authority are agencies in charge of intelligence, defense and security tasks.

Keywords: Secrecy - Security - Defense - Intelligence - Democracy.

Sumario: Introducción. I. El secreto legislativo en el proceso de consolidación del Estado nacional (1878-1945). II. El secreto ejecutivo, los documentos secre-

* Trabajo recibido el 31 de octubre de 2022 y aprobado para su publicación el 7 de diciembre del mismo año.

** Abogada, Magister en Derecho y Argumentación y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesora en *Ética y Derecho Político*, en la carrera de Abogacía (UNC). Becaria Postdoctoral CONICET.

tos y las actividades de inteligencia (1945- 1983). III. Democracia y profunda transformación de las estructuras políticas (1983-2006). IV. Limitación del SE y legitimación de los documentos secretos (2006-2014). V. Reformas en materia de transparencia: avances y retrocesos (2015-actualidad). VI. Conclusiones. VII. Referencias Bibliográficas.

Introducción

El principio de publicidad de los actos de gobierno y el derecho de acceso a la información pública se reconocen como precondiciones para el funcionamiento del sistema democrático. Esto significa que, sin información sobre las decisiones y actividad de la autoridad política, una comunidad no puede disfrutar plenamente de otros derechos democráticos fundamentales, como ser, la participación o la libertad de expresión.

Sin embargo, no son derechos absolutos, ya que sus exigencias ceden ante circunstancias extraordinarias o conflictos normativos complejos. Así, por ejemplo, se justifica no divulgar información de Estado para proteger derechos individuales (como la intimidad), bienes colectivos (como la estabilidad económica o la paz social) o para garantizar el funcionamiento de las instituciones (como el desarrollo de una investigación criminal).

Entre los supuestos de secreto legitimado, es de especial interés el que tiene lugar para la protección de la soberanía y la defensa nacional. Es decir, el secreto de Estado (SE) que busca conservar la unidad territorial, política y/o jurídica de la comunidad. Se trata de un supuesto ampliamente discutido en la teoría política y característico tanto de sistemas democráticos como autoritarios.

En la legislación argentina, se encuentra incorporado desde 2016 en la Ley 27275 de Acceso a la Información Pública que, por un lado, reconoce un derecho general a acceder de manera gratuita a cualquier dato de interés público que obre en manos públicas o privadas; y, por otro lado, incluye una lista de excepciones entre las que destaca la referida a los asuntos de política exterior y defensa nacional (art. 8, inc. a).

La lectura de dicho articulado trasluce de manera clara y evidente los límites que el Estado Argentino ha previsto para el derecho de acceso a la información y el SE. Sin embargo, su práctica e interpretación ha sido (y sigue siendo) por demás controvertida. Inclusive, puede decirse que la discusión sobre el tema ha tenido un desarrollo anacrónico, abiertamente en conflicto con el crecimiento exponencial de la legislación y herramientas vinculadas al buen gobierno de los últimos años.

Este artículo propone explicitar dicha tensión, recuperando sus principales antecedentes y las discusiones filosófico-políticas implícitas. Para ello, se reconstruyen cinco períodos históricos, diferenciados en función de criterios conceptuales vinculados con el problema del secretismo.

Así, se desarrolla una primera etapa (años 1878-1945) caracterizada por la consolidación de la estructura estatal nacional y la vigencia del *secreto legislativo*. La segunda etapa (1946-1982) describe el surgimiento de organismos dedicados a tareas de inteligencia necesarias para la Nación y, con ello, la proliferación de los *documentos secretos* en temas de defensa y seguridad. En la tercera etapa (1983-2006), la vigencia de derechos democráticos y una tendencia global hacia el buen gobierno contrastan con la legitimación del SE en manos de organismos de gobierno no democráticos. El cuarto período (2006-2015) revela los reiterados intentos por desclasificar información, la derogación masiva de secretos y la imposición de límites a su uso, en un contexto de crecientes reclamos sociales y políticos. Por último, la quinta etapa (2015-2022) describe el rediseño de la estructura de los servicios de inteligencia y el SE iniciado por diferentes gobiernos, con avances y retrocesos evidentes.

Las conclusiones revelan que en la historia argentina los diferentes poderes del Estado se han valido del secreto para ocultar actividades y acuerdos a la ciudadanía. Y, aunque con los años se ha cercenado positivamente dicha potestad, también se ha legitimado un tipo de secreto mucho más controvertido: los *documentos secretos*. Decimos que es una categoría problemática porque depende de los servicios de inteligencia, un organismo no electo democráticamente, no obligado por algunas de las leyes generales de Ética Pública y respecto del cual no existe mecanismo de rendición de cuentas preciso.

I. El secreto legislativo en el proceso de consolidación del Estado nacional (1878-1945)

Hacia finales del siglo XIX se reconoce a Argentina haber concluido su proceso de formación y consolidación estatal. Mediante diversos acuerdos culminó un largo período de conflictos civiles, configuró una identidad nacional en torno a símbolos y atributos comunes, e institucionalizó sus diferentes potestades públicas, entre ellas, la capacidad de ejercer el monopolio de la coacción sobre la ciudadanía¹. El contexto todavía planteaba complejos desafíos sociales (por ejemplo, en relación con las poblaciones originarias y los movimientos migratorios); sin embargo, también constituyó una oportunidad para inaugurar procesos inéditos de modernización económica y política. Como resultado, en la época se sancionó importante legislación en temas educativos, de salubridad y, fundamentalmente, de organización gubernamental.

En dicho contexto, el Congreso de la Nación inauguró sus deliberaciones en 1854 y encargó la redacción de sus reglamentos internos a una comisión especial en el año 1855. Unos años después (1878), la Cámara de Diputados introdujo las

(1) OSZLAK, Oscar. "Reflexiones sobre la formación del Estado en Argentina", en *Desarrollo Económico. Revista de Ciencias Sociales*, Vol. XXI, 1982, Buenos Aires, Argentina; TERÁN, Oscar. *Historia de las ideas en la Argentina: Diez lecciones iniciales, 1810-1980*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2019.

sesiones legislativas secretas en dicho reglamento (arts. 28-31, vigente en los actuales arts. 31 y ss.) que reconocen al órgano parlamentario la posibilidad de sustraer del conocimiento popular una sesión deliberativa, no publicándola o impidiendo a la ciudadanía y la prensa presenciar el debate². Seguidamente, el reglamento del Senado hizo lo propio al reconocer dicha potestad en los art. 18 y ss. de su reglamento³.

Con ello, se inició una práctica de secretismo en el recinto legislativo que se extendería por más de 100 años e incluiría, también, la discutida potestad de sancionar leyes secretas; es decir, la posibilidad del Congreso de deliberar y sancionar una norma, sin publicarla en el Boletín Oficial (BO) para su difusión general. En ese marco, se sancionaron las primeras leyes de carácter secreto en 1891, fecha en la que el Congreso sancionó sendas normas vinculadas con la compra de armas y acuerdos sobre límites geográficos con países vecinos⁴. Así, puede decirse que los primeros antecedentes sobre SE en Argentina se gestaron en paralelo a la consolidación del gobierno.

Las discusiones entabladas en la época sobre el tema revelan una profunda preocupación por la calidad democrática de las instituciones y el modo en que dicha práctica podía afectar la capacidad deliberativa del Poder Legislativo (PL) y la ciudadanía. A nivel doctrinal, es posible reconocer dos líneas diferentes, aunque con argumentos en común. La primera, vinculada con la justificación de las deliberaciones secretas (*sesiones legislativas secretas*); la segunda, cuestionó la constitucionalidad de las leyes secretas (*secreto legislativo* propiamente dicho).

Sagüés sistematiza dichas posiciones distinguiendo, en primer lugar, argumentos elaborados en favor de mantener el secreto de las sesiones legislativas cuando la presencia del público pueda afectar la independencia de sus miembros, ejercer presiones que fomenten comportamientos demagógicos o decisiones especulativas, o cuando se encuentre en juego la paz social, la seguridad nacional o la existencia del Estado⁵. En segundo lugar, enumera un conjunto de argumentos comprometidos con una noción robusta de republicanismo y democracia que defendían la publicidad de la actividad legislativa. Entre ellas, cita: el argumento de la *inutilidad del secreto*, según el cual todo sigilo impedía juzgar la labor parlamentaria o perjudicaba el rol educativo de la deliberación pública; los argumentos *éticos y del respeto a los derechos*, que señalaban los acuerdos impopulares o negociaciones espurias que el secreto podía fomentar; los argumentos *del diálogo y el consentimiento*, que marcaban la distancia entre ciudadanía y representantes creada por el secreto impidiendo a las personas,

(2) SAGÜÉS, Néstor P. *Las leyes secretas. El sigilo legislativo en el derecho constitucional argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 22.

(3) Véanse ambos reglamentos en: <https://www.senado.gob.ar/reglamento> y <https://www.hcdn.gob.ar/>

(4) BASTERRA, Marcela. "Las leyes secretas en Argentina. Su inconstitucionalidad", *La Ley*, LL 2006-D, 2006, p. 1158.

(5) SAGÜÉS, Ob. Cit., 1977, pp. 32-45.

inclusive, consentir las normas que se le aplicaban; y un argumento preocupado por el valor epistémico de la deliberación pública y los efectos negativos del secreto en la actividad que desempeña el órgano legislativo⁶. En dicha disputa, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) defendió la constitucionalidad de las sesiones legislativas secretas al entender que era un “privilegio” del Congreso darse su propio reglamento, inclusive habilitando a las autoridades a sancionar la violación del secreto⁷.

En torno al secreto legislativo se esbozaron, por un lado, argumentos que legitimaron su no divulgación en función de las consecuencias graves que podía ocasionar para el sistema estatal. Citando a constitucionalistas de la época, Sagüés resume la lista de justificaciones *a los propósitos de la alta política, el peligro de la suerte de la República, los intereses públicos, las cuestiones graves que conciernen al Estado, la defensa nacional, los negocios exteriores, la defensa de la soberanía o la integridad territorial*⁸.

Por otro lado, se discutía con fervor la constitucionalidad de dichas leyes señalando que la publicación es necesaria para fijar la vigencia y comienzo de obligatoriedad de una ley y, por lo tanto, su aplicación⁹. En otras palabras, si aceptamos el principio de legalidad, entonces sustraer del conocimiento público el contenido de la ley ponía en riesgo la posibilidad de subordinar -justificadamente- toda acción estatal a norma jurídica previa.

Los desacuerdos suscitados en torno al secreto legislativo entre 1878 y 1945 dejan entrever la importancia concedida a la consolidación de instituciones democráticas de calidad. En ese sentido, no debe soslayarse que este primer período histórico de análisis se encuentra atravesado por discusiones subyacentes sobre el modelo de democracia que debía implementarse en Argentina y cierta concepción elitista de gobierno que fue paulatinamente abandonándose. Algunas medidas implementadas en la época son un claro reflejo de esta evolución, fundamentalmente aquellas que implicaron la ampliación y reconocimiento de derechos civiles y políticos, como el sufragio secreto y obligatorio para varones en 1912 y el surgimiento de nuevas agrupaciones políticas que aglutinaban ideales progresistas y liberales¹⁰.

(6) SAGÜÉS, Ob. Cit., 1977, pp. 37-45.

(7) CSJN, “De la Torre, Lino s/ Recurso de Hábeas Corpus”, 21/ Agosto 1877, T19P 231.

(8) SAGÜÉS, Ob. Cit., 1977, p. 47.

(9) SAGÜÉS, Ob. Cit., 1977, pp. 48-51.

(10) La literatura especializada relata el ejercicio hegemónico de un partido único en el gobierno nacional durante 1876 y 1916 (el Partido Autonomista Nacional), que aglutinaba elites conservadoras tanto de las provincias como de capital. Sin embargo, este monopolio fue debilitándose con el desgaje en diversas facciones y agrupaciones de corte liberal, progresista y/o socialista, como la Unión Cívica Radical o el Partido Demócrata Progresista. Véase: MALAMUD, Carlos. “Liberales y conservadores: los partidos políticos argentinos 1880-1916”, *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*, Vol. 8 (N° 1, enero), 1997.

Otro indicio de esta preocupación son los reparos institucionales que se adoptaron para resguardar tanto la categoría del SE como la información a proteger. En el caso de las sesiones secretas del Congreso, se previó su registro en actas confeccionadas con la mayor exactitud posible, que debían resguardarse en un cuaderno especial, hasta tanto la Cámara estimara conveniente su publicidad. Así, se garantizaba tanto la reserva de la información como también se prevenía su destrucción¹¹. En el caso de las leyes secretas, su contenido no figuraba en los anales legislativos (sólo se identificaba y publicaba en el BO el número de ley con la adjetivación de “secreta”). Sin embargo, se resguardaba la información en la Secretaría Parlamentaria del Congreso, la cual podía ser consultada por funcionarios/as del PL con previa autorización de la Presidencia de Cámara¹². Como veremos, estos reparos contrastan con la falta de previsiones y procedimiento previsto para la categoría de *documentos oficiales secretos*.

II. El secreto ejecutivo, los documentos secretos y las actividades de inteligencia (1945- 1983)

Desde el año 1945 la práctica del SE cambió sustancialmente en Argentina. Primero, porque entraron en vigencia una serie de decretos que habilitaban al Poder Ejecutivo (PE) y otras áreas de gobierno a reservar información a criterio, especialmente en materia de defensa y seguridad. Y segundo, por la creación de organismos especialmente dedicados a tareas de inteligencia, cuya labor debía ser protegida de la mirada de la ciudadanía. Ambos elementos contribuyeron a forjar una práctica de secretismo que eludió todo tipo de controles y registros.

En relación con lo primero, es posible citar un conjunto de decretos que ampliaron la potestad de clasificación de información inicialmente habilitada para el ámbito del legislativo. El primero de ellos, es el decreto ejecutivo 1568 de 1950, que definió por primera vez normas de clasificación oficial, incluyendo fundamentalmente a la información elaborada en el marco de la actividad del Ejército. Fundamentalmente, facultó al Jefe de Estado Mayor del Ejército (y con ello, a comandantes, directores o jefes de organismos - de acuerdo a su jurisdicción- y al Presidente de la Nación, en aquellos asuntos que requerían ser presentados a su firma) a reservar documentos militares, estableciendo una clasificación que distinguía seis categorías de información: tres de ellas de “alta clasificación” (que incluía la *información estrictamente secreta y confidencial, información secreta, e información confidencial*); una de “clasifica-

(11) SAGÜÉS, Ob. Cit., 1977, p. 23.

(12) NAZAR, Mariana. “La accesibilidad documental y sus limitaciones legales: Los documentos secretos en la Argentina”. *Ponencia presentada en V Congreso de Archivología del Mercosur, agosto* (Vol. 28), 2003, p. 2.

ción media" (la *información reservada*) y dos de "baja clasificación" (la *información de público militar* y la *información pública*)¹³.

El decreto destaca por su extensión y el detalle con el que enuncia los requisitos formales para la redacción de toda información oficial, sus procedimientos de registro y diligenciamiento. Pero entre esas referencias aparecen dos importantes datos sobre el SE. Por un lado, que las seis categorías seleccionadas para clasificación de información eran criterios temáticos, esto es, categorías que agrupaban una lista detallada por tema y/o área de documentos elaborados por el ejército, la cual pretendía ser exhaustiva. Y, por el otro lado, que para el manejo de cada documentación se establecía un procedimiento (llamado Procedimiento Operativo Normal), que debía ser conocido y respetado por todos los cuadros y tropas del ejército, y cuyo control era de tipo interno. Así, con la concesión de facultad clasificatoria a las autoridades del Ejército, se reconoció también la potestad de determinar, a voluntad, la lista de personas que podían acceder a dicha información.

Unos años después, el decreto 5315/1956 encomendó a la Secretaría de Presidencia de la Nación y a su secretaría de informaciones (SIDE) el manejo de gastos reservados vinculados a seguridad e inteligencia. De esta manera, se habilitó al PE y la SIDE a asignar presupuesto de monto y destino secreto, siempre que se argumentara la finalidad de seguridad e inteligencia. Para evitar ambigüedades y la arrogación de tal potestad por parte de organismos del Estado no vinculados a dichos temas, el decreto ley 18302/1969 elaboró una enumeración taxativa de los organismos habilitados para efectuar ese tipo de asignación presupuestaria. Esta lista incluyó a las siguientes: Unidad de Organización - Presidencia de la Nación; Comando en Jefe del Ejército; Comando en Jefe de la Armada; Comando en Jefe de la Fuerza Aérea; Secretaría de Informaciones de Estado; Dirección Nacional de Gendarmería; Prefectura Nacional Marítima; Policía Federal y Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal¹⁴. Estos antecedentes delinearían la lista de agentes públicos y organismos que operarían en el absoluto secretismo por los siguientes 40 años.

En torno al segundo rasgo mencionado –creación de organismos dedicados a tareas de inteligencia- debe mencionarse que en la segunda mitad del siglo XX la recolección de información y las actividades de inteligencia estratégica comenzaron a percibirse como herramientas vitales para la supervivencia de toda nación. Tal presunción respondía a la doctrina *Sherman Kent* difundida durante la Guerra Fría por los Estados centrales, que promovía el diseño de una maquinaria técnica, organizada y centralizada para la producción de información de la cual dependía, entre otras cosas, la efectividad de los planes y operaciones estatales, tanto a nivel

(13) Decreto disponible en el Anexo 36, pp. 60 y ss. del registro de documentación del gobierno en <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/rfp-70-05.pdf>

(14) Ambos decretos disponibles en: <http://www.sajj.gob.ar/18302-nacional-ley-secretaria-sobre-gastos-reservados-secretos-Ins0005096-1969-07-31/123456789-0abc-defg-g69-05000scanyel>

de política interna como internacional¹⁵. Las estructuras de inteligencia que comenzaron a proliferar en los países de Latinoamérica no fueron ajenas a dichas ideas.

En esa línea, el gobierno de J. D. Perón creó en 1946 los servicios de inteligencia de Argentina como un brazo operacional fundamental del gobierno en la defensa de los intereses nacionales¹⁶. Al momento de su creación, se componían de personal civil bajo el nombre Coordinación de Informaciones del Estado (CIDE), encargado de dotar al gobierno de información necesaria para los asuntos de Estado. En 1956 el organismo pasó a llamarse Secretaría de Inteligencia del Estado (SIDE) por orden del presidente de *facto* Aramburu, y el cambio de nombre fue acompañado por una importante modificación en su personal y estructura¹⁷. Así, la SIDE fue cubriéndose de personal del ejército y, por ello, desempeñó un rol represivo alineado a los gobiernos militares de los años posteriores.

Suelen destacarse dos etapas en el funcionamiento interno de los servicios de inteligencia de Argentina. Hasta la década de 1960, se caracterizaron por desarrollar una actividad centrada en girar informes al PE que constituían información pura, relevada por fuentes secundarias y que denotaban labor de baja especialización. Desde 1960, se descubre un mayor despliegue técnico en la recolección y producción de información por medios propios¹⁸.

Complementariamente, sus actividades se enfilaron a la par de otras áreas de inteligencia existentes dentro de las Fuerzas Armadas y organismos de defensa del Estado (concretamente, el Servicio de Informaciones del Ejército, el Servicio de Informaciones Naval, el Servicio de Informaciones Aeronáuticas, la Policía Federal y policía de las provincias, principalmente, la bonaerense). Dichos entes conformaron en 1956 una unidad de inteligencia común, la llamada *Dirección de Informaciones Antidemocráticas*¹⁹. Asimismo, la vigencia de un decreto sancionado de manera secreta en 1958 (decreto 9880) habilitó el uso de las herramientas organizadas para tiempos de guerra con la finalidad de combatir la “conmoción interna” (práctica que fue llamada *Plan Conintes*), lo cual contribuyó a estructurar los recursos del ejecutivo, inteligencia y Ejército en la persecución de un objetivo común.

Por todo lo anterior, según Ugarte la actividad de inteligencia de la época revela entre sus rasgos salientes: la asignación de competencias amplias orientadas

(15) Véase: KENT, Sherman. *Inteligencia estratégica para la política mundial norteamericana*, Pleamar, 1994.

(16) Decreto 337/46.

(17) Decreto 776/56.

(18) CHIARINI, Sebastián - PORTUGHEIS, Rosa. *Plan Conintes. Represión política y sindical*, Buenos Aires: Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, 2014, pp. 42-43.

(19) FUNES, Patricia. “De lo secreto a lo público. El epicentro de la violencia”, *Revista Puentes*, (6) (2006), p. 9.

al ámbito interno -concretamente, buscando el enemigo ideológico de carácter subversivo-, bajo conducción militar y carente de controles internos o externos²⁰-.

Como se indicó antes, su asignación presupuestaria se regía por decisiones secretas emitidas, fundamentalmente, por el PE. Y tal secreto abarcaba también la situación laboral de su planta de agentes (que trabajaban de manera encubierta), su organización interna y plan operacional. Los documentos que producía el organismo tenían, en su mayoría, la categoría de “secreto y confidencial”. En contraste con las salvaguardas que regían para el secreto legislativo, los documentos secretos de la SIDE y toda documentación vinculada con temas de seguridad interna o externa, no eran registrados de acuerdo a ningún formalismo ni procedimiento que resguardase su contenido. Esto permitió que los gobiernos dictatoriales de la época utilizaran la categoría del *secreto por riesgo para la seguridad nacional o la soberanía* para encubrir y sostener tales violaciones de derechos humanos y del sistema democrático. Inclusive, el secretismo con el que se manejó toda la actividad oficial, dificultó que en períodos posteriores pudieran esclarecerse e investigar los graves delitos de lesa humanidad cometidos²¹.

III. Democracia y profunda transformación de las estructuras políticas (1983-2006)

El retorno a la democracia en el año 1983 significó profundos cambios tanto a nivel social como político e institucional. En los temas que nos interesan (SE), estos cambios se evidenciaron, primero, en una profunda reestructuración de los servicios de inteligencia y organismos de defensa y seguridad. Y segundo, con la suscripción de numerosos tratados internacionales y el avance de derechos fundamentales de relevancia para el sistema democrático.

La participación militar en la SIDE, que había sido una constante desde 1956, fue duramente rechazada entre 1983 y 1989. En dichos años, el gobierno de R. Alfonsín desligó a 860 agentes de los servicios de inteligencia, designó personal civil en su lugar y nombró a un abogado laboralista en el puesto de dirección²². Asimismo, se limitó la participación de

(20) UGARTE, José Manuel. “La transparencia en inteligencia en América Latina”, *Gladius et Scientia. Revista de Seguridad del CESEG*, no 1, 2019.

(21) De hecho, las instancias de desclasificación de dicha documentación sucedidas en el período siguiente, fueron el resultado de mancomunados esfuerzos desplegados por organismos gubernamentales, no gubernamentales de Derechos Humanos (DD.HH.) e informes periodísticos que, una vez terminado el período dictatorial, pudieron avanzar en dichas investigaciones. Véase, entre otros: Decreto 4/2010 de desclasificación de información de seguridad vinculada con el accionar de las FF.AA .desde 1976 a 1983; Memorándums de Entendimiento con la República Oriental del Uruguay, Brasil y Chile (2012-2014) para intercambio de documentación y esclarecimiento de violaciones de DD.HH. ocurridas durante las dictaduras; y acuerdos de entrega de documentos clasificados vinculados con la dictadura local por parte de otros Estados (por ejemplo, aquellos entregados por el Gobierno de Estados Unidos en 2019).

(22) Asociación por los Derechos Civiles (ADC). “El (des)control democrático de los organismos de inteligencia en Argentina”, *Privacy International*, ADC, 2015, p. 9.

sus agentes en actividades externas abocándolos exclusivamente a inteligencia interna²³. Sin embargo, tal avance sufrió un nuevo retroceso en la década de 1990, período en el que el PE (a cargo de C. Menem) reincorporó a dichos agentes con vínculos policiales y militares acentuados. Este no es un dato menor, ya que patenta el tipo de relación que los servicios de inteligencia han mantenido históricamente con el PE: de *autonomía* y *subordinación*²⁴. Aunque parezca contradictorio, ha desarrollado una estructura autoritaria con agenda propia y, por otro lado, un compromiso de dependencia y sumisión con el gobierno central, producto de su financiamiento y regulación mediante decretos ejecutivos.

La injerencia que tuvo la SIDE en la persecución política durante la dictadura militar, así como sus actividades vinculadas con inteligencia criminal y seguridad interna, también buscó ser contrarrestada con la sanción de legislación verdaderamente novedosa para la época: las leyes de Defensa Nacional 23544 y de Seguridad Interior 24059 (en 1988 y 1991 respectivamente) que ordenaron las competencias y autoridades encargadas en temas de política interna y externa. La primera de ellas explicitó las tareas encargadas a defensa nacional y jerarquizó la lista de organismos y agentes del área (Ministerio de Defensa, Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, Ejército, Armada, Fuerza Aérea, Gendarmería Nacional y Prefectura Naval). De esta manera, se encargó a dichos entes la protección de la Nación respecto de ataques extranjeros, eliminando su posibilidad de actuar en el fuero interno. Por su parte, la segunda ley definió el uso de las herramientas de las fuerzas policiales y seguridad de la Nación para el resguardo de la libertad, la vida, el patrimonio de las personas, sus derechos y garantías y la plena vigencia de las instituciones del sistema representativo, republicano y federal (la lista de organismos incluyó a los Ministerios del Interior, Defensa y Justicia, Policía Federal, Policía de Seguridad Aeroportuaria y policías provinciales adherentes, Gendarmería Nacional y Prefectura Naval). Así, se separaron dos áreas que en el pasado habían entremezclado las herramientas de política criminal y estrategia militar para la persecución política local.

En materia de secreto, la SIDE siguió operando con el amparo del secreto y en un contexto de denuncias e irregularidades permanentes. En plena democracia, sus documentos y expedientes siguieron clasificándose por decisión de “autoridades competentes”, sin mecanismo de resguardo o publicación en el BO, ni nomenclatura de archivo, identificación o proceso claro para su preservación y desclasificación. En una entrevista del año 2000, el ex director de la SIDE Darío Ricarte grafica dicha situación al señalar que la documentación de la Secretaría “(...) como es secreta, se destruye”²⁵.

En la década del '90, las investigaciones desarrolladas en torno al atentado terrorista a la AMIA y el aumento de inversión reservada en materia de intelligen-

(23) No se mencionó antes pero, durante el período dictatorial, personal de la SIDE también colaboró con los gobiernos de países limítrofes en la persecución de la guerrilla; inclusive, existen datos de vínculos y su participación en actos de terrorismo de Estado con países del hemisferio norte. Véase: CALLONI, Stella. “Los archivos del horror del Operativo Cóndor”, *Revista Covertaction*, EE. UU., 1994. Material reeditado electrónicamente por Equipo Nizkor, Madrid, 1998, vol. 8.

(24) ADC. Ob. Cit., 2015, p. 8.

(25) Citado en NAZAR, M. Ob. Cit., 2003, p. 4.

cia suscitaron diversos reclamos que acusaban al organismo de ejercer tráfico de influencias o el ofrecimiento de sobornos a fiscales, miembros del Poder Judicial (PJ) y periodistas. Paralelamente, se denunciaba el uso de prácticas ilegítimas en sus investigaciones, como el espionaje sin autorización judicial, la violación de garantías constitucionales en la recolección de pruebas o el uso de identidades falsas por parte de agentes de inteligencia²⁶.

En 2001, la sanción de la Ley de Inteligencia Nacional 25520 buscó contrarrestar estos problemas. Por un lado, designó a la SIDE como encargada general en temas de información, pasando a monopolizar toda la actividad de inteligencia del país (incluidas las áreas de inteligencia del ejército, fuerza aérea, policía federal, policías provinciales, etc.). En materia presupuestaria siguió rigiéndose por decretos de fondos reservados, aunque se diseñó un Consejo Interministerial que el PE podía convocar para asesorar la planificación y estrategias de inteligencia nacional; y una Comisión Bicameral de Fiscalización permanente (CBI), encargada de controlar e informar sobre el organismo. Así, se estableció por primera vez un mecanismo de control externo sobre los servicios de inteligencia²⁷.

En lo que hace al secreto, la ley de inteligencia nacional estableció de manera explícita el carácter y procedimiento para manejo de información. En el artículo 16, reconoció la categoría de *protección de la seguridad interior, defensa nacional y relaciones exteriores* como justificación del secreto, indicando su reserva en bancos de datos provistos por el mismo organismo. Se reconoció la potestad de desclasificación únicamente al PE (o funcionario/a en quien se hubiese delegado expresamente tal facultad), ratificando la reserva aun cuando fuera puesta en conocimiento de la justicia en el marco de una causa o de la Comisión de Fiscalización. Así, cualquiera que accedía al secreto debía resguardar su confidencialidad, bajo pena de cometer el delito de traición contra la Nación (sancionado por el Código Penal).

Semejante reestructuración de los servicios de inteligencia no impidió que, en los hechos, se siga usando e interpretando la categoría del SE para ocultar actividades, a voluntad.

Esta realidad contrasta con los avances suscitados en materia de derechos democráticos y libertades cívico-políticas, cuyo punto más destacado es la reforma constitucional del año 1994. Entre dichos progresos, podemos mencionar la intro-

(26) Sobre estas denuncias, véanse los informes de INCLO (Red Global de Organizaciones de Derechos Civiles) y ADC: AA.VV. *Vigilancia y democracia. Historia en diez países*, INCLO, 2016; ADC. "Quien vigila a quienes vigilan. Estudio comparativo sobre sistemas de control de los organismos de inteligencia", *Policy paper*, 2014; y ADC. Ob. Cit., 2015.

(27) Cabe mencionar que, en lo organizacional, la ley 25520 vinculó nuevamente las esferas de defensa y seguridad separando, en su lugar, la inteligencia "militar" de la "criminal" (la primera, a cargo de una Dirección Nacional de Inteligencia Estratégica Militar dependiente del Ministerio de Defensa, y la segunda, a cargo de una Dirección Nacional de Inteligencia Criminal, dependiente del Ministerio del Interior). Esto es señalado por especialistas como un signo de atraso (ADC. Ob. Cit., 2014, 2015).

ducción de los llamados “derechos de tercera y cuarta generación” y la concesión de rango constitucional a los instrumentos internacionales de DD.HH., con jerarquía superior a las leyes ordinarias. Esto significó, entre otras cosas, el reconocimiento de dos derechos fundamentales: el derecho a los datos personales, que protegen la individualidad e intimidad de una persona frente a los procesos de recolección de información que venían gestándose a nivel global desde hacía 40 años; y el derecho de acceso a la información pública, expresado en la Declaración Universal de DD. HH. (art. 19), el Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos (art. 19), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. IV), la Convención Americana de DD.HH. (art. 13) y la Convención Americana contra la Corrupción.

Esta tenencia global al reconocimiento de nuevos derechos y la creciente presión porque los Estados afronten reformas políticas de transparencia redundó a nivel local en numerosos avances. Un dato revelador en ese sentido, es que el Congreso de la Nación no sancionó ninguna ley secreta después del año 1983²⁸. Asimismo, se diseñaron diversas y nuevas instituciones de control sobre la actividad de gobierno, como la Oficina Anticorrupción, la sanción de la ley 25188 de Ética Pública Nacional y del Código de Ética para la Función Pública, todos en 1999. También, se introdujeron herramientas de acceso a la información, entre ellas, el decreto 1172/2003 de Acceso a la Información Pública. Éste estableció el régimen general de audiencias públicas y elaboración participativa de normas, acompañando un mecanismo de publicidad de gestión de intereses, un sistema de divulgación de información y el mecanismo de acceso libre y gratuito a los registros diarios del Boletín Oficial a través de internet. Por último, es de destacar que reconoció en el art. 16 de su reglamento las excepciones al principio de publicidad, entre ellas, “*la información expresamente clasificada como reservada, especialmente la referida a seguridad, defensa o política exterior*” (inc. a). Así, el decreto se alineó con las leyes de la época al acotar el problema del secretismo a ciertas circunstancias excepcionales vitales para la Nación y delegar, implícitamente, su gestión a los organismos de inteligencia.

En definitiva, entre 1983 y 2005 se reestructuraron las áreas de gobierno destinadas a inteligencia, defensa y seguridad, procurando contrarrestar los problemas y abusos del pasado. Paralelamente, una tendencia global de políticas vinculadas con los DDHH y la democracia, fomentaron a nivel local el reconocimiento de nuevas herramientas de acceso a la información pública. Sin embargo, tal legislación sirvió para legitimar la potestad monopólica sobre el SE de los servicios de inteligencia ya que, en los hechos, se siguieron ocultando actividades más allá de lo previsto legalmente.

(28) Véase el dato en *Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación*, Congreso de la Nación Argentina. 18ª reunión - 11ª sesión ordinaria 15 de junio de 2005, p. 94-99.

IV. Limitación del SE y legitimación de los documentos secretos (2006-2014)

Surge de los apartados previos que hasta el año 2006 se encontraban vigentes las potestades de clasificación reconocidas tanto al Poder Legislativo como al PE y los organismos de inteligencia; es decir, coexistían las *leyes secretas*, las *sesiones legislativas secretas*, el *secreto ejecutivo* y los *documentos secretos*. Aunque su práctica fue dispar: mientras el avance de un modelo democrático amplio implicó cercenar su uso por parte del PL (el que, como se dijo, desde 1983 no sancionó ley secreta alguna), el crecimiento de los decretos secretos en manos del PE fue exponencial - fundamentalmente durante la década de 1990- y la clasificación de información por parte de la SIDE siguió siendo la regla en la mayoría de sus actividades.

Un particular contexto de sospechas de corrupción iniciadas en la década de 1990, reinstalaron el desacuerdo sobre el SE. Ya se han mencionado las dudas planteadas en torno a la investigación del atentado a la AMIA, el espionaje ilegal y los diversos acuerdos confidenciales que suscribió el Estado Nacional para esclarecerlo. A esto debe sumarse las denuncias de uso discrecional de decretos y fondos reservados para el pago de “sobresueldos” a agentes del Estado - fundamentalmente entre 1989 y 1999- y para la celebración de acuerdos ilegales con otros países (como ser, la venta ilegal de armas a Ecuador y los Balcanes realizada durante la presidencia de Menem)²⁹. Estos elementos instalaron un sentido reclamo por mayor publicidad de los actos de gobierno y herramientas democráticas más definidas en torno al secreto de Estado.

La sanción de la ley 26134 en 2006 zanjó el tema ya que, por un lado, dejó sin efecto las leyes secretas dictadas a la fecha, obligando al PE a publicarlas en el BO en un período de 60 días (art. 1 y 2); y, por otro lado, prohibió el dictado de leyes secretas en el futuro, limitando también el uso de gastos reservados exclusivamente a cuestiones de inteligencia inherentes a los organismos comprendidos en las leyes de Inteligencia Nacional, Seguridad Interior y Defensa Nacional (arts. 3 y 5). Sin embargo, no resolvió otra discusión álgida e igualmente problemática: la del secreto ejecutivo.

En el debate parlamentario de 2006 se defendió que los decretos secretos eran tan antidemocráticos como las leyes secretas y por lo tanto debían ser prohibidos. En cita a congresales de la época, se sostuvo que “*los decretos tienen el mismo espíritu que la ley*”³⁰; que el verdadero problema de secretismo lo constituían los decretos secretos, no las leyes³¹; y que “*los mayores daños institucionales de nuestro país habían*

(29) Véanse los decretos 1697/91, 2283/91 y 103/95. Asimismo, véanse los antecedentes por las denuncias de sobresueldos en <https://www.cij.gov.ar/nota-1487-Sobresueldos--procesan-y-embargan-a-Menem-y-Cavallo.html> y las maniobras de tráfico de armas en: <http://www.saij.gov.ar/descarga-archivo?guid=adessarl-engasleg-ajod-ecasacionpdf&name=sarlenga-s.-legajo-de-casacion.pdf>

(30) Senador Sanz, en *Diario de Sesiones de Cámara de Senadores* citado, 2005, p. 211.

(31) Diputado Nieva, en *Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación*, Congreso de la Nación Argentina, Reunión 26, Sesión ordinarias - ordinaria 16/08/2006, pp. 87-89.

side producidos por disposiciones secretas del Ejecutivo"³². Esta postura fue apoyada por estadísticas que mostraban que, a la fecha en que se discutió el proyecto, se habían sancionado 5458 decretos secretos; es decir, un 3738 % más que leyes secretas³³.

Sin embargo, mayoritariamente, se impuso la idea de que el Congreso no podía limitar las atribuciones del PE sin vulnerar la base republicana de gobierno y que para derogar la potestad del ejecutivo sobre los decretos secretos primero debía derogarse todo el andamiaje jurídico que la había justificado a lo largo de los años³⁴ (es decir, la lista de decretos que lo habían legitimado desde el año 1956, ya citados).

Por tal motivo, el contenido de la ley 26134 alcanzó sólo a las leyes secretas y no fue hasta 2012 que los decretos ejecutivos dejaron de regir. En dicho año, mediante decreto 2103, la ex presidente Fernández de Kirchner ordenó publicar todos los decretos y decisiones administrativas de carácter reservado o secreto dictados hasta el momento por el PE y Jefe de Gabinete. Asimismo, en línea con las leyes de inteligencia vigentes, limitó su divulgación y uso futuro, exceptuando de publicidad los documentos referidos a defensa nacional, seguridad interior o política exterior, y los relacionados con el conflicto bélico del Atlántico Sur o cualquier otro de carácter interestatal (art. 1). De esta manera, se cercenó de manera definitiva la práctica de clasificación de información discrecional por parte del PE, a la vez que se validaron las leyes de acceso a la información vigentes, relegando la categoría del SE a los *documentos secretos*, potestad del PE y los organismos competentes en materia de inteligencia y defensa nacional.

V. Reformas en materia de transparencia: avances y retrocesos (2015-actualidad)

Como se ha sugerido, todo lo acontecido en torno a la investigación sobre el atentado a la AMIA instó reclamos y reformas en temas de SE y organización de los servicios de inteligencia³⁵. En el año 2015, la muerte del fiscal que tenía a cargo dicha causa puso nuevamente el tema en agenda, derivando en una profunda revisión de la organización de inteligencia mediante ley 27126, que tiene diversos aspectos a destacar.

Primero y más importante, es que disolvió la SIDE y creó en su lugar la Agencia Federal de Inteligencia (AFI). Segundo, estableció límites funcionales al ente, por ejemplo, transfiriendo la oficina encargada de interceptaciones telefónicas (DOJ) al

(32) Diputado Negri, en *Diario de Sesiones de Cámara de Diputados* citado, 2006, pp. 80.

(33) Senadora Conti, en *Diario de Sesiones de Cámara de Senadores* citado, 2005, p. 94-99.

(34) Senadora Fernández de Kirchner, en *Diario de Sesiones de Cámara de Senadores* citado, 2005, pp. 212.

(35) Otros antecedentes vinculados con la causa y el SE, como las decisiones tendientes a levantar el secreto de expediente (Decretos 395/15, 229/17 y 213/20) y los compromisos sobre uso de fondos reservados asumidos a nivel estatal (decreto 812/2005) pueden verse en: https://www.amia.org.ar/Amia/upload/download/2016/08/16/download_147134680681.pdf

ámbito de la Procuración General de la Nación del Ministerio Público (art. 17). Esto significó un gran avance al quitar de la SIDE una actividad que había eludido todo tipo de controles en el pasado. Tercero, ubicó dentro de la órbita de la AFI a todas las actividades de los organismos de inteligencia dependientes del Ministerio del Interior, incluyendo las tareas de la Policía Federal, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval, Policía de Seguridad Aeroportuaria y la del Servicio Penitenciario Federal. Así, no solo unificó el régimen aplicable, sino que también adhirió a los servicios de inteligencia a las reglas y procedimientos vigentes para el personal de justicia en general, procurando transparentar sus mecanismos de ingreso y planes operativos en general.

En materia de SE, se modificaron los grados de seguridad de información previstos por la ley de inteligencia anterior -la ley 25520 de 2001 distinguía cinco grados de información autorizando su reserva en función de la “conveniencia”³⁶-; pero entendiendo que esto contrariaba el principio de taxatividad del secreto, en 2015 se redujo la lista a tres: secreta, confidencial y pública. Así, el art. 16 bis de la nueva ley definió como secreta a “toda información, documento o material cuyo conocimiento por personal no autorizado pueda afectar *gravemente* los intereses fundamentales u objetivos vitales de la Nación”; como confidencial a la categoría de “información, documento o material cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda afectar *parcialmente* los intereses fundamentales de la Nación o vulnerar principios, planes y métodos funcionales de los poderes del Estado”; y, finalmente, como pública a la “documentación cuya divulgación no sea perjudicial para los organismos del Sistema de Inteligencia Nacional y que por su índole permita prescindir de restricciones relativas a la limitación de su conocimiento (...)”.

La introducción de esta distinción, justificada en un criterio de proporcionalidad y afectación a valores públicos es superadora ya que, hasta entonces, las únicas normas que contenían una enumeración temática y taxativa de temas que deben clasificarse y procedimientos internos para su gestión eran los decretos sancionados en el período dictatorial, como el mencionado 9390/1963.

Sin embargo, la enumeración se realizó en términos “abiertos”, relegando a la autoridad de inteligencia la posibilidad de interpretar y decidir a conveniencia la reserva de una información. Si a esto se suma que el SE siguió sin tener un mecanismo formal de clasificación, puede comprenderse la discrecionalidad concedida al personal competente en el área para decidir sobre el tema. Los pedidos de desclasificación iniciados por organismos no gubernamentales en los últimos años revelan que todavía se acoge la idea de protección de la seguridad y defensa nacional para

(36) La redacción original, incorporada por decreto 950/2002, distinguía los siguientes grados de clasificación: estrictamente secreta y confidencial, secreta, confidencial, reservada y pública (art. 10).

denegar el acceso a información, sin mucho margen para revisar dicha decisión o su justificación³⁷.

En cuanto a su desclasificación, el PE conservó la potestad de levantar el SE (art. 16), estableciéndose además un plazo cuyo transcurso, contado desde la decisión que originó su reserva, significaría la divulgación. La ley de 2015 estableció que dicho plazo debía ser reglamentado para cada categoría de información (lo cual no sucedió) pero que, en ningún caso, puede ser inferior a los 15 años (art. 16 ter)³⁸.

En relación con la partida presupuestaria de la AFI, se estableció como regla la publicidad de la distribución y asignación de fondos y sólo excepcionalmente la reserva, siempre y cuando existan razones de seguridad que lo justifiquen y se garantice la rendición y preservación de la documentación respaldatoria (art. 19). Esto se sumó a otra lista de medidas que incrementaron la transparencia del organismo, como el acogimiento al sistema de declaraciones juradas de bienes patrimoniales establecido en la ley de Ética Pública 25188 (con los recaudos del secreto en lo que hace a la identidad de los declarantes) o el establecimiento de límites para impedir abusos de la autoridad. Dichos límites implicaron prohibir la clasificación de información vinculada con “*casos de graves violaciones de derechos humanos, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad*” (art. 8), así como el uso de inteligencia: a) para realizar tareas represivas, poseer facultades compulsivas, cumplir funciones policiales o de investigación criminal; b) por razones políticas, de raza, fe religiosa, acciones privadas o actividades sindicales y laborales; c) para influir en la situación institucional, militar, policial, social y económica del país, etc. Finalmente, se creó el Banco de Protección de Datos y Archivos de Inteligencia, responsable de garantizar el respeto por los derechos individuales en las diferentes etapas de recolección, almacenamiento, producción y difusión de información privada, asegurando también su destrucción una vez que ya no sirve al fin inicialmente previsto (art. 16 quinquies).

En el año 2016, se sancionó diversa legislación de relevancia en la materia. En el mes de mayo, el decreto ejecutivo 656/2016 del presidente M. Macri aprobó un nuevo estatuto para el personal de inteligencia, delegó nuevamente en la AFI *la aprobación de su estructura orgánica y eliminó el régimen de administración de presupuesto establecido por la ley de inteligencia de 2015. Así, se estableció nuevamente el secreto de los fondos y de la estructura interna del organismo.*

Unos meses después, el Congreso sancionó la ley 27275 de Acceso a la Información Pública, consagrando el principio de publicidad de los actos de gobierno y, por otro lado, la taxatividad y excepcionalidad del SE cuando se trata de defensa o

(37) Véase los informes del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y de Iniciativa Ciudadana para el Control del Sistema de Inteligencia (ICCSI); CELS. “Avances y retrocesos en la ley de inteligencia”, Argentina, 2019; ICCSI. *Acerca de la inteligencia criminal en Argentina. Apuntes para su discusión*. ICCSI, CELS, ILSSED y Fundación Vía Libre, Argentina, 2021.

(38) Es de destacar que el decreto reglamentario de la ley de Acceso a la Información Público (206/2017) estableció dicho plazo en 10 años.

política exterior (art. 8, inc. a). Así, acogió los antecedentes y legislación precedente, sin extenderse o explicitar nuevos mecanismos clasificación.

Ambos hitos reflejan la evidente tensión que subyace a la historia del SE: por un lado, una tendencia hacia la apertura y democratización de la información sobre los actos de gobierno, acompañada de la implementación de numerosas políticas públicas que favorecen el control y la rendición de cuentas. Por otro lado, la limitación del SE a categorías cada vez más estrechas y específicas, circunscriptas a una lista de organismos públicos también reducida, pero que conservan amplia discrecionalidad dentro de su ámbito de competencia.

En los años posteriores, el funcionamiento de la AFI fue cuestionado. Un informe elaborado por la CBI en 2020 informó que entre el año 2016 y 2019 el organismo destinó sus recursos materiales y humanos a recabar y difundir información de manera ilegal, con el objetivo de desprestigiar o extorsionar a particulares y, así, influir en la situación política del país; todo ello, con el amparo del secreto³⁹. En esa misma línea, diversos documentos elaborados por organizaciones no gubernamentales señalaron las dificultades para acceder a datos vinculados con dichas denuncias, así como las reiteradas denegatorias a los pedidos de acceso a la información pública iniciados de acuerdo a lo previsto en la ley 27275⁴⁰.

Interpretando que era necesaria una nueva reforma, el gobierno ejecutivo de A. Fernández dispuso en 2020 la intervención de la AFI mediante decreto 52, a los fines de adecuar el sistema de inteligencia nacional a los preceptos constitucionales. Dicha intervención suscitó la adopción de diversas medidas, como ser, la asignación a políticas culturales y educativas de toda partida presupuestaria que no sea necesaria para su normal funcionamiento, la aprobación de un nuevo Código de Ética para el personal y la propuesta de auditorías regulares por parte del Síndico General de la Nación. Seguidamente, un nuevo decreto (214/2020) eliminó de la ley de inteligencia la posibilidad que tenían los servicios de inteligencia de participar excepcionalmente como auxiliares de la justicia en investigaciones criminales, cercenando aún más las posibles relaciones entre el organismo y miembros del PJ.

Estas últimas reformas revelan importantes avances. Sin embargo, la centralización del SE en manos de los servicios de inteligencia sigue siendo un problema latente. Esto queda en evidencia cuando se presta atención al funcionamiento de los mecanismos de control público sobre el secreto vigentes.

Como se dijo, dichos controles fueron establecidos recién en el año 2001 con la creación de la CBI. Sin embargo, hasta 2020 su actividad y agenda de trabajo estaban

(39) Véase: Comisión Bicameral de Fiscalización de los Organismos y Actividades de Inteligencia, "Informe sobre espionaje ilegal 2016-2019", 2020, pp. 330-331.

(40) Véase pedido y resolución de Cámara en: <https://www.cels.org.ar/web/2017/09/accion-judicial-contrala-afi-para-que-haga-publica-informacion-que-mantiene-ilegalmente-bajo-reserva/>

exentas de divulgación en el sitio del Congreso⁴¹ e, inclusive, sus informes anuales no eran debidamente divulgados entre los/las diputadas en ejercicio⁴². Asimismo, el ejercicio de sus potestades ha quedado también sujeto a la discrecionalidad y reserva de los servicios de inteligencia, ya que no puede realizar un control preventivo ni iniciar investigaciones de oficio. Además, históricamente se interpretó que era necesaria una autorización expresa de dicho organismo o del PE para que la CBI pueda acceder a la información clasificada, lo cual significó “subordinar el control a la voluntad del ente controlado”.⁴³ Así, aunque la comisión fue pensada como un mecanismo de control independiente sus acotadas facultades obstaculizan un desempeño verdaderamente efectivo.

El control judicial sobre el SE también ha tenido una evolución particular. Desde el retorno a la democracia, los tribunales han continuamente señalado ilegitimidades a la práctica del secretismo en materia de defensa y seguridad. Antes de 2015, por la controvertida potestad que tenían los servicios de inteligencia de llevar adelante actividades de investigación criminal y policial con pedido y autorización judicial (eliminada en la reforma de 2015). Luego, por el uso discrecional del SE. En ese sentido, en 2019 la CSJN tomó nota de una serie de pedidos de acceso a información denegados por el PE y realizó una defensa del principio de máxima divulgación de la información pública, disponiendo la necesidad de un acto formal y explícito que justifique la no difusión de dicha información⁴⁴. No obstante, pese a dichas pujas, las facultades del PJ de controlar la información clasificada siguen siendo limitadas y sujetas, inclusive, a la posible comisión de delito de divulgación.

En definitiva, pese a los signos de avance se avizora una necesaria reforma que permita mayores controles sobre una actividad que, históricamente, ha sido excluida de la mirada de la ciudadanía.

VI. Conclusiones

En este artículo propusimos explicitar los antecedentes teóricos del SE y del derecho de acceso a la información pública en Argentina, revelando la permanente tensión entre ellos y su evolución. Así, se describió un primer período histórico (años 1878-1945) en el que se consolidó el modelo estatal nacional y aparecieron los primeros antecedentes de SE dentro del PL. Dicha actividad fue prevista en los reglamentos de cada una de las Cámaras del Congreso que incorporaron las *sesiones*

(41) <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/info/104>

(42) ADC. Ob. Cit., 2014.

(43) UGARTE, José Manuel. *El control público de la actividad de inteligencia en América Latina*, Ediciones CICCUS, Buenos Aires, 2012, citado en ADC, Ob. Cit., 2014, p. 15.

(44) CSJN, “*Savoia, Claudio Martín vs. Estado Nacional y otro s. Amparo Ley 16986*”, 07/03/2019, *Rubinzal Online* 315/2013 RC J 1154/19.

legislativas secretas, y establecieron mecanismos de resguardo de la información y actividades reservadas.

En una segunda etapa (años 1946-1982) el SE fue monopolizado por organismos destinados a defensa y seguridad, que se sirvieron del secreto para cumplir sus objetivos e, inclusive, para sostener la vigencia de sus estructuras y agentes. Esto fue posible gracias a la proliferación de *decretos* secretos y de *documentos secretos*, cuyo uso eludió todo tipo de controles y encubrió la violación de derechos por parte del Estado.

Con el retorno a la democracia (1983) y hasta el año 2006, se sucedieron numerosos avances en materia de derechos e instituciones vinculadas con la defensa y la seguridad. Sin embargo, diversas regulaciones contribuyeron a fortalecer y legitimar la potestad monopólica de los servicios de inteligencia sobre el SE; actividad que en plena democracia, siguió eludiendo controles y procedimientos formales de reserva y registro.

Entre 2006 y 2015, la sociedad argentina atravesó importantes procesos de desclasificación masiva de documentación secreta (incluyendo leyes, decretos, documentación de la dictadura y órdenes internas de las Fuerzas Armadas, entre otras), en un contexto político y social de crecientes denuncias de corrupción y reclamos de transparencia.

Por último, se describió una quinta etapa (2015-2022) en la que diversos gobiernos ejecutivos procuraron reordenar los servicios de inteligencia y el SE, mediante la aplicación de diferentes regímenes legales o controles a su actividad. Los avances y retrocesos en la época son evidentes y revelan que, aunque se ha limitado cada vez más la categoría del SE, se ha legitimado la potestad clasificatoria del PE y, principalmente, los servicios de inteligencia, que conservan amplia discrecionalidad en el tema.

En conclusión, una práctica inicialmente circunscripta al PL -es decir, el órgano de gobierno donde reside la voz del pueblo por excelencia- fue paulatinamente delegándose a un organismo que no responde a los principios y resortes democráticos que rigen en las demás instituciones de gobierno.

VII. Referencias bibliográficas

AA.VV. *Vigilancia y democracia. Historia en diez países*, INCLO, 2016 (https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/06/Vigilancia-y-democracia_INCLO.pdf).

ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC). *Quién vigila a quienes vigilan. Estudio comparativo sobre sistemas de control de los organismos de inteligencia*, Policy paper - ADC, 2014.

----- *El (des)control democrático de los organismos de inteligencia en Argentina*, Privacy International - ADC, 2015.

BASTERRA, Marcela. "Las leyes secretas en Argentina. Su inconstitucionalidad", *La Ley*, LL 2006-D, 2006, p. 1158.

CALLONI, Stella. "Los archivos del horror del Operativo Cóndor", *Revista Covertaction*, EEUU, 1994, Material reeditado electrónicamente por Equipo Nizkor, Madrid, 1998, vol. 8.

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS). "Avances y retrocesos en la ley de inteligencia", Argentina, 2019.

CHIARINI, Sebastián - PORTUGHEIS, Rosa. *Plan Conintes. Represión política y sindical*, Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2014, pp. 42-43.

COMISIÓN BICAMERAL DE FISCALIZACIÓN DE LOS ORGANISMOS Y ACTIVIDADES DE INTELIGENCIA, "Informe sobre espionaje ilegal 2016-2019", 2020. Disponible en: <https://www4.hcdn.gob.ar/comisiones/especiales/cbinteligencia/Informe%20Comision%20Bicameral%20Inteligencia%202021-04-20.pdf>

Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, Congreso de la Nación Argentina, 18ª reunión – 11ª sesión ordinaria ,15 de junio de 2005.

Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Congreso de la Nación Argentina. Reunión 26, Sesión ordinarias – ordinaria 16/08/2006.

FUNES, Patricia. "De lo secreto a lo público. El epicentro de la violencia", *Revista Puentes* (6), 2006.

INICIATIVA CIUDADANA PARA EL CONTROL DEL SISTEMA DE INTELIGENCIA (ICCSI). *Acerca de la inteligencia criminal en Argentina. Apuntes para su discusión*. ICCSI, CELS, ILSED y Fundación Vía Libre, Argentina, 2021.

KENT, Sherman. *Inteligencia estratégica para la política mundial norteamericana*, Pleamar, Buenos Aires, 1994.

MALAMUD, Carlos. "Liberales y conservadores: los partidos políticos argentinos 1880-1916", *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*, Vol. 8 (Nº 1, enero), 1997.

NAZAR, Mariana. "La accesibilidad documental y sus limitaciones legales: los documentos secretos en la Argentina". *Ponencia presentada en V Congreso de Archivología del Mercosur, agosto* (Vol. 28), 2003.

OSZLAK, Oscar. "Reflexiones sobre la formación del Estado en Argentina", *Desarrollo Económico. Revista de Ciencias Sociales*, Vol. XXI, 1982.

SAGÜÉS, Néstor P. *Las leyes secretas (el sigilo legislativo en el derecho constitucional argentino)*, Depalma, Buenos Aires, 1977.

TERÁN, Oscar. *Historia de las ideas en la Argentina: diez lecciones iniciales, 1810-1980*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2019.

UGARTE, José Manuel. "La transparencia en inteligencia en América Latina", *Gladius et Scientia. Revista de Seguridad del CESEG*, no 1, 2019.

----- El control público de la actividad de inteligencia en América Latina, Ediciones CICCUS, Buenos Aires, 2012.

DISCUSIONES EN TORNO A LA COMPOSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: ARGUMENTOS ESTRATÉGICOS, BANALIZACIÓN DE LAS INSTITUCIONES Y EROSIÓN DEMOCRÁTICA*

DEBATES ON THE COMPOSITION OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE: STRATEGIC ARGUMENTS, TRIVIALIZATION OF INSTITUTIONS AND DEMOCRATIC EROSION

*Juan M. Mocoora***

Resumen: El artículo analiza una propuesta de reforma a la Corte Suprema de Justicia de la Nación aprobada por el Senado. Para hacer eso, pasa revista a los principales intentos de modificación a la integración del Tribunal en la historia de nuestro país. El criterio que se utiliza para hacer ese análisis es que las reformas sean exitosas. Esto es, que la composición de la Corte efectivamente fue alterada. Con este escenario en mente, el trabajo describe y critica los argumentos que se utilizaron para aprobar el referido proyecto en el Senado de la Nación. Finalmente, el texto concluye que esos argumentos son estratégicos, antes que institucionales con miras en el mejor funcionamiento de la Corte.

Palabras-clave: Corte Suprema - Sistema Institucional - Independencia judicial.

Abstract: The article analyzes a reform proposal to the Supreme Court of Justice approved by the Senate. To do this, it reviews the main attempts to modify the integration of the Court in the history of our country. The criterion used to carry out this analysis is that the reforms were successful. That is, that the composition of the Court was effectively altered. With this scenario in mind, the work describes and criticizes the arguments that were used to approve the

* Trabajo presentado el 7 de febrero de 2023 y aprobado para su publicación el 15 de marzo del mismo año. El texto fue preparado por el autor para la "Jornada de Actualización y Debate sobre Derecho Constitucional", celebrada el 25 de octubre de 2022 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), Panel No. 3: "El diseño institucional argentino: actualizaciones normativas, propuestas de reforma y funcionamiento".

** Abogado (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Master en *Global Rule of Law and Constitutional Democracy* (Universidad de Génova). Master en "Derecho y Argumentación Jurídica" (UNC); Master en "Derecho Administrativo" -medalla de oro por mejor promedio y reconocimiento al mérito por tesina final- (Universidad Austral). Docente de "Derecho Constitucional" (UNC) Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación Tipo I "La Constitución Nacional ante el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: Control de Constitucionalidad e Interpretación Constitucional" financiado por la Universidad Siglo 21. E-mail: jmmocoora@gmail.com

aforementioned project in the National Senate. Finally, the text concludes that these arguments are strategic, rather than institutional with a view to the better functioning of the Court.

Keywords: Supreme Court - Institutional system - Judicial Independence.

Sumario: I.- Introducción. II Dos aclaraciones textuales y algunos antecedentes. II.1. La ampliación de la CSJN (i): de cinco a siete en 1959. II.2 La ampliación de la CSJN (ii): de cinco a nueve en 1990. II.3 La reducción de la CSJN: de nueve a (otra vez) cinco en 2006. III. El último intento de reforma: el Proyecto aprobado en el Senado. IV. Alternativas no consideradas: incentivos procesales e integración de la CSJN. V. Cierre. VI. Bibliografía.

*Desgraciadamente no puede asegurarse que el
team de tres caballos del sistema americano de gobierno
esté tirando parejo y dos caballos solamente no pueden hacer
avanzar el carro cuando el tercero se echa al suelo*

Franklin Delano Roosevelt

I. Introducción

Las instituciones son las tuercas y tornillos que ajustan nuestra democracia. Establecen las competencias de los distintos órganos estatales y, con esto, qué es lo que ellos pueden hacer. Como comunidad, aceptamos estar gobernados por reglas, por instituciones, y nos comprometemos a respetar sus decisiones. Un buen criterio para identificar la salud de una democracia consiste en advertir cómo sus dirigentes (mal)tratan esa infraestructura jurídica y política.

En el último tiempo, el Poder Judicial es objeto de intentos de reforma. Las propuestas suelen ser más o menos drásticas y amplias¹. En este escenario, asistimos al enésimo intento de reformar la Corte Suprema (en adelante, “CSJN” o “Tribunal”). Se nos dice que debemos *aggiornar* una institución que fue pensada para otro tiempo y para otro país. Parecen fines muy nobles y bien intencionados, el problema, sin embargo, aparece cuando esos supuestos objetivos solo traslucen otros menos transparentes.

En este trabajo, describo las reformas a la composición de la CSJN a lo largo de nuestra historia institucional. Si bien la descripción es muy sucinta, lo cierto es que me enfoco sobre los intentos exitosos de reforma. Esto es, cuáles de estos intentos tuvieron impacto institucional, es decir, las reformas efectivamente proyectadas y aprobadas. Además, doy cuenta de los argumentos que se sostuvieron tanto para

(1) Véase, por ejemplo, el informe presentado el 23 de noviembre de 2020 por el “Consejo Consultivo para el fortalecimiento del Poder judicial y del Ministerio Público” creado por el Decreto 635/2020. El informe completo puede consultarse en https://drive.google.com/file/d/13_8T0beQ-cr-OC0lBjbgU-5Cv3zMxPZi1/view?usp=sharing (consultado por última vez el 24 de octubre de 2022).

proponerlas (y llevarlas a cabo) como para resistirlas. Mi hipótesis, a partir de esa descripción histórica, es que los presidentes intentan modificar la composición de la CSJN siempre que consideran que tienen proyectos políticos ambiciosos por implementar y que el Tribunal puede ser un obstáculo para ello. A partir de esto, describo el proyecto aprobado por el Senado de la Nación en fecha reciente. Finalmente, deslizo algunas conclusiones personales sobre los argumentos que supuestamente sostienen el Proyecto. Mi impresión es que se trata de argumentos estratégicos que buscan debilitar al Tribunal, que banalizan las instituciones y que tienden a erosionar nuestra democracia.

II. Dos aclaraciones textuales y algunos antecedentes

En primer lugar, dos aclaraciones textuales. Esto es, el fundamento de esas aclaraciones debe encontrarse en el propio texto constitucional:

(i). *La Constitución Nacional (CN) no establece el número de jueces que deben integrar la CSJN*

El art. 108, CN solo establece que el Poder Judicial será ejercido por una CSJN y por los demás tribunales inferiores que el Congreso determine.

Esto no siempre fue así. El texto de nuestra Constitución histórica de 1853 (art. 91) disponía que la CSJN estaría integrada “por nueve jueces y dos fiscales que residirá en la Capital”. Como sabemos, la reforma de 1860 modificó esta disposición. Según Joaquín V. González, “conformándose más al modelo, y a fin de que la justicia busque las causas en el lugar de su origen, y se ponga al alcance del pueblo de toda la Nación, suprimió la residencia obligatoria en la capital, y para que el Congreso, según las necesidades reales fijase el número de jueces necesarios”².

El “modelo”, es decir el diseño institucional de los Estados Unidos (en adelante, EE.UU), no establece el número de integrantes de la Corte Suprema (en adelante, SCOTUS). Por eso, es una competencia del Congreso establecer cómo estará integrada en lo que se refiere al número de integrantes. La situación más compleja respecto de este punto, se dio durante la presidencia de Roosevelt. Como es conocido, a partir de una interpretación conservadora de la Constitución, la SCOTUS rechazó casi todas las decisiones que venían siendo promovidas por aquel presidente. Dado que la SCOTUS parecía un obstáculo al logro de sus objetivos presidenciales, el 5 de febrero de 1937 envió un mensaje al Congreso para que se autorizara al Presidente a nombrar un nuevo magistrado -hasta un máximo de seis- cuando uno de los titulares alcanzara la edad de setenta años y no se retirara. En suma, Roosevelt estaba dispuesto a modificar la integración del tribunal -los “*nine old men*”-, por

(2) GONZÁLEZ, Joaquín V. “Manual de la Constitución Argentina”, en *Obras completas de Joaquín V. González*, Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, 1935, Tomo III, p. 503.

las buenas o por las malas. Para eso, promovió un proyecto conocido como *court packing plan*³: permitía la designación de un nuevo juez federal por cada uno de los existentes que habían estado en el cargo por diez años o más y que no se hubieran retirado dentro de los seis meses de haber cumplido los setenta años⁴.

Por supuesto, los argumentos a los que recurrió para esa intentona no radicaban en la oposición de la SCOTUS a sus políticas. Sostuvo que “*la Corte estaba atrasada en sus tareas... que, por necesidad de mantenerse al día, rehusaba escuchar el ochenta y siete por ciento de los casos sometidos en revisión por litigantes particulares y, finalmente, la capacidad de los mismos magistrados... ‘demasiado viejos o achacosos’... un asunto sumamente delicado y sin embargo uno que requiere franca discusión... en casos excepcionales, por supuesto jueces, como otros hombres conservan hasta una edad avanzada todo su vigor físico y mental. Los no tan afortunados, son a menudo incapaces por sus propias habilidades*”⁵.

Nuestra Constitución, al igual que en los EE. UU., atribuye al Congreso, entonces, un margen muy amplio de actuación. Es decir: puede establecer a su criterio, y según su solo criterio, cuál es la integración correcta para la CSJN. Ahora bien, a primera vista, podríamos pensar que existen supuestos en los que podríamos hablar de casos claros de *sobre-integración* -es decir, exceso en la cantidad de miembros del Tribunal, por ejemplo, cincuenta- o supuestos ostensibles de *infra-integración* -tres integrantes, por ejemplo-. Un buen criterio para identificar este tipo de situaciones, me parece, consiste en analizar cómo se ha desarrollado en la práctica de nuestro país esta cuestión.

A partir de lo que se dijo en (i), se sigue que es atribución del Congreso de la Nación determinar cuál será la composición de la CSJN.

Así lo ha hecho, a lo largo de nuestra historia constitucional: la Ley 27 (1862) lo fijó en cinco integrantes; la Ley 15271 (1960) en siete; la Ley 16895 (1966) volvió a

(3) Sobre este proceso en los EE. UU. recomiendo, entre otras obras, BIANCHI, Alberto B. *Historia constitucional de los Estados Unidos*, Cátedra, Buenos Aires, 2008, Tomo II, p. 107 y GAVIOLA, Carlos A. *El Poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, Editora Distribuidora Argentina, Buenos Aires, 1976, p. 146.

(4) Como recuerda GAVIOLA, “[n]o fue necesaria acción tan drástica, pues la Corte misma no había podido ser ajena al clamor público anterior ya al ataque de Roosevelt y pudo notarse en sus últimas sentencias síntomas favorables a una evolución”. Conf. GAVIOLA, Carlos A. *El Poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, op. cit. p. 148. Los movimientos de la SCOTUS pueden verse en los conocidos casos “*Nebbia v. New York*” (USSC, 291 U.S. 502 [1934]), “*West Coast Hotel v. Parrish*” (USSC, 300 U.S. 379 [1937]) y “*National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*” (USSC, 301 U.S. 1 [1937]). Se suele sostener entre los comentaristas que tuvo mayor incidencia en los movimientos de la SCOTUS una modificación a la legislación previsional que las propias acciones directas de Roosevelt. En efecto, al poco tiempo, el Congreso sancionó la Ley de Pensiones para la Corte Suprema. Según esta legislación, los magistrados podían acceder al beneficio de la jubilación con el sueldo íntegro que recibían como jueces al llegar a la edad de setenta años. De manera inmediata al dictado de esta ley, dos jueces que se habían opuesto con énfasis a la legislación del *New Deal* (Van Devanter y Sutherland) solicitaron su jubilación.

(5) Conf. GAVIOLA, Carlos A. *El Poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, op. cit. p. 147.

cinco; la Ley 23774 (1990) lo elevó a nueve y, finalmente, la Ley 26183 (2006) retornó a los cinco jueces originarios.

II.1. La ampliación de la CSJN (i): de cinco a siete en 1959

La integración de cinco miembros se mantuvo vigente en nuestro país por casi cien años. Desde la puesta en funcionamiento de la CSJN por la ley 27, en 1862, hasta 1960. Aun cuando hubo varios intentos de ampliar su composición originaria, esta se mantuvo inalterada. Por ejemplo, el Gobierno de Facto que interrumpió el orden constitucional el 6 de septiembre de 1930 pretendía, a través de una reforma constitucional, elevar el número de integrantes a un mínimo de catorce y dividirla en salas⁶. Fue recién en la década del sesenta del siglo veinte cuando esos intentos adquirieron mayor presencia. Para eso, la posición de la propia CSJN resultará fundamental: ella misma hizo saber su preocupación por el correcto funcionamiento del Tribunal.

Los motivos de esta preocupación se refieren a la acumulación de causas en los estrados del Tribunal. Como recuerda Martín Oyhanarte (h), el entonces presidente de la CSJN, Alfredo Orgaz, solicitó al Poder Ejecutivo Nacional (en adelante, "PEN") que se llevara a cabo un estudio sobre la posible reforma⁷. La CSJN, por su parte, a través de la Acordada del 25 de agosto de 1958 respondió un oficio que le enviara el entonces Presidente de la Nación, Doctor Arturo Frondizi. En el oficio, el titular del PEN estimaba de "*sumo interés la opinión [del Tribunal] acerca de la oportunidad y conveniencia de aumentar el número de jueces que [lo] integran, con asignación de salas con competencia determinada*". En su respuesta, la CSJN en plano recomendaba con "*toda necesidad y urgencia aumentar a nueve el número de miembros del Tribunal, en consideración al elevado monto de causas que durante los diez años últimos, sobre todo, han llegado regularmente a conocimiento de la Corte*"⁸. En esa misma oportunidad, además, requería que "*haga posible la división en salas a fin de dar pronto despacho a un gran número de causas... que no constituyen el trabajo realmente propio de una Corte Suprema*". El juez Aristóbulo Aráoz de Lamadrid, de todos modos, señaló que: "*... la alteración del número de los miembros del Tribunal tiene implicaciones y trascendencia institucionales y económicas, conducen a estimar prudente que sean los poderes políticos de la Nación, quienes en ejercicio de sus atribuciones privativas determinen la oportunidad de poner en movimiento la acción legislativa pertinente, una vez que este Tribunal suministre la información atinente a las dificultades de orden material que pudieran subsistir*"⁹.

(6) Conf. GARCÍA MANSILLA, Manuel J. "Es constitucional la división de la Corte Suprema en salas", *Revista Jurídica Austral*, Vol. 1, N. 2 (diciembre 2020), pp. 462-463.

(7) OYHANARTE, Martín (h). "La Corte del 60: Poder moderador ante una democracia cercada (1958-1966)", en SANTIAGO, Alfonso (h) (Dir.), *Historia de la Corte Suprema Argentina*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, Tomo II, pp. 672-673.

(8) Conf. CSJN, Fallos, 241:112 (1958), la referencia en p. 113.

(9) Conf. CSJN, Fallos, 241:112 (1958), la referencia en p. 114.

La división en salas, a decir verdad, no podía considerarse emplazada ni en los antecedentes del Tribunal ni en el desarrollo constitucional de los EE. UU. Es por eso que esta idea resalta con razón Oyhanarte (h), “*tendía a alejar [a la CSJN] de [I] modelo [...] estadounidense y a acercarse a un modelo típico del Derecho europeo continental, en donde la Corte es un tribunal de casación con competencia general, numerosos miembros y salas con competencias específicas*”¹⁰.

Las críticas, por supuesto, no se hicieron esperar. Bielsa, por ejemplo, señaló que el aumento de jueces conduciría “*fatalmente a una mayor demora en la decisión de los casos fallados [...] si tres jueces ven un asunto en quince días, cinco necesitan veinticinco, y nueve jueces, cuarenta y cinco días*”¹¹. En lo que se refiere a la división en salas, a partir de la interpretación literal del (actual) art. 108 de la Constitución se dijo que sería inconstitucional. Pues el Congreso carece de competencia para dividir la CSJN de este modo. Es que, en definitiva, “*la medida redundaría en la pérdida de la unidad que es esencial en la cima de toda jurisdicción*”¹².

Charles Evans Hugues, integrante de la SCOTUS entre 1910 y 1916, había adelantado los mismos argumentos en los EE. UU. En efecto, ante el intento de Roosevelt de reformar la integración de la SCOTUS, sostuvo: “*El resultado sería contraproducente; habría que escuchar más jueces, conferenciar con más jueces, discutir con más jueces, convencer o ser convencidos por más jueces... se podría sugerir que la Corte actuara en salas con tres jueces cada una... la Constitución habla de ‘una’ Suprema Corte y no parece autorizar dos o más salas de una Corte actuando como cortes separadas. No puede tampoco concebirse que decisiones de fundamental importancia dependan de quienes fueron los tres jueces que intervinieron*”¹³.

El proyecto de ampliación, finalmente, fue aprobado en 1960 con un escaso tratamiento, debate y difusión¹⁴. La ley 15271 determinó que los integrantes de la CSJN serían siete, dos menos que en EE. UU., y facultó al tribunal a dividirse en salas para entender en todas las cuestiones sometidas a su competencia, con excepción de las cuestiones sobre inconstitucionalidad o de competencia originaria¹⁵, que deberían ser tratadas en pleno. La reforma duró poco: hasta 1966, en que por Ley 16895, el Congreso volvió a fijar la composición del Tribunal en los originarios cinco integrantes.

(10) Conf. OYHANARTE, Martín (h). “La Corte del 60: poder moderador ante una democracia cercada (1958-1966)”, *op. cit.* p. 673.

(11) *Ibidem*, p. 673.

(12) *Ibidem*, p. 674.

(13) Citado por GAVIOLA, Carlos A. *El Poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, *op. cit.* p. 147. Estas mismas expresiones son recogidas por la CSJN en Fallos 312:1513 (la referencia se encuentra en p. 1515).

(14) Conf. OYHANARTE, Martín (h). “La Corte del 60: poder moderador ante una democracia cercada (1958-1966)”, *op. cit.*, p. 674.

(15) *Ibidem*, p. 675.

II.2. La ampliación de la CSJN (ii): de cinco a nueve en 1990

El ex presidente Menem -recuerda el periodista Horacio Verbitsky- decía que no tenía intenciones de modificar la estructura de la CSJN¹⁶. Pero aquel compromiso duró poco. En cuanto pudo, amplió su integración, designó algunos amigos de escasos antecedentes y apalancó sus políticas en decisiones judiciales. Menem comprendió que no impondría su agenda política con una justicia independiente. La hipótesis del libro de Verbitsky está expresada en su subtítulo: una Corte a medida posibilita construir un poder absoluto, sin control y sin justicia.

Los argumentos de entonces son similares a los de ahora: sobrecarga de trabajo y excesiva demora en la resolución de casos. La solución es la misma: ampliación de la integración del tribunal. El 17 de abril de 1990, el presidente Carlos Menem promulgó la Ley 23774 (1990) que ampliaba el número de integrantes de la CSJN a nueve miembros. Al día siguiente, envió al Congreso los pliegos de los nominados. El 19 del mismo mes y año, el Senado prestó acuerdo a sus designaciones. Lo hizo en escasos siete minutos de una sesión secreta.

La opacidad de este procedimiento, por el carácter secreto de esa sesión y por el despreocupado tratamiento de sus antecedentes, tuvo importantes consecuencias -negativas- institucionales en nuestro país. Pero también marcó, en este ámbito, los objetivos de la Convención Constituyente de 1994. Por eso, la reforma estableció que para esta designación se requería de una mayoría calificada de dos tercios de los miembros presentes del Senado y que el tratamiento de los nominados debía ser realizado en “sesión pública, convocada al efecto” (artículo 99 inc. 4, CN).

La difusión, por los medios periodísticos de entonces, de las intenciones del PEN de ampliar la integración de la CSJN motivó que ella brindara su posición sobre el asunto. Lo hizo a través de la Acordada 44/89¹⁷. El objeto de esta acordada era sentar una posición sobre dos aspectos del proyecto del PEN: (i) la composición del Tribunal y (ii) algunos aspectos de su competencia -i.e., *certiorari*, incorporado al artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación-.

En primer lugar, la CSJN explica por qué opinaría sobre el asunto¹⁸. La justificación de esto es obvia: desde los albores de su jurisprudencia, ha aclarado que los tribunales en nuestro sistema constitucional solo pueden expedirse en un “caso”,

(16) VERBITSKY, Horacio. *Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia y sin control*, Planeta, Buenos Aires, 1993.

(17) CSJN, Fallos, 312:1513 (22/09/89).

(18) El punto es tan relevante que, incluso, en la Acordada puede verse la disidencia del entonces Presidente de la CSJN. Allí, el Doctor José Severo Caballero sostuvo: “una resolución de la Corte Suprema dictada por medio de Acordada aparecería alterando la conducta y la jurisprudencia tradicional del cuerpo de no expedirse en abstracto, ni aun ante consultas (Fallos: 2:254; 34:62; 73:122, y muchos otros)”. Agregaba que no hay disposición jurídica en el ordenamiento jurídico que autorice “pronunciamientos genéricos sobre la oportunidad y conveniencia de pretendidas reformas a las leyes que regulan la composición de la Corte Suprema y aspectos de su competencia”. Conf. CSJN, Fallos, 312:1513, p. 1519.

“causa” o “controversia”. En efecto, “[e]n nuestro sistema constitucional la existencia de un caso judicial es una precondition para la intervenci3n de los tribunales nacionales y constituye un requisito sine qua non de su accionar”¹⁹.

Sin embargo, sostiene que “no puede permanecer ajena a una circunstancia de tan seria repercusi3n sobre las instituciones republicanas, en la medida en que compromete, precisamente, el funcionamiento de la cabeza de uno de los poderes que, seg3n la Constituci3n Nacional, gobiernan la Naci3n, y cuya misi3n por excelencia es la de custodiar la supremacía de la Ley Fundamental y ser el garante final de los derechos y garantías en ella consagrados. Resulta, entonces, un imperativo ético e institucional que esta Corte contribuya al esclarecimiento de un tema tan capital, máxime cuando su experiencia y juicio, por vincularse con puntos básicos de su organizaci3n, parece tener un valor difícilmente sustituible”.

En lo que se refiere a la soluci3n propuesta para enfrentar los problemas identificados -i.e., aumento de casos y de delegaci3n de funciones- sostiene que “media una distancia que no puede ser recorrida sin grave riesgo”. Agrega que (i) si el Tribunal debe actuar por la Constituci3n como una unidad, el aumento de sus componentes carece de todo influjo en la magnitud del ingreso de las causas a decidir y (ii) en tales condiciones, ese igual numero de litigios deber3 ser estudiado -no por cinco sino- por nueve jueces. De esto se sigue, seg3n la CSJN, que “la suma de miembros para un 3rgano unitario no es un vehículo conducente para variar el ingreso de expedientes; ni para aliviar lo que constituye el quehacer primordial de los magistrados: resolver los litigios; ni para agilizar el curso de los procesos”. La imagen, para ella, no puede ser más desoladora: “[d]ebates interminables, multiplicaci3n de votos dispares que impiden establecer criterios jurisprudenciales claros y previsibles, inseguridad jurídica, prolongaci3n de las situaciones litigiosas, entre otros, son los efectos contraproducentes más notorios”²⁰.

En fin, para la CSJN, aun cuando es una potestad del Congreso determinar el número de sus integrantes, no puede hacerlo de cualquier manera. Pues, al decir de Joaquín V. González²¹, debe atenderse a las “necesidades reales” del paí22.

II.3. La reducci3n de la CSJN: de nueve a (otra vez) cinco en 2006

En el ańo 2003, el entonces presidente de la Naci3n dict3 el decreto 222/2003, llamado de “Autolimitaci3n presidencial para la designaci3n de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Naci3n”. Seg3n sus fundamentos, el decreto estaba destinado a modernizar ese procedimiento a trav3s de una mayor participaci3n colectiva. Esto se aseguraría con la posibilidad ciudadana de observar o adherir a

(19) Entre muchos otros precedentes, sin ser exhaustivos, pueden citarse entre otros: CSJN, Fallos: 340:1084; 341:1356; 342:853.

(20) Conf. CSJN, Fallos 312:1513. La cita textual la extraigo de p. 1515.

(21) GONZÁLEZ, Joaquín V. “Manual de la Constituci3n Argentina”, *op. cit.* p. 503.

(22) La CSJN remarca esta circunstancia en CSJN, Fallos 312:1513. El énfasis puede verse en p. 1517.

las candidaturas. Esta mayor exposición favorecería el debate social sobre la trascendencia institucional de las designaciones.

Este punto es muy importante. Puesto que, aun cuando la designación de un integrante de la CSJN es un acto de mucha relevancia, suele pasar casi desapercibido por un sector importante de la ciudadanía. Hasta no hace mucho tiempo, parecía ser una cuestión que solo le interesaba a “políticos” y abogados. En un pasaje de sus memorias, el ex presidente de los EE. UU. Barack Obama reconocía este punto. Incluso, plantea casi una paradoja: en ocasiones, su trabajo más importante como presidente pasaba desapercibido para la gente. Entre una de esas tareas que parecía no importarles a nadie, señalaba, la designación de los integrantes de la Corte sobresale de modo ostensible²³.

La eficacia del decreto 222/2003 fue, sin embargo, dispar. Al comienzo de su implementación, coadyuvó al recupero de la legitimidad perdida por una institución desprestigiada socialmente. Lo hizo tanto por las cualidades de los nuevos integrantes como por el procedimiento llevado a cabo para su designación. No obstante, algunos sucesos posteriores demostraron la debilidad de la herramienta. Ella dependía de la buena voluntad de su autor; pues, como cualquier autorrestricción, podía desobedecerse sin consecuencias prácticas.

Esta situación fue ostensible con la renuncia de Augusto Belluscio y la destitución de Antonio Boggiano. Vencido el plazo fijado para motorizar la designación de sus reemplazantes, el PEN no propuso ningún postulante²⁴. Esto paralizó sobre temas controvertidos a una CSJN integrada efectivamente por siete miembros, pero conformada legalmente por nueve²⁵. Repárese que para adoptar una decisión necesitaba el acuerdo de cinco de sus integrantes, una situación insólita en la que el propio gobierno la había colocado, como sostuvo Roberto Gargarella, por “astucia o irresponsabilidad”²⁶. Además, en aquel entonces, la CSJN implícitamente parecía haber decidido que no se integraría con conjuces. El problema, es obvio, era que se terminaron “dilatando así ilegalmente la solución de numerosos casos”²⁷.

(23) OBAMA, Barack. *Una tierra prometida*, traducción de Andrés Barba, Carmen M. Cáceres, Efrén del Valle, Marcos Pérez Sánchez y Francisco J. Ramos, Debate, Buenos Aires, 2020, pp. 465-466.

(24) MOCOROA, Juan M. “Atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional”, en Hernández, Antonio (h) (Dir.), *Derecho Constitucional, La Ley*, Buenos Aires, 2013, Tomo II.

(25) Una excelente descripción de todos los problemas y las opiniones de los actores relevantes en aquel entonces puede verse en LITVACHKY, Paula - ZAYAT, Demián. “Procesos de cambio en la justicia argentina: Hacia un nuevo modelo de Corte Suprema y el futuro del Consejo de la Magistratura” en CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2007* Siglo XXI Editores, Buenos Aires, p. 115-150, en especial, p. 131 y ss.

(26) GARGARELLA, Roberto. “Nueva mayoría en la Corte”, *La Nación* del 12 de septiembre de 2006.

(27) RIVERA, Julio César (h.) - LEGARRE, Santiago. “Quórum y mayoría en la Corte Suprema”, *Jurisprudencia Argentina*, 2008, pp. 1424 - 1450.

El contexto era tan complejo que algunos autores plantearon soluciones novedosas para salir de la encerrona. Gargarella recomendaba que la CSJN dispusiera, como máxima autoridad jurídica del país, que tomara sus decisiones con la mayoría propia del número de integrantes que la conformaban en aquel momento, mientras se mantuviera la inacción del PEN. Adviértase que esta solución, en los hechos, resultaba contraria a lo dispuesto por el art. 23 del decreto-ley 1285/1958, en tanto dispone que “... las decisiones de la Corte Suprema se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los jueces que la integran, siempre que éstos concordaren en la solución del caso; si hubiere desacuerdo, se requerirán los votos necesarios para obtener la mayoría absoluta de opiniones...”²⁸. Martín Böhmer propuso una salida aún más heterodoxa: si la CSJN debía resolver un caso, y si algunos de sus ministros se encontraban en minoría de tres, deberían poner en manos del azar el sentido de su decisión y sortear cuál de ellos firmaría el quinto voto necesario para hacer mayoría²⁹.

Esta situación recién se subsanó legalmente con el dictado de la ley 26183, que redujo a cinco el número de integrantes del tribunal.

III. El último intento de reforma: el Proyecto aprobado en el Senado

En un hecho relativamente reciente, el Senado de la Nación aprobó un nuevo proyecto de modificación de la integración de la CSJN. En una sesión especial convocada el 22 de septiembre, que duró siete horas y treinta y nueve minutos, el proyecto fue sancionado por 36 votos positivos y 33 negativos³⁰. El texto del proyecto tiene escasos cinco artículos, contando el último de forma: (i) amplía a quince los integrantes del Tribunal; (ii) establece una cláusula de transición: hasta que la CSJN esté definitivamente integrada, sus decisiones se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los miembros que la integren al momento de adoptarlas; (iii) reafirma que los actuales jueces conservarán sus cargos; y (iv) dispone que la implementación de la ley se hará una vez que se cuente con el crédito presupuestario necesario para la atención del gasto que ello demande. El proyecto originario, presentado por los Senadores Mayans y Fernández Sagasti era idéntico. Con una excepción: el número de integrantes. El original lo establecía en veinticinco, el aprobado en quince.

Los argumentos son los mismos que se sostuvieron en 1990:

(28) Un análisis muy detenido sobre esta cuestión, en RIVERA, Julio César - LEGARRE, Santiago. “Quórum y mayoría en la Corte Suprema”, *op. cit.*. También, LEGARRE, Santiago, “Más sobre quórum y mayoría en la Corte Suprema: sentencias ‘2-1’ en un tribunal de cinco miembros”, *Revista de historia del derecho*, 2015 (49), en <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10415> (consultado por última vez el 25 de octubre de 2022).

(29) BÖHMER, Martín. “Los derechos y el azar”, en *La Nación* del 1 de noviembre de 2006.

(30) La sesión completa puede verse en <https://www.youtube.com/watch?v=1xTP3RJPBis> (consultado por última vez el 25 de octubre de 2022).

- (i) cúmulo de casos a resolver por el Tribunal, lo que conlleva una considerable demora en la tramitación de los procesos judiciales;
- (ii) exagerada delegación de tareas en los secretarios.

De todas maneras, existe algún aire innovador:

- (iii) necesidad de representación federal y de género;
- (iv) división en salas por especialidad;
- (v) antecedentes del derecho comparado (“acorde a las mejores experiencias internacionales”, se dijo) que demostrarían que nuestra CSJN estaría infra-integrada.

Como dije, el proyecto original modificaba la integración del tribunal elevándola a veinticinco miembros. De esta forma, decían los autores del proyecto, podría darse participación a las provincias³¹. Recordemos que el 23 de mayo un conjunto de dieciséis gobernadores firmaron un documento en el que reclamaban la conformación de una “Corte más Federal”. Además, se sugería la división en salas.

Tengo la impresión de que estos argumentos son más estratégicos que reales. El aumento de integrantes de la Corte incrementa la negociación política y el bloqueo; incentiva una especie de conteo de votos para ver quiénes están de un lado y quienes están del otro; dificulta la selección y su desempeño posterior; y, además, ralentiza los procesos.

Esto fue advertido por la (entonces) senadora Cristina Fernández de Kirchner en el tratamiento de la ley 26183: *“Este ‘toma y daca’, que siempre se ha caracterizado por ser presentado bajo el paraguas de grandes estadistas en el marco de importantes negociaciones, fue nada más que eso: un simple ‘toma y daca’ o canje de cosas”*.

La experiencia ha comprobado, además, que la ampliación ralentiza los tiempos. Si esto es así, el objetivo no está en la eficiencia judicial. Más integrantes en el tribunal conlleva mayor dispendio de recursos, mayor cantidad de voluntades para resolver, mayor demora en alcanzar una decisión definitiva. Tal y como sostuvo la propia CSJN: *“[L]a reforma de la composición dificulta y demora el ejercicio de las funciones de la Corte y reduce su autonomía, en la medida en que se la somete al riesgo de una eventual paralización o importancia que originaría un número de miembros que, amén de injustificado, dificultaría enormemente la toma de decisiones de un cuerpo que debe pronunciarse como unidad, sin que siquiera se avizoren los presuntos beneficios”*³².

(31) GARGARELLA, Roberto. “Una Corte Federal: menos democracia, menos derechos”, *La Nación* del 27 de mayo de 2022.

(32) CSJN, *Fallos* 312:1513, la referencia en p. 1518.

La división en salas es resistida por la mayoría de los académicos: tiene problemas conceptuales, institucionales y constitucionales. Lo primero porque la Corte solo excepcionalmente resuelve casos relativos al derecho común. Su función principal recae sobre cuestiones constitucionales relativas a la supremacía del derecho federal. Este rol institucional debería alertarnos, además, sobre los criterios para seleccionar sus integrantes. La división implica “muchas cortes” que se expiden sobre temas diversos; esto podría facilitar la manipulación del tribunal, su presión y su independencia. Finalmente, un argumento literal: el artículo 108 de la Constitución se refiere a “una” Corte, no a varias.

Como dice García Mansilla, esta idea desnaturaliza el rol constitucional del tribunal como guardián de la Constitución; la desvía del foco principal de resolver casos constitucionales trascendentes; la convierte en una instancia adicional que dilatará los juicios y a la que todo litigante aspirará a llegar³³. Esto también era compartido por la (entonces) senadora Fernández de Kirchner: “*La división en salas... rompería el criterio de tribunal único e intérprete definitivo de la constitucionalidad de las leyes*”.

En el debate en el Senado, un Senador oficialista sostuvo que la discusión sobre las modificaciones duró más de seis meses. Pero, hecho a las apuradas, sólo parece una mera cuestión aritmética. Que cinco miembros es poco, que veinticinco es mucho, que los intereses federales de las provincias. Ningún argumento serio dirigido a solucionar las dificultades del Poder Judicial. Ni siquiera esas referencias se basan en un diagnóstico certero sobre cuáles son los supuestos problemas que se quieren resolver. Y, en particular, respecto de cómo el medio seleccionado -i.e., ampliación de integrantes- puede ser eficaz para enfrentar las dificultades en el desempeño de la CSJN.

Para ese Senador, una CSJN integrada sólo por cuatro miembros hombres no puede zanjar las diferencias y las desigualdades de la sociedad. En resumen, nos propone una Corte federal, plural y heterogénea, que respete la paridad de género.

Me animo a decir que el proyecto, sin embargo, banaliza absolutamente todo: la cuestión de género, el federalismo y el rol de la Corte.

Banaliza la “cuestión de género”, porque la incluye como excusa para proponer una alteración drástica de la integración del tribunal, sin precedentes en nuestro país y sin considerar sus competencias constitucionales. Por eso, podemos recordar lo que dijo la CSJN en la Acordada 44/89: “*Las brascas alternativas en su composición, aunque entren formalmente en las atribuciones legales de otros poderes, en los hechos afectan tales valores, los cuales deben ser especialmente preservados para asegurar [la] esperanza [de la experiencia de transitar por el camino de las instituciones constitucionales sea*

(33) GARCÍA MANSILLA, Manuel J. “Es constitucional la división de la Corte Suprema en salas”, *op. cit.*, pp. 492-493.

esta vez verdadero y sólido], *surgida tras vicisitudes históricas amargas, prolongadas y reiteradas*³⁴.

Además, si el oficialismo estuviera comprometido con la cuestión de género ya hubiera propuesto una candidata para reemplazar a Elena Highton de Nolasco. Esa vacante se produjo hace más de un año; sin embargo, es el oficialismo el que permite que esa silla continúe vacía. Además, podría haber recurrido a nuestros antecedentes sobre la composición del Tribunal. Para eso, podría haber determinado la composición en siete o nueve y, además, fijar que la CSJN solo podría ser integrada con candidatas mujeres.

También banaliza el federalismo y a la propia CSJN. La CSJN no representa a las provincias, esa es una función del Senado de la Nación. Como sostuvo “... la Corte no es ni debe ser un órgano ‘representativo’, ni mucho menos un órgano destinado a expresar, de modo especial, a la voz de los gobernadores de las provincias”³⁵. Ella debe resolver casos constitucionales, asegurar la supremacía constitucional y tutelar los derechos constitucionales. Pero, además, desconoce la jurisprudencia de los últimos años del Tribunal que, a decir verdad, tiene una tendencia a decidir a favor de los intereses locales. Aun cuando al Gobierno nacional no le plazcan esas decisiones³⁶.

En lo que se refiere a la invocación del derecho comparado, francamente no resiste el menor análisis. El empleo del derecho comparado para el análisis de las instituciones propias de un país, usualmente, puede tener dos finalidades: (i) proponer una mejor interpretación de las instituciones vigentes y (ii) postular la incorporación y proliferación de los llamados “trasplantes” institucionales³⁷.

Esto es así porque, como señala Héctor Mairal, “es fácil copiar una norma, pero no lo es tanto descubrir las reglas que la condicionan y que le permite funcionar armónicamente dentro de su sistema de origen”³⁸. Por eso es conveniente distinguir los elementos estructurales de los fungibles de un sistema y, a partir de eso, efectuar la comparación de que se trate³⁹. Las advertencias están dirigidas a rechazar la adopción mecánica

(34) CSJN, *Fallos*: 312:1513, p. 1514.

(35) GARGARELLA, Roberto. “Una Corte Federal: menos democracia, menos derechos”, *op. cit.*

(36) Resulta paradigmático, en este sentido, el caso decidido en CSJN, *Fallos*: 344:809 (“Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad [04/05/2021]”).

(37) Sobre esto, véase MOCOROA, Juan M. *Deferencia Judicial & Discrecionalidad: Contexto, Limitaciones y Proyecciones para el Derecho Argentino* (en preparación).

(38) MAIRAL, Héctor A. “Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino”, en URRIGOITY, Javier (Coord.). *Estudios de Derecho Administrativo*, II, IEDA, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 42.

(39) Conf. MAIRAL, Héctor A. “Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino”, *op. cit.* y GARCÍA MANSILLA, Manuel - RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público Argentino*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 5 - 8. En lo que hace específicamente a las propuestas de reformas

de soluciones foráneas. En cualquier caso, la actividad del intérprete debe ser reflexionar cuidadosamente las condiciones de producción de esas soluciones, como así también su impacto sobre el derecho local⁴⁰.

Si hiciéramos esta tarea, las manifestaciones relativas al derecho comparado serían francamente irrelevantes. Esto es así porque las comparaciones que se efectuaron, aun cuando relativa a países de la región, desconocen el rol de la CSJN. Los países que se invocaron como antecedentes se refieren a tribunales constitucionales a la europea, que tienen una integración distinta.

La división en salas, aun cuando no aprobada en el proyecto, tampoco se condice con nuestro sistema institucional, tal y como ya lo adelanté. Nuestra CSJN no es un tribunal de casación con competencia *nomifiláquica* en la interpretación del derecho común. Cualquier intento en este sentido, además, resultaría contrario al propio federalismo: el artículo 75 inciso 12, CN establece expresamente que la interpretación del derecho común corresponde a la justicia provincial.

Por último, y en un sentido más general, banaliza nuestras instituciones. El principal argumento oficialista se refirió al desprestigio del Poder Judicial. ¿La solución? Ampliar el número de integrantes. Cómo se vincula ese diagnóstico con la reforma propuesta es el gran interrogante que no se nos explicó. Lo mismo dijo la CSJN en la Acordada 44/89: “no expresa las concretas razones por las cuales el arbitrio propuesto sería el medio idóneo para conjurar el estado de cosas que lo motivaría”⁴¹.

La manipulación institucional tiene costos en términos de percepción y generación de confianza. La distorsión entre aquello que nos dicen que vienen a hacer y lo que realmente hacen con las reglas que nos gobiernan incide en nuestra evaluación de su fortaleza y confiabilidad. Los problemas de confianza en el Poder Judicial no se solucionan con más integrantes en la Corte. Más jueces sólo demoran decisiones que pueden ser urgentes.

El actual juez de la CSJN, Carlos Rosenkrantz, hace muchos años decía que la confianza presupone estar dispuestos a creer en otros o estar dispuestos a ponernos en manos de otros y sentirnos seguros haciéndolo⁴². Las instituciones públicas tienen una función muy relevante en la generación de confianza y en su preservación.

a la CSJN y el uso del “derecho comparado”, véase GARCÍA MANSILLA, Manuel J. “Es constitucional la división de la Corte Suprema en salas”, *op. cit.*, pp. 485 - 488.

(40) GARCÍA MANSILLA, Manuel - RAMÍREZ CALVO, Ricardo. *Las fuentes de la Constitución Nacional*, *op. cit.*; TAWIL, Guido S. “El estudio del Derecho Comparado y su incidencia en el desarrollo del derecho interno”, *Id. Estudios de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 589.

(41) Conf. CSJN, *Fallos* 312:1513, p. 1514.

(42) ROSENKRANTZ, Carlos F. “Confianza en el derecho”, en Rosenkrantz, Carlos F. - Bergman, Marcelo (Coord.), *Confianza y derecho en América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica - CIDE, 2009, p. 103.

Cuando no podemos sentirnos seguros con ellas, cuando son tan débiles que están a merced de algunos, como ciudadanos careceremos de todo resguardo.

El problema, sin embargo, es general: no solo se refiere a dificultades individuales. Antes bien, la desconfianza que genera la manipulación de las instituciones tiene un impacto sistémico: generan déficits estructurales y erosionan al sistema. Como sostienen Levitsky y Ziblatt, aun cuando suele creerse que nuestras democracias mueren a manos de hombres armados, existen modos menos dramáticos pero igual de destructivos de demolerlas. Su punto es que, en general, *“las democracias se erosionan lentamente, en pasos apenas apreciables”*⁴³. El mío es que, en fin, con proyectos como el descrito la erosión democrática realiza avances agigantados.

IV. Alternativas no consideradas: incentivos procesales e integración de la CSJN

Si el Congreso estuviera realmente interesado en disminuir el trabajo de la CSJN, podría tomar medidas mucho menos drásticas, pero más eficientes. Algunos autores han propuesto la institucionalización de la vinculatoriedad de los precedentes. Esto debería disminuir los casos en que la CSJN deba intervenir.

Otra cuestión a analizar podría ser el efecto del recurso extraordinario, al menos en algunos casos. Un porcentaje importante de las causas que tiene que conocer nuestra CSJN, vía recurso extraordinario, se refiere a recursos presentados por el propio Estado Nacional. Hace unos años, una estadística la Procuración del Tesoro de la Nación indicaba que aproximadamente el 75% de los casos en los que el Estado era parte, se referían a cuestiones previsionales y laborales en las que la demandada era la ANSES y las Fuerzas de Seguridad y Fuerzas Armadas. Esos juicios, en su gran mayoría, terminan con sentencias de la CSJN. En todos los casos, o en la mayoría de ellos, por instrucción de sus superiores, los abogados del Estado interponen recursos extraordinarios para cuestionar las decisiones de las distintas Cámaras Federales. La interposición de ese recurso, como sabemos, tiene efectos suspensivos. Es decir, impide la ejecución de sentencia hasta que el recurso sea denegado o, si es concedido, la CSJN se expida sobre el tema; más allá de la posibilidad de ejecución anticipada, por supuesto.

El sistema genera incentivos muy claros; recurrir todas las decisiones. De esta manera, será el próximo gobierno, otro funcionario, quien deba afrontar el pago de esos pleitos. Una medida a la que se podría recurrir para desincentivar esta práctica de recurrir todas las decisiones, cuando ellas se contraponen con decisiones asentadas de la CSJN, podría ser otorgarle al recurso efecto no suspensivo. De esta manera, podía también desincentivarse esa práctica recurrente de recurrir para que pague otro gobierno.

(43) LEVITSKY, Steven - ZIBLATT, Daniel, *Cómo mueren las democracias*, traducción de Gema Deza Guil, Ariel, Buenos Aires, 2018, *passim*.

Además, debería tenerse en cuenta la integración de la CSJN en sí misma. Pensar la composición de la Corte es una tarea inescindible de sus funciones constitucionales. En nuestro sistema, insisto, debe ocuparse de cuestiones constitucionales y federales: asegurar la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos más fundamentales. Sólo de manera excepcional puede conocer temas relativos a aquello que se conoce como derecho común. Esto es, temas laborales, penales, civiles y comerciales que no se refieran a una cuestión constitucional.

Esto es importante, porque tomar conciencia de esta cuestión podría ayudar en propuestas alternativas más alentadoras de la institucionalidad y de nuestros problemas cotidianos. La práctica llevada a cabo en nuestro país de designar a jueces no especialistas en derecho federal puede tener consecuencias en el trabajo de la CSJN. Oyhanarte, por ejemplo, ha argumentado con perspicacia que el caso argentino muestra que una tendencia a seleccionar candidatos con experiencia no centrada en derecho constitucional podría conducir a una expansión indeseable de la competencia y el volumen de casos decididos por la Corte⁴⁴. Las razones no son difíciles de encontrar: jueces especialistas en derecho común tienen incentivos para desarrollar argumentaciones más amplias sobre los temas que, quizás, han estudiado toda su vida y sobre los que querrán dejar una “huella”.

V. Cierre

En este breve trabajo, analicé el reciente proyecto aprobado por el Senado de la Nación para reformar la integración de la CSJN. Antes de enfocarme en el Proyecto aprobado en sí mismo, me detuve a considerar los intentos exitosos de reforma del Tribunal. De este modo, pasé revista a algunas de esas modificaciones, y a los argumentos vertidos por los operadores relevantes en esas ocasiones. Finalmente, describí y critiqué los argumentos que se utilizaron para aprobarlo. Sostuve, en líneas generales, que se trataba de argumentos estratégicos, antes que institucionales con miras en el mejor funcionamiento de la CSJN. Mi intuición es que esos argumentos se solapan con otros no proferidos.

Murillo, Levitsky y Brinks, en una publicación reciente, demuestran que el debilitamiento institucional puede ser una estrategia política⁴⁵. En esta línea, a mi modo de ver, el proyecto de modificación de la integración de la CSJN está dirigido a debilitar al Poder Judicial y no, por el contrario, a acercarlo a la ciudadanía o dar respuestas a sus necesidades.

(44) OYHANARTE, Martín (h). “Supreme Court Appointments in the U.S. and Argentina”, *Washington University Global Studies Law Review*, 2021, Vol. 20, Num. 4, pp. 697-741.

(45) MURILLO, María Victoria - LEVITSKY, Steven - BRINKS, Daniel. *La ley y la trampa en América latina. Por qué optar por el debilitamiento institucional puede ser una estrategia política*, traducción de Ana Bello, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2021, *passim*.

El énfasis en la perspectiva institucional debería permitir que nos alejáramos del análisis aritmético *-i.e., si quince, si veinticinco-*. Ese distanciamiento, a su vez, favorecería que podamos advertir el impacto más amplio sobre el sistema. Esto ya lo había advertido el ex ministro de la CSJN Jorge Bacqué, que renunció cuando se produjo la ampliación del Tribunal durante la gestión del ex Presidente Menem. Antes que batallar con disidencias solitarias, él decidió distanciarse con la convicción de que el respeto a las formas y a las instituciones tienen un valor en sí mismo, además de instrumental. En efecto, en una entrevista sostuvo que: “... *mi ferviente deseo es que los actuales ministros permanezcan en sus cargos hasta que renuncien, se jubilen o se mueran. Que el próximo gobierno de turno no aumente el número de ministros a diecinueve, porque creo que la persistencia en la práctica de la democracia formal es el único camino a la democracia real*”⁴⁶.

Lo que no podemos hacer, sin intentar tapar el sol con las manos, es no advertir la eficacia causal de nuestra debilidad institucional sobre este presente que tanto nos duele. Aun cuando parezca un problema muy lejano para quienes sólo están interesados en llegar a fin de mes, el maltrato y la manipulación tienen repercusiones en el día a día.

VI. Bibliografía

BIANCHI, Alberto B. *Historia constitucional de los Estados Unidos*, Chatedra, Buenos Aires, Tomo II, 2008.

BÖHMER, Martín. “Los derechos y el azar”, en *La Nación* del 1 de noviembre de 2006.

GARCÍA MANSILLA, Manuel - RAMÍREZ CALVO, Ricardo. *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público Argentino*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006.

GARCÍA MANSILLA, Manuel J. “Es constitucional la división de la Corte Suprema en salas”, *Revista Jurídica Austral*, Vol. 1, Num. 2 (diciembre 2020).

GARGARELLA, Roberto. “Nueva mayoría en la Corte”, *La Nación* del 12 de septiembre de 2006.

GARGARELLA, Roberto. “Una Corte Federal: menos democracia, menos derechos”, *La Nación* del 27 de mayo de 2022.

GAVIOLA, Carlos A. *El Poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, Editora Distribuidora Argentina, Buenos Aires, 1976.

(46) SANTIAGO, Alfonso (h). “La Corte de los nueve (1990-2003)” en Santiago, Alfonso (h) (Dir.), *Historia de la Corte Suprema Argentina*, Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, Tomo III, 2013, p. 1322.

GONZÁLEZ, Joaquín V. "Manual de la Constitución Argentina", en *Obras completas de Joaquín V. González*, Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, Tomo III, 1935.

LEGARRE, Santiago. "Más sobre quórum y mayoría en la Corte Suprema: sentencias '2- 1' en un tribunal de cinco miembros", *Revista de historia del derecho*, 2015 (49). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10415>

LEVITSKY, Steven - ZIBLATT, Daniel. *Cómo mueren las democracias*, traducción de Gema Deza Guil, Buenos Aires, Ariel, 2018.

LITVACHKY, Paula - ZAYAT, Demián. "Procesos de cambio en la justicia argentina: hacia un nuevo modelo de Corte Suprema y el futuro del Consejo de la Magistratura" en CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2007*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2007.

MAIRAL, Héctor A. "Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino", en Urrigoity, Javier (Coord.), en *Estudios de Derecho Administrativo*, II IEDA, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000.

MOCOROA, Juan M. "Atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional", en HERNÁNDEZ, Antonio (h) (Dir.), *Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, Tomo II, 2013.

MOCOROA, Juan M. *Deferencia Judicial & Discrecionalidad: Contexto, Limitaciones y Proyecciones para el Derecho Argentino* (en preparación).

MURILLO, María Victoria - LEVITSKY, Steven - BRINKS, Daniel. *La ley y la trampa en América latina. Por qué optar por el debilitamiento institucional puede ser una estrategia política*, traducción de Ana Bello, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2021.

OBAMA, Barack. *Una tierra prometida*, traducción de Andrés Barba, Carmen M. Cáceres, Efrén del Valle, Marcos Pérez Sánchez y Francisco J. Ramos, Debate, Buenos Aires, 2020.

OYHANARTE, Martín (h). "La Corte del 60: poder moderador ante una democracia cercada (1958-1966)", en Santiago, Alfonso (h) (Dir.), *Historia de la Corte Suprema Argentina*, Marcial Pons, Buenos Aires, Tomo II, 2013.

OYHANARTE, Martín (h). "Supreme Court Appointments in the U.S. and Argentina", *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 20, Num. 4, 2021.

RIVERA (h.), Julio César - LEGARRE, Santiago. "Quórum y mayoría en la Corte Suprema", *Jurisprudencia Argentina*, 2008.

ROSENKRANTZ, Carlos F. "Confianza en el derecho", en ROSENKRANTZ, Carlos F. - BERGMAN, Marcelo (Coord.), *Confianza y derecho en América Latina*, Fondo de Cultura Económica - CIDE, México, 2009.

SANTIAGO, Alfonso (h). "La Corte de los nueve (1990-2003)", en SANTIAGO, Alfonso (h) (Dir.), *Historia de la Corte Suprema Argentina*, Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, Tomo III, 2013.

TAWIL, Guido S. "El estudio del Derecho Comparado y su incidencia en el desarrollo del derecho interno", *Id.*, *Estudios de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

VERBITSKY, Horacio. *Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia y sin control*, Planeta, Buenos Aires, 1993.

FINALIDAD Y CRITERIOS PARA LA GRADUACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LA “SANCIÓN PUNITIVA”*

PURPOSE AND CRITERIA FOR THE GRADUATION AND QUANTIFICATION OF THE “PUNITIVE DAMAGE”

*Leonardo Marcellino***

Resumen: Los daños punitivos tienen esencialmente una finalidad punitiva o sancionatoria, y a partir de entender esa función principal deben precisarse los requisitos necesarios que justifican su imposición a los casos de daños a los consumidores. Junto a la tarea de definir la procedencia de los daños punitivos, se encuentra la de establecer criterios razonables que permitan justificar su cuantificación. Dichos criterios han sido ampliados en el Anteproyecto de Ley de Defensa de Consumidor (art. 118) respecto a los enunciados en el régimen actualmente vigente (art. 52 bis Ley de Defensa de Consumidor) lo que es altamente positivo para servir cómo pautar para una mejor justificación de la cuantía que judicialmente se ordena pagar en concepto de multa punitiva disuasoria.

Palabras-clave: Daños punitivos - Cuantificación.

Abstract: Punitive damages essentially have a punitive or sanctioning purpose, and from understanding this main function, the necessary requirements that justify their imposition in cases of damage to consumers must be specified. Along with the task of defining the origin of punitive damages, there is the task of establishing reasonable criteria that allow justifying their quantification. Said criteria have been expanded in the Draft Consumer Defense Law (art. 118) with respect to the statements in the current regime (art. 52 bis Consumer Defense Law) which is highly positive to serve as guidelines for a better justification of the amount that is judicially ordered to pay as a dissuasive punitive fee.

Keywords: Punitive damages - Quantification.

Sumario: I. Introducción. II. Finalidad del instituto punitivo. III. Conveniencia de justificar adecuadamente la cuantificación. IV. El Anteproyecto de Ley de

* Trabajo recibido el 8 de noviembre de 2022 y aprobado para su publicación el 7 de diciembre del mismo año.

** Abogado (Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Magíster en Derecho y Argumentación. Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor Titular en la asignatura Privado VIII (Derecho de Daños) e Investigador (Universidad Empresarial Siglo 21). Docente Profesor Ayudante en la asignatura Privado VII (Derecho de Daños) (UNC). Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia de Derecho Córdoba. E-mail: leonardo.marcellino@unc.edu.ar

Defensa de Consumidor y la cuantificación de daños punitivos. V. Conclusiones.
VI. Bibliografía.

I. Introducción

Con la incorporación en el ámbito de consumo del instituto de origen anglosajón de los daños punitivos mediante la Ley 26361, se otorgó normativamente al juez la facultad de imponer, a los proveedores de bienes y servicios en casos de daños provocados a los consumidores y usuarios, multas o indemnizaciones punitivas con la finalidad de sancionar dichas conductas y al mismo tiempo de impedir que vuelvan a repetirse, es decir que sirvan a su disuasión.

Así los daños punitivos han sido conceptualizados como sumas indemnizatorias que se ordenan pagar a los responsables por la causación de determinados daños, que se suman a las indemnizaciones resarcitorias y que tienen por finalidad castigar o punir graves inconductas del dañador y prevenir la ocurrencia de nuevos daños mediante la disuasión al mismo y a otros que puedan incurrir en la conducta sancionada¹.

Desde el mismo momento en que se propuso la importación de esta figura proveniente del Derecho anglosajón a nuestro derecho, y sobre todo luego de tener reconocimiento legal en la ley de consumo, se dividieron las aguas -o en términos jurídicos se podría decir las bibliotecas- entre los autores "*pro daño punitivos*" y los "*contra daños punitivos*".

Más allá de los argumentos que sostienen ambas posturas, las cuales no se desarrollarán en este trabajo, se piensa que hay preguntas claves que se presentan en el trasfondo del debate: ¿Para qué sirven daños punitivos? ¿Se justifica su existencia y reconocimiento legal o es una figura inútil de la que puede prescindirse?

En nuestra opinión, para valorarse la utilidad de la figura se requiere iniciar el análisis a partir de un reconocimiento sobre la insuficiencia de la normativa civil, entre las cuales se incluyen particularmente las normas de responsabilidad civil, para dar una respuesta adecuada a "*ciertos*" ilícitos que generan daños.

Se subraya que nos estamos refiriendo únicamente a algunos hechos antijurídicos, porque probablemente en la mayoría de los casos el pago de la indemnización resarcitoria por el deudor y la compensación y satisfacción que ella apareja en beneficio de la víctima frecuentemente consigue la finalidad última de lograr la justicia al caso concreto, pero en no pocos casos la solución legal luce en verdad insatisfactoria y es allí que aparecen los daños punitivos como posible solución.

(1) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Gustavo G. *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. I, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2018, p. 829. COSSARI, Maximiliano. "Prevención y punición en la responsabilidad civil", Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2017, p. 144.

Probablemente uno de los más graves defectos que tuvo la regulación legal de las multas punitivas es el no haber definido con claridad y precisión el presupuesto fáctico a los cuales sería de aplicación la figura. El art. 52 bis de la Ley de Defensa de Consumidor solo refiere en forma genérica al no cumplimiento de las obligaciones legales o contractuales por el proveedor como presupuesto legal para justificar su aplicación.

El alcance absurdamente amplio contemplado en la normativa lleva a que si uno se atuviera únicamente a la letra de la ley se brindaría la posibilidad al damnificado consumidor o usuario de reclamar daños punitivos en todos los casos de daños sufridos que le ha sido ocasionados por el proveedor, ya que cuando ello sucede, normalmente ha existido de su parte un obrar antijurídico previo que provoca el menoscabo.

Se está convencido que el defecto regulativo enunciado es el principal motivo de desborde que actualmente presenta la figura punitiva y que lleva a que sea utilizada judicialmente en forma indebida a casos de responsabilidad donde no hay motivo justificante de castigo o sanción al responsable, alimentando con razones fundadas las principales críticas que se le formulan al instituto. Repetimos: el origen del problema está en la ausencia de una definición clara y concreta sobre los supuestos fácticos a los que se debe aplicar la punición indemnizatoria.

En nuestro país, en general se acepta que este instituto sancionatorio en virtud de su carácter excepcional únicamente puede tener fuente legal², y por ello su ámbito de aplicación se encuentra circunscripto a los casos de daños causados en las relaciones de consumo, conforme lo estatuido en el art. 52 bis de la Ley 24240 y modificatorias de Defensa del Consumidor, y en el ámbito de los daños por competencia desleal conforme al art. 64 de la Ley 27442 de Defensa de la Competencia, pero no es posible extender analógicamente a otros tipos de situaciones lesivas³.

(2) MOSSET ITURRASPE, Jorge. "La 'multa civil' o daño punitivo. Comentario al proyecto de reforma al Código Civil de 1998", LL 2000-B-1277.

(3) En las conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil en La Plata en el año 2017 por despacho mayoritario se resolvió: "*La función sancionatoria sólo rige en el Derecho del Consumidor. No procede su aplicación analógica a otros ámbitos*". También en las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Santa Fe en el año 2019 por unanimidad se dijo que: "*Los daños punitivos sólo se aplican a las relaciones de consumo, a las cuestiones ambientales con sustento en el principio de Consumo Sustentable, y a la Defensa de la Competencia*". Igualmente: QUAGLIA, Marcelo C. "El daño punitivo: la posibilidad de extender su aplicación más allá de la Ley de Defensa del Consumidor", LL 2016-A-141. MARTINOTTI, Diego F. "La aplicación analógica de los daños punitivos", LL2016-A-135. CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. "Los Daños Punitivos en la Argentina", Ed. Errepar, Buenos Aires, 2009, p. 46. BRUN, Carlos A. "¿Aplicación de daños punitivos por analogía?", RCyS2016-II-51. En contra: FRÚGOLI, Martín A.-BOTTA, Federico A. "Daños punitivos en el Código Civil y Comercial argentino", RCCyC 2018 (marzo), 05/03/2018, 189. CCiv. y Com. Junín, 19/11/2015, "Décima, Julia Graciela y otros c. Productos de Maíz SA (Ingredion Argentina SA) y otros s/ daños y perjuicios", LL 2016-A-136.

En las conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil en La Plata en el año 2017 por despacho mayoritario se resolvió: *“La función sancionatoria sólo rige en el Derecho del Consumidor. No procede su aplicación analógica a otros ámbitos”*. También en las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Santa Fe en el año 2019 por unanimidad se dijo que: *“Los daños punitivos sólo se aplican a las relaciones de consumo, a las cuestiones ambientales con sustento en el principio de Consumo Sustentable, y a la Defensa de la Competencia”*.

La regulación de los daños punitivos en la legislación de consumo ha sido objeto de diversas críticas⁴ desde el mismo momento de su sanción. Muchos de los reparos que durante estos más de catorce años de vigencia ha recibido el instituto han sido atendidos por la Comisión Reformadora de la Ley de Defensa de Consumidor en el art. 118 del Anteproyecto de Ley propuesto, de allí que la misma signifique un importante avance tendiente a una mejor regulación de la figura.

II. Finalidad del instituto punitivo

Se acepta en general que los daños punitivos cumplirían una doble función, por un lado, tienen una naturaleza sancionatoria procurando castigar la conducta dañosa del responsable y también persiguen una finalidad preventiva, más concretamente de *“prevención general”*. A través de su imposición se pretende evitar la reiteración de las mismas conductas dañosas en el futuro por parte del causante del daño y de potenciales responsables⁵.

Lo dicho anteriormente nos obliga a indagar sobre la interrelación entre ambas funciones y su incidencia en el cálculo cuantificatorio que debe practicarse cuando la multa procede.

Irigoyen Testa⁶ plantea que debe reconocerse en esta figura una función principal disuasoria (que se ajusta a los niveles de precaución deseables socialmente) y una función accesoria sancionatoria (que implica una multa civil extracompensatoria que se afronta adicionalmente, luego de haberse compensado perfectamente al damnificado). Claramente se asigna por tanto un carácter prioritario a la finalidad de prevención y disuasión, en tanto se emplaza en un plano secundario la faz punitoria.

(4) PIZARRO, Ramón D. - STIGLITZ, Rubén S. “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, LL2009-B-949.

(5) En nuestro derecho es mayoritaria la opinión que sostiene la doble finalidad de los daños punitivos: castigar y disuadir. Ver: CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, “Los Daños Punitivos en la Argentina”, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2009, p. 49 y ss. Algunos autores incorporan una tercera finalidad consistente en el desmantelamiento pleno de los ilícitos lucrativos, haciendo desaparecer los beneficios injustos obtenidos del hecho lesivo. TRIGO REPRESAS, Félix A. “Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho civil. Responsabilidad civil”, T. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 51. PIZARRO, Ramón D. “Daños punitivos”, ob. cit., p. 287 y ss.

(6) IRIGOYEN TESTA, Matías. “Monto de los daños punitivos para prevenir daños reparables”, DCCyE 2011 (diciembre), 19/12/2011, 87, Cita Online: AR/DOC/5799/2011.

No se comparte la postura anterior, creemos que en verdad ambas finalidades cumplen un papel relevante en la configuración del instituto, pero en realidad su verdadera naturaleza es exclusivamente punitiva o sancionatoria, aunque su aplicación importe en los hechos en forma necesaria e indirecta un efecto disuasivo relevante de evitación a que se repita la conducta sancionada por el infractor y terceros.

Obsérvese que en verdad dicho efecto disuasivo no es exclusivo de los daños punitivos, pues también se encuentra presente en la indemnización otorgada a favor de la víctima con una finalidad reparatoria de compensación satisfactoria.

Con acierto explica Acciarri que: *El efecto disuasivo de las normas tradicionales de responsabilidad civil constituye una instancia clara de este tipo de prevención: ante la posibilidad de enfrentarse al pago de una indemnización, cada persona puede decidir si prefiere colocarse en esa situación o adoptar las medidas de prevención que a la vez, reducirán la probabilidad de causar ese daño (o su magnitud en caso de acontecer), y la probabilidad correlativa de ser condenado al pago de la indemnización correspondiente (o su magnitud). En este orden de ideas es posible afirmar que el sistema de responsabilidad civil genera incentivos para prevenir, cuando determina un deber de resarcir. Desde este punto de vista, la función-relación resarcitoria, será instrumental a la función-relación preventiva*⁷.

Sucede que en algunos casos de daños a las personas consumidoras y usuarias luego de otorgada la indemnización resarcitoria no subsisten ilícitos lucrativos en favor del victimario y por ello se alcanza un nivel óptimo de prevención por vía de disuasión sólo con el instituto de la responsabilidad civil; o bien no es posible imputar un juicio grave de reprochabilidad al responsable; y por tanto resulta inviable una sanción pecuniaria o multa adicional.

Se podría pensar que, si el objetivo principal y fundamental de los daños punitivos fueran la de brindar mayor eficacia posible a la prevención de daños, correspondería que los mismos sean de aplicación a cualquier tipo de incumplimiento contractual del cual se derive un daño a la persona consumidora o usuaria, como parece derivarse del sentido literal de la disposición legal.

Sin embargo, acordar la posibilidad de aplicar daños punitivos a cualquier caso de daños en el ámbito de consumo por su sola ocurrencia resultaría absolutamente desproporcionado pudiendo dar lugar al efecto indeseado de una “*sobredisuasión*” (“*overdeterrence*”) afectando a la actividad productiva-económica de los proveedores en perjuicio final de toda sociedad, y además haría perder de vista la finalidad de castigo del instituto.

Por esta misma razón es que la aplicación de multas punitivas, presuponen una condena previa de daños y perjuicios, ya que es requisito necesario para su imposición, aunque no suficiente, el no cumplimiento “*de la obligaciones legales o contractuales con el consumidor*” (art. 52 bis Ley 24240) del cual se derive un daño

(7) ACCIARRI, Hugo A. “Funciones del derecho de daños y de prevención”, LL 2013-A-717.

y que el proveedor sea legalmente obligado a su reparación. No hay posibilidad de imponer daños punitivos a quien no es civilmente responsable de un daño ni tampoco a quien genera una situación de amenaza de daño sin que se concrete.

Si se trata de punir o castigar la conducta de una persona, ello requiere de un juicio de reprochabilidad previo con relación a su actuación, no basta el mero incumplimiento de la obligación legal (antijuridicidad) y el daño resarcible⁸. No puede sancionarse o castigarse el obrar de quien causa un daño obrando con una diligencia aceptable a las circunstancias del caso concreto.

A través de las sanciones pecuniarias se castiga o pune las inconductas nocivas, poniéndose la mirada sobre la persona autora de las mismas, antes que a la destinataria damnificada.

El juicio de reprochabilidad se asienta fundamentalmente entonces en la conducta exteriorizada por el autor material de los daños, antes que de la efectiva causación de los mismos que fueron su resultado.

Así es posible pensar que un determinado proceder dañoso importe un grave reproche para la proveedora (por ejemplo: actúa con indiferencia hacia el potencial dañoso que reviste su obrar conociendo ello o motivado por una ganancia que subsistirá aún después de ser condenado por daños y perjuicios), y que por lo tanto merezca la imposición de daños punitivos, a pesar que los daños efectivamente causados fueron finalmente poco graves y por lo tanto su cuantía también lo fue.

De este modo aun cuando la multa punitiva pueda cumplir de mejor manera la finalidad de evitar la reiteración de daños, si no es posible imputar reprochabilidad grave en quien ocasionó el daño, no corresponde la imposición de la condena punitiva. Esto denota la naturaleza esencialmente sancionatoria del instituto.

En conclusión, puede afirmarse que lo que caracteriza en verdad a los daños punitivos no es su finalidad disuasoria, que también se encuentra presente con menor intensidad de la indemnización con finalidad resarcitoria, sino su carácter sancionatorio o de castigo al dañador.

(8) PIZARRO, Ramón D. - STIGLITZ, Rubén S. "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LL2009-B-949. LÓPEZ HERRERA, Edgardo. "Daños punitivos en el Derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor", JA 2008-II-1201. NALLAR, Florencia. "Improcedencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes", LL 2009-D-96. PIZARRO, Ramón Daniel. "Daños punitivos", ob. cit., p. 336. MOLINA SANDOVAL, Carlos A. "Elementos para una conceptualización adecuada de los daños punitivos a partir de un área de aplicación", ED, 205-997. ALVAREZ LARRONDO, Federico M., "Los daños punitivos", LL 2000-A- 1111. CORNET, Manuel - RUBIO, Gabriel Alejandro. "Daños punitivos", *Anuario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, volumen III, Córdoba, Ed. Alveroni, 1997, p. 32; MARTINOTTI, Diego F. "Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998", LL 2001-F-1317. PIAGGIO, Aníbal Norberto - COMPIANI, M. Fabiana - CABRERA, Delma - VETRANO, Alejandro Javier. "Las condenaciones punitivas y el Proyecto de Código Civil de 1998", *RCyS*, 2000, p.68. BRUN, Carlos A. "¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados daños punitivos)", DJ, 2004-3-1228.

El art. 52 bis de la Ley 24240 brinda parámetros muy amplios a los fines de graduar o valorar la indemnización punitiva y refiere a su independencia respecto de otras indemnizaciones en lo que hace a su cuantía, concretamente se dispone que la misma: “*se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan*”.

La independencia de otras indemnizaciones que por otro concepto puedan ser otorgadas ya sea de naturaleza administrativa o resarcitoria, se considera debe interpretarse en forma relativa y no absoluta.

La indemnización punitiva no puede fijarse únicamente en consideración a otro tipo de indemnizaciones, en particular la resarcitoria, por lo expresado anteriormente, pero ello no quita que las “*otras indemnizaciones que correspondan*” sí puedan tener alguna incidencia en el *quantum* de la multa sancionatoria.

La gravedad del hecho lesivo y la circunstancias del caso, se miden por el daño que efectivamente del mismo se ha derivado, los intereses que han resultado lesionados (art. 1737 CCCN), el estado de afectación real a las personas damnificadas luego de otorgarse la indemnización resarcitoria, es decir, si es posible o no lograr en cierta medida la restitución al estado anterior al evento dañoso, los potenciales daños que la conducta podía haber ocasionado lo que denota su peligrosidad, las características personales del responsable y los medios que disponía para evitar el perjuicio, entre otros aspectos, todo ello servirá para fundamentar el juicio de reprochabilidad que pueda imputársele directamente al responsable concreto.

El reproche en la conducta del causante del daño denota la finalidad punitiva o sancionatoria del instituto, por ello no puede prescindirse de la misma si se acepta la función de castigo de las sanciones pecuniarias disuasivas.

Por ello se evaluará en modo distinto y la cuantificación diferirá si el menoscabo fue ocasionado en forma deliberada o si el mismo provino de una negligencia grosera que debió haber sido evitada. Todo ello evidencia la incidencia directa que tiene el juicio cualitativo de reprochabilidad de la conducta del agente con el juicio cuantitativo de la multa, debiendo existir una correlativa proporcionalidad directa entre ambos juicios.

III. Conveniencia de justificar adecuadamente la cuantificación

Participo de la postura de quienes consideran que la cuantificación del daño constituye una operación de gran importancia y que por lo tanto no puede quedar su definición relegada exclusivamente a la libre discrecionalidad del juez.

Si en un determinado proceso judicial se acredita la efectiva existencia de un daño resarcible y el resto de los presupuestos de la responsabilidad civil, corresponde normativamente que el juez ordene la reparación de dichos daños por el sindicado

como responsable, sin que pueda admitirse que la procedencia o no de la acción civil resarcitoria pueda quedar librada a una decisión discrecional del magistrado.

De igual modo estimo que la cuantificación judicial de esos daños, incluido el extrapatrimonial, no debiera quedar reservado a ese ámbito privativo del juez como es su libre discrecionalidad, que impide al justiciable conocer las razones del por qué se determinan la indemnización en tal suma y no en otra superior o inferior. La misma conclusión es extensible a los daños punitivos.

El art. 52 bis de la Ley de Defensa de Consumidor dispone que *“el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor”*. Por mi parte pienso que más allá del sentido literal de la disposición, si se dan los extremos legales que justifican la imposición de la figura sancionatoria de los daños punitivos, la aplicación de los mismos al proveedor resulta obligatorio para el juez y no facultativo⁹.

La disposición actualmente vigente si bien enuncia parámetros genéricos de valoración, nada agrega en relación a la operación cuantitativa de las multas pecuniarias.

Al igual que sucede con los daños, no se estima conveniente que la operación de cuantificación de la multa quede librada exclusivamente a una decisión discrecional del juez, sin otro fundamento que su *“sentido personal de justicia”*.

Pueden pensarse variados mecanismos de justificación para la tarea de cuantificación, pero si de lo que se trata en definitiva es de brindar razones a favor de un importe indemnizatorio, es decir de un determinado número, el mejor mecanismo que puede pensarse es en asegurarse que el mismo sea el resultado de una determinada fórmula matemática¹⁰.

(9) En el mismo sentido se manifiestan: NALLAR, Florencia. *“Prevención del daño: La multa civil o daño punitivo en el Proyecto de Código Civil de 1998”*, ADLA 2007-E-5494. BRUN, Carlos A. *“¿Hacia un derecho preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados daños punitivos)”*, DJ 2004-3-1228. ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M. *“La incorporación de los daños punitivos al derecho de consumo argentino”*, JA 2008-II-1246. En contra se pronuncia: CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *“Los Daños Punitivos en la Argentina”*, ob. cit., p.194 y ss. LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Los daños punitivos*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.327.

(10) Se ha destacado *“... que por las características particulares que presenta la multa civil, la utilización de fórmulas matemáticas para su cálculo puede ser una valiosa ayuda para el juzgador, contribuir a la transparencia de las decisiones judiciales, además de tornar mucho más previsibles los pronunciamientos en la materia. Todo ello vendría a reforzar uno de los presupuestos que hacen a la existencia misma del instituto, como es la disuasión para evitar que la conducta dañosa se reitere en el futuro”*. MARTINOTTI, Diego F. *“La cuantificación de los daños punitivos”*, RCyS2016-X-61. Igualmente se sostiene citando a Acciarri que *la gran ventaja que ofrece la utilización de fórmulas para cuantificar indemnizaciones por sobre las argumentaciones retóricas, es que las primeras, al exponer claramente las variables que se consideraron para llegar al resultado, hacen más difícil ejercer la arbitrariedad en el cálculo de las mismas y, al mismo tiempo, permiten analizar y objetar las variables utilizadas. Es decir, ofrecen transparencia en el proceso de razonamiento que se llevó a cabo para llegar a una cifra determinada y no a otra”*. PONS, Marcela V. - CORENFELD, Julio. *“Cuantificación de daños punitivos”*, SJA 21/03/2018, p. 27. En contra del uso de fórmulas se pronuncia: BILBAO ARANDA, Facundo M. *“El grado de discrecionalidad judicial para fijar el monto del daño punitivo”*,

Lo dicho anteriormente denota el valioso aporte que a nuestro derecho ha efectuado Matías Irigoyen Testa al presentar su fórmula matemática a los fines de cuantificar los daños punitivos¹¹.

Sin embargo, como se refirió anteriormente, la fórmula en cuestión tiene principalmente en consideración la función disuasiva del instituto punitivo, de suerte que los parámetros establecidos para su calibración procuran justamente que la multa guarde cierta equivalencia con esa finalidad de desincentivar adecuadamente la reiteración de daños.

Concretamente las variables sobre las cuales se efectúa la relación matemática son las siguientes: cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados, probabilidad de ocurrencia del daño, probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de los daños, probabilidad de condena por daños punitivos y responsabilidad esperada para que el dañador sea disuadido conforme a los niveles de precaución deseables socialmente.

La fórmula agrega dos elementos a los fines de la graduación de los daños punitivos, como son la probabilidad de ser condenado a la reparación de daños y perjuicios, y de ser condenado al pago de multas punitivas.

Ambos cálculos probabilísticos quizás sean los aspectos más dificultosos de determinar, pero Irigoyen Testa explica que el valor de los mismos debiera definirse por el juez en base a presunciones *hominis*. Ello no quita, justamente por el carácter presuncional, que las partes puedan acompañar prueba tendiente a demostrar la mayor o menor grado de probabilidad de condena por dichos conceptos lo que tendrá incidencia directa en la fórmula.

Por nuestra parte al sostener y dar primacía a la finalidad punitiva del instituto, aun cuando valoremos y creamos que el mejor camino para la justificación del *quantum* de la multa debe ser mediante la utilización de fórmulas matemáticas, creemos que los componentes de la misma deben ser diversos a los utilizados por el autor bahiense.

IV. El Anteproyecto de Ley de Defensa de Consumidor y la cuantificación de daños punitivos

El anteproyecto de Ley de Defensa de Consumidor en su art. 118, denomina ahora como "*sanción punitiva*"¹², a los daños punitivos y conforme a la misma se

RDCO 282, 09/02/2017, 44. Por mayoría en las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Santa Fe en el año 2019 se dijo que además, **de los parámetros enunciados en la normativa de consumo resulta conveniente acudir a fórmulas matemáticas.**

(11) IRIGOYEN TESTA, Matías. "Fórmulas para cuantificar los daños punitivos", *Jurisprudencia Argentina, Número Especial sobre Derecho y Economía*, Fascículo N° 13, Abeledo Perrot, marzo de 2011, p. 83/ 96; SJA 30/3/2011 (Lexis 0003/015353).

(12) La Comisión Reformadora fundamenta el cambio de nombre del instituto en poner de resalto su función punitivo-sancionatoria, sosteniendo que la finalidad del instituto es "*castigar al pro-*

otorga a los jueces la atribución de aplicar los mismos al proveedor que actúa “*con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor*”.

Con ello se normativiza la corriente de opinión mayoritaria en nuestro país¹³ que propugna la necesidad de un factor de atribución subjetivo calificado de dolo o culpa grave como requisito necesario para la procedencia de los mismos, no bastando el mero incumplimiento del proveedor a sus obligaciones contractuales¹⁴.

Desde este punto de vista se ha sostenido que “... *no alcanza con el mero incumplimiento de una obligación legal o contractual sino que tal inconducta debe ser particularmente grave, consciente, deliberada y temeraria, caracterizada por mediar culpa grave, dolo o al menos una grosera negligencia que haya generado una lesión o daño en el consumidor o la obtención indebida de una ventaja por parte del proveedor, o bien consista en el abuso de una posición de poder que evidencie un menosprecio grave a derechos individuales o de incidencia colectiva*”¹⁵.

El articulado en análisis luego de delimitar el presupuesto fáctico de la figura punitiva a los casos de graves menosprecios a los derechos de los consumidores, enuncia distintas reglas concernientes a la aplicación de las multas punitivas, con algunas diferencias a aquellas que actualmente rigen el instituto en el art. 52 bis de la Ley de Defensa de Consumidor.

veedor que obra con notoria despreocupación respecto de los intereses de los consumidores, y al mismo tiempo, prevenir la reiteración futura de ese tipo de conductas”.

(13) Cám. Civ. y Com. Azul, sala II, “Newberry, Domingo S. c. Fiat Auto SA de Ahorro para Fines Determinados y otro/a”, 19/06/2019, Cita Online: AR/JUR/23567/2019CNCom., Cám. Civ. sala A, “Emacny SA s/ ordinario” S. 09/11/2010; ídem sala F, “R. S. A. c. Compañía Financiera Argentina SA”, S. 10/05/2012, Cita Online: AR/JUR/15752/2012 y “Murana c. Peugeot Citroen Argentina SA”, S. 05/06/2012, Cita Online: AP/JUR/2209/2012; ídem, sala D, “E. N. c. Galeno SA”, 28/06/2012; ídem, sala C, “P. G. M. c. Nación Seguros de Vida SA”, S. 11/07/2013, Cita Online: AR/JUR/49971/2013; CNCiv., sala H, “San Miguel c. Telecentro SA”, S. 10/12/2012, Cita Online: AR/JUR/74009/2012; CNFed. Civ. y Com., sala I, “L. M. c. Edesur SA”, S. 15/07/2014; TSJ Cba., “Teijeiro (o) Teijeiro, Luis M. c. Cervecería y Maltería Quilmes SAICA s/ abreviado - otros - recurso de casación”, 15/04/2014, LL 2014-C-50; CCiv. y Com. Rosario, “Rodríguez c. AFA”, S. 09/04/2013; CCiv. y Com. Azul, “Rossi c. Whirlpool Arg. SA”, S. 11/06/2013, Cita Online: AR/JUR/44135/2013, entre otros.

(14) Por mayoría, en las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Santa Fe en el año 2019 se resolvió que sin perjuicio de las deficiencias técnicas de la norma vigente (art. 52 bis Ley 24240), debe interpretarse que consagra un factor subjetivo de atribución agravado, consistente en la culpa grave o dolo del proveedor. En tanto que en relación a la norma proyectada se manifestó que la expresión “*grave menosprecio hacia los derechos del consumidor*” debe entenderse como comprensiva del dolo y la culpa grave.

(15) PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, Tº I, La Ley, Buenos Aires, 2009, pp. 621-622 y 624-626; TRIGO REPRESAS, Félix A. - LOPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Tº I, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 570; PIZARRO, Ramón D. - STIGLITZ, Rubén S. “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, LL 2009-B, 949.

Primeramente, se amplía la legitimación activa, además del consumidor damnificado se concede la facultad de su requerimiento por parte del Ministerio Público Fiscal e incluso habilita al propio juez para que la ordene de oficio, previo traslado en este caso al proveedor al presentarse la demanda. Además, en el caso de las acciones colectivas, se incluyen a todos los legitimados activos para promoverlas.

También se amplía los sujetos que pueden ser destinatarios y por tanto beneficiarios de las multas, ya que conforme al régimen actual, la misma solo puede ser recibida por el consumidor damnificado, mientras que el anteproyecto propone que el juez resuelva el destino, mediante resolución fundada.

De este modo se reserva al criterio discrecional del tribunal si la indemnización por este concepto será total o parcialmente entregada al consumidor o a otras personas como pueden ser entidades de defensa del consumidor.

Asimismo, se aclara que la solidaridad en el pago de la multa punitiva comprende únicamente a los proveedores autores de la conducta que dio lugar a la sanción punitiva, en caso de que sea más de uno el autor y no a toda la cadena de producción y comercialización (con independencia de su participación en la falta cometida), como pareciera entenderse del sentido literal del actual art. 52 bis de la Ley de protección a los consumidores¹⁶. También se destaca la no asegurabilidad de los mismos, es decir la prohibición del proveedor de asegurar la obligación de pagar esta sanción punitiva, lo cual es lógico porque de habilitarse su aseguramiento se atentaría contra la finalidad disuasiva del instituto.

En relación al tema de análisis, la normativa no contempla un mecanismo concreto de cuantificación de los daños, como por ejemplo se ha establecido en materia de indemnizaciones por lesiones o incapacidad en el art. 1746 CCCN, aunque sí se enumeran ciertos parámetros a los fines de su graduación¹⁷.

Se establece al respecto lo siguiente: *“2. El monto de la sanción se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial, la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. El importe de la multa no puede ser superior al doble del máximo previsto para la sanción de multa por el art. 157 inc. 2, o al décuplo del importe total de la ganancia obtenida por el proveedor como consecuencia del hecho ilícito, si este último resultare mayor”*.

(16) En relación a la normativa vigente se ha establecido que *“Debe interpretarse que la solidaridad entre los proveedores dispuesta por el art. 52 bis presupone coautoría o complicidad, por lo que no puede ser condenado a su pago aquel proveedor cuya conducta no encuadra en los requisitos para la aplicación de la figura”*. XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil - V Congreso Nacional de Derecho Civil desarrolladas en Córdoba en el año 2009.

(17) Por unanimidad, en las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Santa Fe en el año 2019 se resolvió que: *“Para la cuantificación de los daños punitivos deben ponderarse los parámetros valorativos establecidos en el art. 52 bis de la ley 24240 y en el art. 118 del PDL”*.

Además de la “*gravedad del hecho*” y “*demás circunstancias del caso*”, que son las pautas actualmente consagradas en la Ley de Defensa de Consumidor vigente, se incorporan los siguientes criterios a fin de graduar el monto de la sanción: repercusión social de la conducta, beneficios que el proveedor obtuvo o pudo obtener, efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañado y la posible existencia de otras sanciones administrativas o penales.

A continuación, analizaremos cada uno de los referidos parámetros enunciados en el Anteproyecto.

a) Las circunstancias del caso

Primeramente, se adopta un criterio sumamente genérico, ya que las circunstancias de todo caso son siempre infinitas lo que implica una enorme dificultad para el proveedor de bienes y servicios de la posibilidad de anticipar cuáles van a ser los parámetros concretos del caso que van a considerarse a los fines cuantificatorios, además de los que enuncia expresamente la disposición.

Sin embargo, con la fórmula amplia de “*circunstancias del caso*” se procura dar flexibilidad a la valoración de la falta cometida, facultando al juez a incorporar al análisis para justificar el importe final de la multa, cualquier característica particular del siniestro que en su opinión deba considerarse con incidencia a los fines de efectuar el cálculo cuantificatorio.

Ahora bien, dentro de las circunstancias del caso, la normativa del Anteproyecto le impone al juez el tener “*especialmente*” en cuenta determinadas circunstancias especiales por considerarlas relevantes a los fines de la cuantificación. Esto implica que si el juez decide tomar en consideración otras circunstancias adicionales deberá expresarlas y justificar su relevancia para incorporarlas. No basta con que enuncie genéricamente que se han tomado en cuenta diversas circunstancias del caso o condiciones especiales del mismo, sin indicar a cuáles refiere y las razones de su incidencia en el importe final de la multa.

Por otra parte, creemos que estas circunstancias especiales que incorpora el Anteproyecto pueden ser utilizadas para la graduación de los daños punitivos actualmente, a pesar de no estar mencionadas en el art. 52 bis de la Ley de Defensa de Consumidor, ya que pueden ser subsumidas dentro del criterio genérico de “*demás circunstancias del caso*” al que sí se hace referencia.

b) La gravedad de la conducta del sancionado

Este criterio al igual que el anterior, están mencionados en el régimen vigente de daños punitivos (art. 52 bis Ley 24240) y se justifica ya que la finalidad sancionatoria del instituto debe medirse principalmente por una evaluación acerca de la gravedad de la conducta del sancionado y de los daños consecuentes que le son atribuibles.

Mientras más grave sea la conducta dañosa de acuerdo al principio de proporcionalidad de la pena se debe castigar con mayor severidad la acción u omisión cometida por el proveedor, lo que implica un importe mayor de indemnización punitiva y a la inversa.

De este modo, también se contribuye eficientemente a evitar la repetición de ese tipo de conductas, en particular de las de mayor gravedad, ya que la más alta indemnización desincentiva a que vuelvan a cometerse.

Conforme fue mencionado anteriormente, la acreditación de una conducta de gravedad en perjuicio de los derechos del consumidor, es un presupuesto necesario para la procedencia de la sanción punitiva. Ahora bien, la intensidad cuantitativa y cualitativa de esa gravedad constituye un elemento valorativo fundamental también para la graduación del importe de la sanción económica.

A los fines de medir esta circunstancia será importante determinar la imputación subjetiva que le es atribuible al sujeto, es decir si obró con dolo o culpa grave. También cuál o cuáles fueron los derechos del consumidor que fueron o pudieron haber sido afectados por la conducta del dañador, si se trataron de derechos de naturaleza patrimonial o personalísimos y su repercusión¹⁸. Igualmente, si los intereses que fueron afectados pueden fácilmente ser recompuestos o si por el contrario ello es imposible o de dificultosa posibilidad. Por último, la conducta llevada adelante por el dañador con posterioridad al siniestro también es de utilidad para evaluar la gravedad de la misma y de ese modo justificar una graduación mayor o menor del importe de la sanción pecuniaria.

c) Su repercusión social

Esta circunstancia se encuentra estrechamente vinculada a la anterior, ya que un parámetro importante para medir la gravedad de la conducta es la repercusión social que la misma ha tenido.

Entiendo yo que el presente criterio apunta esencialmente: 1) Al número de consumidores y usuarios cuyos derechos efectivamente han resultado afectados por la conducta dañosa desplegada por el proveedor incumplidor de sus obligaciones; y 2) Al total de potenciales damnificados, cuyos derechos han sido puestos bajo amenaza de daño con motivo de ese obrar.

Hoy el principio de prevención de daños (arts. 1710, 1711 y 1712 CCCN, art. 52 Ley 24240, art. 5 del Anteproyecto de Ley de Defensa de Consumidor) tiene un alcance esencialmente social.

(18) "Así no será lo mismo que el daño resulte de las molestias ocasionadas en una demora de varios días para instalar un servicio domiciliario, a que el consumidor vea afectada seriamente su salud a causa de haber ingerido un producto alimenticio en mal estado". CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. "Los Daños Punitivos en la Argentina", ob. cit., p. 205.

Cada vez se evidencia con mayor claridad que el fenómeno resarcitorio ha dejado de ser exclusivamente un cuestión individual y bilateral que involucra y afecta exclusivamente a los dos sujetos de la obligación resarcitoria (víctima y victimario), porque los efectos perjudiciales del siniestro pocas veces quedan únicamente en el ámbito del damnificado, ya que lo trascienden afectando negativamente a una pluralidad de personas, de allí que pueda hablarse de una trascendencia social y económica del daño¹⁹. Recuérdese que los daños punitivos contienen una función de naturaleza preventiva mediante la disuasión que procuran.

Desde esta perspectiva, el número de consumidores que fueron perjudicados o que fueron amenazados de serlo o que continúan en ese estado de peligro, constituyen datos relevantes para graduar objetivamente la gravedad de la conducta del sancionado y coherentemente con ello el importe de la indemnización punitiva.

d) Los beneficios que obtuvo o pudo obtener el proveedor

Este criterio apunta a determinados supuestos en los cuales se considera pueden tener cabida o campo de aplicación los daños punitivos, como son los casos de los llamados "*ilícitos lucrativos*" o "*culpas lucrativas*".

Me refiero por tales a aquellas situaciones de daños causados en las cuales luego de pagada la indemnización resarcitoria de daños y perjuicios, aún subsiste para el dañador una ganancia o beneficio económico proveniente del ilícito y por tanto permanece el incentivo desde el punto de vista económico para continuar realizando la conducta dañosa.

En algunos países reticentes a la aceptación de este instituto de los daños punitivos, se ha propuesto la admisión de la figura de análisis únicamente en estos casos, así la Proposición de Ley Francesa de 9 de Julio de 2010 en su art. 1386-25 admite las indemnizaciones punitivas en la medida que exista un enriquecimiento para el autor del daño que su sola reparación no sea suficiente para eliminar.

Con esto obviamente se reduce considerablemente el radio de acción de los daños punitivos, afortunadamente no es el criterio seguido por la actual legislación argentina sobre el tema ni tampoco por la proyectada, ya que para su procedencia basta con la existencia de un daño proveniente de un menosprecio grave a derechos del consumidor, independientemente de si obtuvo o no una ganancia a consecuencia de ello.

(19) Ver: Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. "La función preventiva de la responsabilidad civil", LL 2016-F, p.1. OSSOLA, Federico A. "Responsabilidad civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 197. ALTERINI, Atilio A. "Soluciones del proyecto de Código en materia de Responsabilidad", LL 2012-D, p.1157. SEMA, José Ignacio. "La función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial. Fundamentos de su reconocimiento legal", DJ 16/09/2015, p.1.

Ahora bien, si efectivamente obtuvo una ganancia económica o pudo obtenerla de la ejecución de la conducta ilícita, dichos beneficios se convierten automáticamente en incentivos para continuar desarrollando la actividad generadora de daño.

Dichos incentivos se incrementan aún más si existe una escasa o baja probabilidad de ser demandado el proveedor incumplidor y obligado judicialmente al pago de los daños y perjuicios. También aumentan si subsiste o existe la posibilidad de conservar un enriquecimiento económico luego de abonada la indemnización resarcitoria.

Con dichos fundamentos que procuran en definitiva dismantelar los efectos lucrativos del ilícito, al no conseguir ser neutralizados completamente por la simple reparación de los daños, es que se justifica su consideración para incrementar el importe de la sanción pecuniaria y de ese modo asegurar la finalidad disuasiva-preventiva del instituto.

Repito: el parámetro de análisis debiera ser utilizado únicamente para incrementar la cuantía de la multa y es por ello que no se está de acuerdo en que el criterio pueda ser utilizado también para funcionar como tope indemnizatorio.

Concretamente el Anteproyecto establece que la indemnización punitiva no puede superar cinco mil Salarios Mínimos Vitales y Móviles, o diez veces la ganancia efectivamente obtenida por el proveedor como consecuencia del hecho ilícito, lo que resulte superior.

De suerte que si la ganancia esperable de obtener por el proveedor al desarrollar la conducta dañosa era superior a cinco mil salarios mínimos y existe una baja posibilidad de ser demandado judicialmente, probablemente el agente ejecute la conducta dañosa.

De igual modo, si la ganancia efectivamente obtenida no supera los cinco mil salarios mínimos, este importe actuará como tope legal máximo de indemnización punitiva, aun cuando la ganancia esperable haya sido muy superior y en razón de ello el agente haya realizado la grave conducta dañosa, lo cual desvirtúa la finalidad disuasiva que el instituto persigue.

Obsérvese que la normativa proyectada refiere a "*beneficios*" en lugar de "*ganancias*" como expresaba el Proyecto de 1998, lo que implica que si bien dichos beneficios normalmente se plasmarán en ingresos económicos obtenidos a consecuencia de la infracción cometida, también puede implicar un "*beneficio*" para el proveedor observable en la obtención efectiva o potencial de un posición de privilegio o dominante en el mercado, lo que lo motiva a realizar el incumplimiento que causa el menoscabo al consumidor. Ello también servirá de pauta para la graduación del importe de la multa.

e) Los efectos disuasivos de la medida

Este es un criterio fundamental ya que refiere concretamente a una de las finalidades de la figura punitiva como es la de procurar evitar la reiteración de conductas graves del proveedor en perjuicio de los consumidores y usuarios.

Estimo que el presente parámetro es el argumento más importante para sostener la inconveniencia de establecer un tope legal máximo de indemnización por este concepto sancionatorio, por cuanto como se expresó anteriormente el referido tope puede atentar contra la finalidad disuasiva del instituto.

Ello es fácilmente constatable en el régimen legal vigente, en el cual el tope ha sido establecido en una suma fija de cinco millones de pesos. En la medida que el proveedor conserve un saldo de ganancia esperable o efectivo de la actividad dañosa, luego de efectuar el pago de la indemnización compensatoria y punitiva fijada en ese importe, probablemente continúe ejecutando la actividad de grave menosprecio a los derechos de los consumidores.

La objeción planteada considero subsiste aun cuando se establezca un tope legal máximo no atado a una suma fija, sino variable como el mínimo salario vital y móvil o se establezca en un porcentaje de la ganancia efectivamente obtenida.

Estimo que hubiera sido preferible que la limitación al importe de las indemnizaciones punitivas no se establezca legalmente y en todo caso se faculte al juez para fijarlo teniendo en consideración la finalidad disuasiva y sancionatoria que el importe establecido puede tener en el caso concreto. En este sentido se pronuncia Irigoyen Testa²⁰ al decir que el monto debe estar condicionado al logro del cumplimiento de los propósitos preventivos - y agrego yo sancionatorios - de esta multa civil.

Así en el Derecho Comparado puede leerse la siguiente fórmula conforme a los lineamientos de propuesta que se plantea, prescribe el Código Civil de Quebec (1992) en su art. 1621, lo siguiente: *“Cuando la ley prevé la atribución de daños intereses punitivos, estos no pueden exceder, en valor, lo que resulta suficiente para asegurar su función preventiva. Se aprecian teniendo en cuenta todas las circunstancias apropiadas, especialmente, la gravedad de la culpa del deudor, su situación patrimonial, o la extensión de la reparación debida al acreedor, así como, dado el caso, el hecho de que el pago reparador haya sido, en todo o en parte, asumido por un tercero”*²¹.

También González Vila²² se pronuncia contra los topes matemáticos fijos de la sanción punitiva por atentar contra *“la finalidad preventiva y sancionatoria por cuanto permiten el cálculo anticipado del proveedor para generar su incumplimiento eficiente y/o*

(20) IRIGOYEN TESTA, Matías. “El tope apropiado de los Daños Punitivos”, RCyS 2010-XI, 48.

(21) GARDNER, Daniel. “Una tentativa de civilizar los daños punitivos: el caso de Quebec”, RCyS2019 - Edición Especial, 221 - ADLA2019-5, 141.

(22) GONZÁLEZ VILA, Diego S. “¿Es conveniente el tope matemático fijo de las sanción punitiva dejando su destino librado al prudente arbitrio judicial en todos los casos?”, Ponencia presentada

culpa lucrativa, la que, sumada al insuficiente sistema resarcitorio de “reparación plena”, a la morosidad judicial, devaluación e inflación sistemática de la economía argentina, permite licuar la condena impuesta al momento del pago efectivo”.

f) El patrimonio del dañador

Esta circunstancia ha sido tenida en cuenta en atención a que el nivel económico y solvencia del dañador puede tener incidencia en el reproche sancionatorio que busca la aplicación de la multa.

Una indemnización punitiva de baja cuantía a un proveedor que tiene un gran patrimonio, produce que la misma “*le duela*” poco o mejor dicho que el castigo sea leve con independencia de la gravedad de la conducta. A la inversa, una indemnización aun de baja cuantía puede producir una repercusión negativa alta, si el proveedor es un sujeto de escaso patrimonio.

Irigoyen Testa²³ no está de acuerdo en que el patrimonio del dañador daba ser tenido en cuenta para ponderar la cuantía de los daños punitivos, ya que desde su posición la principal función del instituto es la disuasión, mientras que la función de sanción a la que apunta este parámetro tiene un carácter netamente accesorio.

Por mi parte, estimo que las dos funciones que procuran lograr los daños punitivos -la punición y la disuasión- tienen igual jerarquía o rango, siendo por tanto ambas principales y se complementan mutuamente.

Sin perjuicio de ello, coincido en que el patrimonio del proveedor en principio no debiera ser un elemento de consideración al menos a los fines de elevar el importe de la multa. Es dable aclarar que me estoy refiriendo a la situación económica patrimonial del dañador y no a las ganancias provenientes del menoscabo que sí deben ser valoradas al momento de la cuantificación.

Entiendo que el principio de igual tratamiento ante la ley podría resultar vulnerado si se toma esta circunstancia concreta de nivel económico de bienes para justificar la imposición de multas con importes diferenciados frente a la comisión de una misma grave falta a un consumidor.

Mientras que, eventualmente, sí estimo podría ser utilizado el criterio para justificar una disminución de la indemnización atendiendo a razones de justicia en el caso concreto y principalmente a otros efectos de trascendencia social que la misma

en XX Congreso argentino de Derecho del consumidor (Debate del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor).

(23) IRIGOYEN TESTA, Matías. “Informe sobre el nuevo anteproyecto: los daños punitivos”, Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 27/03/2019, 567.

podría tener. Cossari²⁴ ejemplifica lo nefasto que sería para la sociedad el cierre de una empresa con pérdida de trabajos si la multa lo lleva al proveedor a la ruina.

Tal vez hubiera resultado más adecuado incorporar como pauta para la graduación la posición de mercado del proveedor, antes que su patrimonio. Ejemplifica Chamatropulos que hay que distinguir si quien actúa ilícitamente es una compañía que ostenta un monopolio, una empresa líder en algún segmento o un pequeño comercio sin sucursales²⁵.

g) La posible existencia de otras sanciones penales o administrativas

La última de las circunstancias que son enumeradas para la graduación del importe de la pena apunta a la existencia de otras sanciones de naturaleza penal o administrativa. Este parámetro apunta esencialmente a la necesidad de valorar el efecto sancionatorio y disuasivo que ya ha tenido para el dañador la aplicación de otras sanciones como consecuencia de la comisión de esa grave conducta perjudicial.

Se coincide con Irigoyen Testa²⁶ que para ser objeto de ponderación este criterio se requiere necesariamente que la sanción penal o administrativa haya sido efectivamente ordenada, no bastando con la posibilidad de su aplicación, ya que el efecto punitivo y disuasivo se concreta con la aplicación de la misma, antes que con su amenaza.

Si sé que determinada conducta dañosa acarrea solo una posibilidad de ser castigado que puede o no concretarse, entonces el efecto disuasivo claramente se diluye.

Es de destacar la indebida omisión que se realiza entre los parámetros enunciados al importe de la indemnización por daños y perjuicios a que fue condenado el proveedor, ya que la misma tiene una incidencia directa en las funciones que se persiguen mediante la aplicación de los daños punitivos.

Entiendo que existe una independencia aunque no absoluta sino relativa entre las indemnizaciones por sanciones pecuniarias disuasivas y las correspondientes por compensación de daños, ya que, si bien ambas responden a finalidades primarias distintas, la primera la sanción y la segunda la reparación, pero también comparten una finalidad común de prevención genérica disuasiva, aunque con distinta intensidad.

(24) COSSARI, Maximiliano. "Cuantificación de los daños punitivos en la jurisprudencia estadounidense y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", *RCyS2012-XII*, 53.

(25) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. "Los Daños Punitivos en la Argentina", *ob. cit.*, p.205.

(26) IRIGOYEN TESTA, Matías. "Informe sobre el nuevo anteproyecto: los daños punitivos", *Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 27/03/2019*, 567.

Ello justifica que, ante una indemnización resarcitoria elevada, la cual contempla un mayor “*poder disuasivo*”, pueda justificarse una reducción del importe en la multa punitiva, y a la inversa.

En consecuencia, se piensa que más allá de tratarse de indemnizaciones con finalidades distintas (reparación y sanción), la cuantificación del daño en la faz resarcitoria constituye una variable con incidencia en la valoración del daño punitivo, y por tanto con efecto en su cuantificación²⁷.

Desde esta perspectiva explica Irigoyen Testa²⁸ que es precisamente cuando la indemnización por daños y perjuicios no es suficiente para cumplir con la función de disuasión deseable socialmente, es necesario que los daños punitivos entren en escena para aportar su función principal preventiva mediante una sanción pecuniaria.

Mientras que si por el contrario la condena exclusiva por daños y perjuicios es idónea para satisfacer la función de disuasión deseable socialmente, entonces, la condena por daños punitivos carece de fundamento jurídico conforme con su finalidad principal disuasoria y accesoria sancionatoria.

En definitiva, se estima que debió haberse incorporado a la variable en cuestión la cuantía de la indemnización compensatoria de los daños, por ello se adhiere a la propuesta de Irigoyen Testa, para quien a los fines ponderativos deberá tenerse en consideración la existencia de otras “*condenas firmes pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto del mismo hecho*”²⁹.

Si bien la existencia de otras sanciones pecuniarias administrativas, penales o civiles recaída sobre el mismo hecho infractor con anterioridad pueden justificar una disminución en la cuantía indemnizatoria de la multa punitiva, por el contrario en caso de reincidencia, es decir de incurrir en una nueva conducta dañosa similar por la que ya ha sido penada debe constituir una razón para elevar el importe de la sanción, ya que ello pone de manifiesto la ineficacia disuasiva de la sanción anterior.

También se ha omitido como parámetro esencialmente vinculado a la finalidad disuasiva del instituto, la posibilidad que terceros o el mismo infractor pueda incurrir nuevamente en la misma conducta dañosa si no hay condena punitiva o si se trata por el contrario de un hecho aislado con escasa probabilidad que se repita.

(27) Entre otros, Martinotti expresa que el juzgador a la hora de imponer este tipo de sanciones debería considerar, además de la gravedad de la falta, la entidad del daño producido. MARTINOTTI, Diego F. “Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998”, LL 2001-F-1317. Por el contrario, por mayoría se aprobó en las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Santa Fe en el año 2019 que: “*La cuantificación del daño punitivo es independiente de la cuantía del daño que eventualmente deba indemnizarse*”.

(28) IRIGOYEN TESTA, Matías. “Informe sobre el nuevo anteproyecto: los daños punitivos”, *Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC*, 27/03/2019, 567.

(29) *Idem*.

De igual modo, otra variable puede ser la existencia de otros damnificados con derecho a reclamación, puesto que si existen otros procesos que se tramitan en forma simultánea contra el demandado en la cual se persigue también la aplicación de daños punitivos por una misma conducta, si no se unifican deberá esa circunstancia ser tenida en cuenta para limitar su cuantía.

Incluso puede justificarse su improcedencia en caso de acreditarse que ya ha sido sancionado el dañador por dicha conducta en forma suficiente porque se le ha aplicado una indemnización sancionatoria adecuada en otro proceso anterior, so riesgo de incurrir en una punición excesiva o irrazonable que admite ser morigerada conforme al art.1714 y 1715 CCCN.

V. Conclusiones

Los daños punitivos tienen reconocimiento legal en nuestro país y se impone su aplicación en aquellos casos autorizados normativamente. Es preciso realizar una labor interpretativa adecuada por parte de la doctrina de esa normativa a los fines de clarificar los presupuestos o requisitos que deben cumplirse para su procedencia. En esa tarea no debe perderse la finalidad principal del instituto que es esencialmente sancionatoria, es decir castigar graves conductas reprochables de los proveedores que atentan contra la dignidad del consumidor, que tiene protección constitucional (art. 43 CN).

Existe un deber legal (art. 3 CCCN) que impone la justificación de la operación cuantitativa de los daños punitivos y en consecuencia obliga a efectuar al juez una ponderación de los criterios legalmente establecidos a dichos efectos. Se estima que el mejor modo de cumplir con dicho mandamiento legal es mediante la utilización de fórmulas matemáticas.

A los fines de realizar la operación cuantitativa resulta de utilidad la determinación de los criterios valorativos que deben ser tenidos en cuenta para ponderar los importes indemnizatorios finales de las multas punitivas.

Dichos criterios han sido ampliados en el Anteproyecto de Ley de Defensa de Consumidor (art. 118) respecto a los enunciados en el régimen actualmente vigente (art. 52 bis Ley de Defensa de Consumidor) lo que resulta altamente beneficioso, ya que importa incorporar nuevas pautas que deberán ser judicialmente atendidas y expresada para justificar la cuantía que se ordena pagar en concepto de multa punitiva disuasoria.

Si bien la enunciación de nuevos parámetros es positiva, también se advierte la omisión de criterios importantes y que su aplicación en concreto puede resultar conflictivo con el establecimiento de un tope legal indemnizatorio por este rubro, de allí que se sostenga la inconveniencia de conservar dicho techo indemnizatorio.

VI. Bibliografía

ACCIARRI, Hugo A. "Funciones del derecho de daños y de prevención", *Revista La Ley* 2013-A-717.

ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M. "La incorporación de los daños punitivos al derecho de consumo argentino", *JA* 2008-II-1246.

ALVAREZ LARRONDO, Federico M. "Los daños punitivos", *Revista La Ley* 2000-A- 1111.

ALTERINI, Atilio A. "Soluciones del proyecto de Código en materia de Responsabilidad", *Revista La Ley* 2012-D-1157.

BILBAO ARANDA, Facundo M. "El grado de discrecionalidad judicial para fijar el monto del daño punitivo", *RDCO* 282, 09/02/2017, 44.

BRUN, Carlos A. "¿Hacia un derecho preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados daños punitivos)", *Revista Doctrina Judicial* 2004-3-1228.

BRUN, Carlos A. "¿Aplicación de daños punitivos por analogía?", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 2016-II-51.

CORNET, Manuel - RUBIO, Gabriel Alejandro. "Daños punitivos", *Anuario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, volumen III, Ed. Alveroni, Córdoba, Argentina, 1997.

COSSARI, Maximiliano. "Cuantificación de los daños punitivos en la jurisprudencia estadounidense y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 2012-XII-53.

COSSARI, Maximiliano. "Prevención y punición en la responsabilidad civil", Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2017.

CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. "Los Daños Punitivos en la Argentina", Ed. Errepar, Buenos Aires, 2009.

FRÚGOLI, Martín A. - BOTTA, Federico A. "Daños punitivos en el Código Civil y Comercial argentino", *Revista de Responsabilidad Código Civil y Comercial* 2018-III-189.

GARDNER, Daniel. "Una tentativa de civilizar los daños punitivos: el caso de Quebec", 2019 - Edición Especial, 221 - *ADLA*2019-5, 141.

GONZÁLEZ VILA, Diego S. "¿Es conveniente el tope matemático fijo de las sanción punitiva dejando su destino librado al prudente arbitrio judicial en todos los casos?", Ponencia presentada en XX CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO DEL CONSUMIDOR (Debate del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor).

IRIGOYEN TESTA, Matías. "El tope apropiado de los Daños Punitivos", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 2010-XI, 48.

IRIGOYEN TESTA, Matías. “Fórmulas para cuantificar los daños punitivos”, *Revista Jurisprudencia Argentina, Número Especial sobre Derecho y Economía, Fascículo Nº 13*, Abeledo Perrot, marzo de 2011.

IRIGOYEN TESTA, Matías. “Monto de los daños punitivos para prevenir daños reparables”, *DCCyE 2011* (diciembre), 19/12/2011, 87, Cita Online: AR/DOC/5799/2011.

IRIGOYEN TESTA, Matías. “Informe sobre el nuevo anteproyecto: los daños punitivos”, *Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC*, 27/03/2019, 567 (2019).

LÓPEZ COQUET, Lucía - MARCELLINO, Leonardo. “Daños punitivos por inobservancia al deber de información en forma gratuita a favor del consumidor”, *Revista La Ley* 03/05/2021.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Los daños punitivos*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo. “Daños punitivos en el Derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor”, *Revista Jurisprudencia Argentina* 2008-II-1201.

MARTINOTTI, Diego F. “Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998”, *Revista La Ley* 2001-F-1317.

MARTINOTTI, Diego F. “La aplicación analógica de los daños punitivos”, *Revista La Ley* 2016-A-135.

MARTINOTTI, Diego F. “La cuantificación de los daños punitivos”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 2016-X-61.

MOLINA SANDOVAL, Carlos A. “Elementos para una conceptualización adecuada de los daños punitivos a partir de un área de aplicación”, *Revista El Derecho* T.205-997 (2008).

MOSSET ITURRASPE, Jorge. “La ‘multa civil’ o daño punitivo. Comentario al proyecto de reforma al Código Civil de 1998”, *Revista La Ley* 2000-B-1277.

NALLAR, Florencia. “Prevención del daño: La multa civil o daño punitivo en el Proyecto de Código Civil de 1998”, *ADLA* 2007-E-5494.

NALLAR, Florencia. “Imprudencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes”, *Revista La Ley* 2009-D-96.

OSSOLA, Federico A. *Responsabilidad civil*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.

PIAGGIO, Aníbal Norberto- COMPIANI, M. Fabiana - CABRERA, Delma - VETRANO, Alejandro Javier, “Las condenaciones punitivas y el Proyecto de Código Civil de 1998”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2000, p.68.

PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, T. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009.

PIZARRO, Ramón D. "Daños punitivos", en "*Derecho de daños*", Segunda parte, Kemelmajer de Carlucci, Aída (Dir.), Parellada, Carlos A. (Coord.), Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1993.

PIZARRO, Ramón D. - STIGLITZ, Rubén S. "Reformas a la ley de defensa del consumidor", *Revista La Ley* 2009-B-949.

PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Gustavo G. *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. I, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2018.

PONS, Marcela V. - CORENFELD, Julio. "Cuantificación de daños punitivos", *Suplemento Jurisprudencia Argentina* 21/03/2018, p. 27.

QUAGLIA, Marcelo C. "El daño punitivo: la posibilidad de extender su aplicación más allá de la Ley de Defensa del Consumidor", *Revista La Ley* 2016-A-141.

SEMA, José Ignacio. "La función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial. Fundamentos de su reconocimiento legal", *Revista Doctrina Judicial* 16/09/2015.

TRIGO REPRESAS, Félix A. - LOPEZ MESA, Marcelo J. "Tratado de la Responsabilidad Civil", T. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005.

TOLOSA, Pamela. "Acciones de clase, "microdaños" a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales," en *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, Vol. 3-1, p.78, en <http://lajle.alacde.org/journal/vol3/iss1/3>

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. "La función preventiva de la responsabilidad civil", *Revista La Ley* 2016-F-1.

LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL GOBIERNO ABIERTO EN LAS CIUDADES INTERMEDIAS*

THE INSTRUMENTALIZATION OF OPEN GOVERNMENT IN INTERMEDIATE CITIES

*Edgar Gustavo Fernández Suárez***

Resumen: Los problemas de representatividad de las instituciones políticas y la necesidad de transparentar la gestión pública han impulsado el interés por las experiencias de Gobierno Abierto. Éste representa un nuevo paradigma de gobernanza basado en los principios de transparencia, control, participación e innovación. En forma complementaria, los usos intensivos de las Tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) abren posibilidades tanto a los gobiernos como a los ciudadanos para interactuar recíprocamente en relación al diseño y ejecución de las políticas públicas que tengan un impacto directo en la calidad de vida de la población. Esta interacción puede ser más intensa y fructífera en las ciudades de tamaño medio, más que en las grandes urbes en razón de su tamaño y la cercanía entre gobierno, organizaciones sociales y ciudadanos. En este texto se analizan los supuestos teóricos que fundamentan el Gobierno Abierto Local relacionándolo con las potencialidades que ofrecen las TIC para una gestión municipal de las ciudades intermedias que sea eficaz, participativa y transparente.

Palabras-clave: Gobierno Abierto - TIC - Ciudades intermedias - Transparencia - Gobierno local.

Abstract: The problems of representativeness of political institutions and the need to transparent public management have promoted interest in open government experiences. This represents a new governance paradigm based on the principles of transparency, control, participation and innovation. In a complementary way,

* Trabajo recibido el 7 de febrero de 2023 y aprobado para su publicación en 15 de marzo del mismo año.

** Doctor en Ciencias Políticas y Sociología (Universidad Complutense de Madrid). Profesor Titular de Derecho Político y Profesor Asistente de Sociología Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesor Titular de Sociología Jurídica y de Sociología Política de la Universidad Nacional de La Rioja. Miembro del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba). Presidente de la Asociación Nacional de Derecho Político (AADP). Director del proyecto de la SECyT: "Las TIC como herramientas de las políticas de Gobierno Abierto Local", Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (UNC). Correo electrónico: egfernandezsuarez@gmail.com

the intensive uses of Information technology and communications (ICTs) open possibilities both to governments and citizens, to interact reciprocally in relation to the design and implementation of public policies those have a direct impact on the quality of life of the population. This interaction can be more intense and fruitful in medium-sized cities, rather than in large cities because of their size and the proximity between government, social and citizen organizations. This text analyzes the theoretical assumptions that are based on the local open government relating it to the potential that ICT offers for a municipal management of intermediate cities that is effective, participatory and transparent.

Keywords: Open government - ICT - Intermediate cities - Transparency - Local government.

Sumario: 1. Las ciudades intermedias. Concepto e importancia. II. Gobierno Abierto: la Transparencia Política y las TIC. III. ¿Un nuevo paradigma de gobernanza? IV. Consideraciones finales. V. Bibliografía.

I. Las ciudades intermedias. Concepto e importancia

Desde finales del siglo pasado, la visibilidad de las ciudades intermedias ha adquirido cada vez mayor importancia por constituir no sólo el hábitat de la mayor parte de la sociedad mundial, sino también por sus enormes potencialidades para la constitución de territorios económica y ecológicamente sostenibles, capaces de brindar un desarrollo integral que asegure calidad de vida de sus habitantes. Esto es tan así, que se les reconoce *“la capacidad de intermediar, conectarse y vincularse con otros territorios urbanos y rurales cercanos, generar sinergias, compartir aprendizajes, potenciar la asociatividad (sic), productividad y diversificación económica”*¹. Ejemplo del creciente interés que han cobrado los estudios sobre ciudades intermedias, fue la Conferencia Hábitat III², realizada en la ciudad de Quito (Ecuador), en la que los gobiernos municipales, provinciales y nacionales, organizaciones de la sociedad civil e instituciones internacionales, coincidieron en considerar a las ciudades de tamaño intermedio³ como aquellas que ofrecen condiciones para una gobernabilidad y gestión más eficaz que las de las mega ciudades en áreas relativas a la seguridad

(1) “Ciudades intermedias: trampolín del desarrollo sostenible”. Hábitat y Desarrollo Urbano, 04 de agosto de 2018. Disponible: <https://la.network/ciudades-intermedias-trampolin-del-desarrollo-sostenible/> Recuperado: 28 de noviembre de 2020.

(2) Hábitat III, fue la conferencia de las Naciones Unidas sobre vivienda y desarrollo urbano sostenible. Tuvo lugar en Quito, Ecuador, del 17 al 20 de octubre de 2016. Las conferencias sobre vivienda, denominadas Hábitat, se celebran cada 20 años. Anteriormente Hábitat I se realizó en 1976 y Hábitat II, en 1996.

(3) Observatorio Parlamentario: “Smart Cities” en América Latina: la creciente importancia de las “ciudades intermedias”. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN), 15 de abril 2016. Disponible en: <https://www.bcn.cl/observatorio/americas/noticias/201csmart-cities201d-en-america-latina-la-creciente-importancia-de-las-201ccidades-intermedias201d> Recuperado: 15 de noviembre de 2022.

ciudadana, la salud, la educación, la cultura y los servicios sociales. Aquellas tienen condiciones que facilitan la conectividad y, por tanto, la cohesión social y el sentido de identidad y pertenencia de sus poblaciones.

Asimismo, las ciudades intermedias tienen un potencial significativo para mitigar los efectos negativos del cambio climático, por su capacidad para establecer una relación equilibrada con su entorno natural favoreciendo el desarrollo sostenible, su competitividad económica, y alcanzando un nivel de bienestar mayor aun que las economías de la mega ciudades.

En Latinoamérica el 80% de la población habita en zonas urbanas y son las ciudades intermedias las que muestran los mayores índices de crecimiento por encima de los promedios nacionales, “*desplazando a los ejes metropolitanos como nodos exclusivos de expansión y desarrollo, transformando para siempre el territorio latinoamericano*”⁴. En la región existen ciudades intermedias cuyas poblaciones oscilan entre un mínimo de 20.000 a 50.000 habitantes y un máximo entre los 500.000 y un millón, según sea la densidad demográfica de cada país. Estas urbes constituyen auténticos nexos que vinculan zonas rurales y urbanas, “*especialmente en torno a las relaciones de flujos de bienes, información y administración*”⁵.

Las **ciudades intermedias cuyas economías se concentran en la producción y distribución de bienes y servicios**, son actores estratégicos tanto en los procesos de urbanización de zonas rurales como en la expansión de las grandes urbes sobre las periferias. Este proceso está ligado a la realización de proyectos de infraestructura, explotación de los recursos naturales, la producción y la circulación de bienes, por lo que, si se gestionan con un sentido de gobernanza apropiada a sus características y con criterio de desarrollo estratégico integral, las ciudades intermedias tienden a ser menos desiguales que las grandes ciudades, con mejores coeficientes Gini respecto al promedio nacional de cada país de la región.

No obstante, la favorable ponderación del potencial de las ciudades intermedias en América Latina y el Caribe, no puede soslayar los problemas derivados de la economía informal, cuyo riesgo es ahondar las desigualdades y afectar la calidad de vida sus poblaciones. Estos riesgos reclaman la participación de la comunidad en la ejecución y el diseño de programas como una auténtica fuerza movilizadora.

La organización *Ciudades y Gobiernos Locales Unidos* (CGLU)⁶, considera que las ciudades intermedias son aquellas que cuentan entre cincuenta mil y un millón

(4) BORGES, Taís - GARCÍA, Analía - GARCÍA NÚÑEZ, Sofía. “Nuevos desafíos para la ciudad latinoamericana”, *Blog Ciudades sostenibles*, División Vivienda y Desarrollo Urbano (HUD) del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 14 de julio de 2017. Disponible en <https://blogs.iadb.org/ciudades-sostenibles/es/ciudad-latinoamericana/> Recuperado: 02 de diciembre de 2022.

(5) Observatorio Parlamentario: “Smart Cities” en América Latina...”, *Ídem*.

(6) Ciudades y Gobiernos Locales Unidos (CGLU) es una organización que está integrada por ciudades, gobiernos locales y regionales y asociaciones municipales de todo el mundo. CGLU fue

de habitantes, si bien no es un criterio uniforme, ya que la Unión Europea pone la vara algo más baja, entre veinte mil y medio millón de habitantes. Pero sí existe coincidencia en que la ciudad intermedia es aquella escala urbana cuyo tamaño *humaniza* a su gente, ralentiza el tiempo y permite a las personas disfrutar más de su tiempo y elegir el espacio en el que vivir la ciudad. Asimismo, se considera que debido a la condición de ser espacios de intermediación entre lo rural y lo urbano:

“...las ciudades intermedias son esenciales en la estructuración de la organización territorial, de la economía y actúan como amortiguadores frente a los impactos negativos de intercambios y flujos de nivel mundial. La resiliencia de (éstas) está ligada a la fuerza de su identidad, su cultura y la defensa de la diversidad”⁷.

La ONU Hábitat⁸ estima que, más de un sesenta por ciento de la población urbana mundial, vive en las ciudades intermedias, por lo que se las considera como los núcleos urbanos del futuro, no sólo por su crecimiento ininterrumpido sino porque asimilan sus cambios de una forma más ordenada y sostenible, y al mismo tiempo, lo hacen conservando un estilo de vida que media entre la gran ciudad y la localidad provinciana.

Las ciudades intermedias integran los ámbitos rural y urbano, constituyéndose con frecuencia, en vigorosos centros comerciales y culturales de vastos territorios. Debido a sus dimensiones, las ciudades intermedias facilitan las relaciones sociales de forma más intensa que en las grandes metrópolis, lo que permite incrementar la denominada *complejidad urbana*, esto es, las interacciones entre las personas. A su vez, la participación ciudadana y su implicación con los asuntos de la ciudad pueden amplificarse por la proximidad de estos entre sí, como también con autoridades y funcionarios públicos, para lograr consensos respecto de las políticas e iniciativas que fomenten su progreso integral.

Por otra parte, las ciudades intermedias se las considera como esenciales en la preservación de las identidades culturales y sentido de pertenencia, ya que resulta

fundada en 2004 sobre la base de la fusión de la Unión Internacional de Autoridades Locales (IULA) y la Federación Mundial de Pueblos y Ciudades Unidas (UTO).

(7) “Carta Declaración de Chefchaouen de las Ciudades Intermedias del mundo”. Ciudades y Gobiernos Locales Unidos (CGLU). Chefchaouen, Marruecos, 07 de julio de 2018. Disponible en https://www.uclg.org/sites/default/files/sp-declaracion_chefchaouen_-web_0.pdf Recuperado: 30 de octubre de 2022.

(8) El Programa de Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-HABITAT) es una agencia de las Naciones Unidas, establecida en 1978 después de la conferencia Hábitat I (Vancouver, Canadá), cuyo propósito es el de promover ciudades y pueblos social y ecológicamente sostenibles. La sede de la agencia es la ciudad de Nairobi, capital de Kenia. La ONU-HABITAT considera a las ciudades intermedias a aquellas que cuya población es de entre 100.000 y 500.000 habitantes, aunque hay otras mediciones que amplían el límite hasta un millón. Disponible en: <http://es.unhabitat.org/temas-urbanos/planificacion-y-disenho/> Recuperado: 30 de octubre de 2022.

más simple conservar aquellos aspectos culturales o etnográficos específicos que vinculan a los habitantes con los territorios que habitan. Esta importante cualidad favorece las políticas públicas municipales orientadas al progreso urbano sostenible y el mejoramiento de la calidad de vida de los vecinos.

Cabe señalar que Argentina cuenta con un índice de urbanización superior al 89% del total de la población. De ese porcentaje, la mitad habita en seis grandes ciudades y poco más de un 32% lo hace en 273 ciudades de carácter intermedio (10 mil a 500 mil habitantes), lo que nos indica la relevancia que tienen estas ciudades en el sistema urbano nacional⁹.

Esta escala de dimensión urbana representa una condición apropiada para capitalizar las condiciones locales favorables a la ejecución de políticas de transparencia y digitalización de los municipios que a continuación se describirán, por medio de estrategias apropiadas de gestión municipal que posicionen competitivamente a las ciudades de carácter intermedio frente a los desafíos de una economía globalizada.

La experiencia muestra que, con frecuencia, son los gobiernos los que deben tomar la iniciativa para promover la participación social y política de los ciudadanos como impulso al desarrollo, el mejoramiento de la calidad de vida y la legitimación de las políticas públicas. En este sentido, la incorporación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) a la gestión local se convierten en herramientas indispensables para un desarrollo sustentable en el tiempo, capaces de mejorar las condiciones de vida de sus vecinos y abrir vías para la participación y el fortalecimiento de la representatividad de las instituciones políticas.

II. Gobierno Abierto: la Transparencia Política y las TIC

En opinión del urbanista Brian H. Roberts, en su estudio titulado “Gestionando Sistemas de Ciudades Secundarias (2015)”¹⁰, sostiene que en América Latina existen factores específicos que impulsan la expansión de las ciudades intermedias no solo por sus potenciales beneficios sino también por sus mejores niveles de competitividad que otras ciudades del mundo; lo que nos permite sostener la necesidad de diseñar estrategias de cambio que conviertan a nuestras urbes en *ciudades inteligentes* como una política destinada a asimilar las oportunidades que brinda la economía global. Efectivamente, otra de las ventajas destacables de estas ciudades intermedias es la factibilidad de convertirse, con relativa facilidad, en eficientes ciudades inteligentes; una condición que favorece la realización de un Gobierno Abierto.

(9) TELLA, Guillermo. “El papel de las ciudades intermedias en Argentina”, *Plataforma Urbana*, 15 de marzo de 2016. Disponible en <http://www.plataformaurbana.cl/archive/2016/03/15/el-papel-de-las-ciudades-intermedias-en-argentina/> Recuperado: 05 de noviembre de 2022.

(10) ROBERTS, Brian H. *Gestionando Sistemas de ciudades secundarias. Políticas públicas en Desarrollo Internacional*, Cities Alliance & B.I.D., Bruselas - New York, 2015, pp. 150 - 151.

El Programa de Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (HABITAT) considera que las ciudades inteligentes -o en inglés, *Smart Cities*- deben erigirse en función de cinco principios: productividad, infraestructura, calidad de vida urbana, equidad y sustentabilidad medioambiental (calidad de vida, reducción de la emisión de gases de efecto invernadero); principios que materializan sobre la base del rol esencial que desempeñan las tecnologías (particularmente aplicadas al suministro y consumo de energía y agua, la provisión de transporte público y de seguridad ciudadana); conjuntamente la puesta en práctica de las políticas de inclusión social en el bienestar integral de sus habitantes.

Los efectos transformadores de las denominadas Tecnologías de la información y las comunicaciones han impactado no sólo en una amplia diversidad de actividades administrativas de los gobiernos y empresas, sino también en la casi totalidad de las relaciones económicas y transacciones financieras y, de un modo visible e inmediato, en nuestras propias vidas y relaciones personales. Sin duda, estas transformaciones impactan profundamente a las vinculaciones entre la ciudadanía, los partidos políticos, las organizaciones sociales y las instituciones gubernativas.

Este nuevo escenario social y político plasmado en el conjunto de las nuevas tecnologías de la comunicación, puede convertirse en el sustento de una democracia digital, cuyo rasgo principal es la factibilidad de contar con nuevas vías de participación ciudadana por medio del uso intensivo de las TIC; y de este modo, fortalecer la representatividad de las instituciones democráticas en términos de transparencia, tiempo real, eficacia, eficiencia, costos y diversidad temática¹¹.

Nuestro tiempo se caracteriza por la extensión y profundidad de una diversidad de cambios culturales por efecto de la revolución científico - tecnológica, que confluyen en dos conceptos íntimamente ligados: la *Sociedad del Conocimiento* y la *Sociedad de la Información*. Ambas impactan de tal manera que implican modificaciones en las estructuras políticas, sociales, económicas, jurídicas, debido a que las TIC hacen posible la obtención, el almacenamiento, el procesamiento y la distribución en tiempo real, la información que fluye por todas las vías de comunicación de una sociedad.

Conviene señalar que, con frecuencia, ambas expresiones se las utiliza como sinónimos. Sin embargo, aunque están íntimamente ligados, expresan dos realidades diferentes. La sociedad de la información es una condición de la sociedad del conocimiento; teniendo la primera relación con la innovación tecnológica y, la segunda, “*con una dimensión más amplia de transformación social, cultural, económica*”

(11) ALEUY, Mahmud. “La votación Electrónica”, en GANUZA, Enrique *et al.* *Modernización del régimen electoral chileno*, 1° edición. CIEP - CIEPELAN, Libertad y Desarrollo y Proyectamérica, Santiago de Chile, 2007, p. 239.

y política; o, dicho de otra manera, que la sociedad de la información es una etapa previa de este nuevo tipo de sociedad que nos llevará finalmente a la etapa del conocimiento”¹².

La evolución acelerada de nuevas tecnologías informáticas, implica una constante demanda de la sociedad para que actores públicos y privados, adopten medidas “para promover la incorporación del conocimiento en la producción, en los procesos administrativos, así como en la prestación de servicios públicos”¹³. Por tanto, la sociedad de la información se vincula con la sociedad del conocimiento porque es el soporte de las relaciones sociales, y sobre las cuales se erigen las condiciones imprescindibles que posibilitan construir conocimiento por medio de las tecnologías.

Sin embargo, sería un error suponer que la existencia de la sociedad de la información implica necesariamente la existencia de la sociedad del conocimiento, ya que ésta se identifica con el desarrollo de la ciencia, la investigación, la educación, la tecnología y la cultura avanzan hacia un proceso de mejora continua para crear escenarios capaces de enfrentar el crecimiento económico y global, piezas fundamentales en el progreso socioeconómico¹⁴. El entorno digital en el que la Sociedad del Conocimiento se inserta, constituye “la infraestructura de base que facilita y hace posible un acceso más fluido a la información y la gestión del conocimiento; y por el otro, por los valores subyacentes en los patrones de interacción que promueve la cultura digital: prácticas abiertas, transparentes, participativas y colaborativas”¹⁵.

La Sociedad del Conocimiento incrementa el valor del saber y la autonomía creativa de los ciudadanos, cada vez más exigentes y demandantes de participación y protagonismo en los procesos de elaboración y decisión de las políticas públicas que afectan su bienestar, su seguridad y su futuro.

Cuando los actores gubernamentales toman conciencia del vertiginoso impacto tecnológico de las TIC en todos los ámbitos de la vida social, es el momento de implementar consecuentemente estrategias comunicacionales para informar los logros de su gestión gubernativa, la ejecución de proyectos y avances, posibilitar la admisión de demandas, apoyos, sugerencias y críticas de la ciudadanía, como así también, facilitar la gestión de procesos administrativos y la atención de servicios.

(12) ARAIZA DÍAZ, Verónica. “Pensar la sociedad de la información/conocimiento”, Biblioteca Universitaria, 15 (1), 2012, p. 36. Disponible en: <http://revistas.unam.mx/index.php/rbu/article/view/32609> Recuperado: 27 de octubre de 2022.

(13) PÉREZ ZÚÑIGA, Ricardo - MERCADO LOZANO, Paola - MARTÍNEZ GARCÍA, Mario - MENA HERNÁNDEZ, Ernesto. “La sociedad del conocimiento y la sociedad de la información como la piedra angular en la innovación tecnológica educativa”, *Revista Iberoamericana de la Investigación y el Desarrollo Educativo* (RIDE) vol. 8 no. 16 Guadalajara, México. Enero/junio de 2018, p. 7.

(14) PÉREZ ZÚÑIGA *et al.*, *op. cit.*, p. 9.

(15) TAPSCOTT, Don - WILLIAMS, Anthony D. *Macro Wikinomics. Nuevas fórmulas para impulsar la economía mundial*. Paidós, Barcelona, 2011, p. 15.

Durante la década del noventa surgió el concepto de Gobierno Electrónico (GE) para designar el uso de las tecnologías de la información y la comunicación “para proveer servicios gubernamentales independientes del tiempo, distancia y complejidad organizacional”, es decir, una perspectiva instrumental y orientada a la asignación óptima de los recursos para lograr “una administración ágil, flexible, eficiente y, sobre todo, transparente, todo lo cual implica un trabajo estrecho y coordinado entre las áreas de gobierno y las áreas técnicas”¹⁶.

Sin embargo, el GE es apenas una parte de un proceso mucho más amplio, conceptualmente reconocido como Gobierno Abierto (GA), ya que, el primero supone esencialmente la utilización de las TIC como infraestructura de comunicación y de gestión gubernativa, mientras que el segundo, representa un nuevo paradigma de relación entre gobernantes y gobernados, entre Estado y Sociedad.

De acuerdo a la “Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto” (CIGA, 2016) propiciada por el Centro Iberoamericano del Desarrollo (CLAD)¹⁷, el GA se sustenta en cuatro principios fundamentales: (a) Transparencia y acceso a la información pública; (b) rendición de cuentas; (c) participación ciudadana; y (d) colaboración e innovación.

Estos pilares tienen como finalidad promover la participación ciudadana, fortalecer la democracia, la legitimidad de la acción pública y el bienestar colectivo.

La *Transparencia* implica poner a disposición de los ciudadanos toda la información sobre las actividades y decisiones gubernamentales, de manera abierta, actualizada y exhaustiva. La *Rendición de Cuentas* supone la existencia de reglas, normas y procedimientos para que los organismos de gobierno justifiquen sus acciones, respondan a pedidos de informe y admitan la responsabilidad por sus acciones u omisiones.

A su vez, una política de Gobierno Abierto presupone admitir el control de la ciudadanía sobre la gestión pública en todos sus niveles, para lo cual es necesario motivar un cambio cultural que naturalice el compromiso de todos con la gestión pública y sus resultados. Por tanto, la *Participación Ciudadana* debe ser estimulada, tanto por los gobiernos como por las organizaciones civiles, para establecer esa cultura cívica propensa a involucrarse en el debate público y canalizar por las vías institucionales aquellas propuestas o soluciones en temas que la ciudadanía haya percibido como relevantes, pero que aún no se hayan abordado por el gobierno

(16) NASER, Alejandra - CONCHA, Gastón. “El gobierno electrónico en la gestión pública”, CEPAL, *Serie Gestión Pública*, nº 73, Santiago de Chile, 2011, p. 11.

(17) El Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), publica una serie de documentos estratégicos conocidos como Cartas Iberoamericanas. La finalidad de las mismas ha sido el de establecer un marco de referencia para fomentar la transformación y modernización de los Estados regionales y la mejora continua de sus administraciones públicas. La Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto (CIGA) fue aprobada por la XVII^o Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, realizada los días 7 y 8 de julio de 2016, en la ciudad de Bogotá.

municipal. Se trata, pues, de crear una asociación entre los recursos que pueden aportar la sociedad civil y el Estado.

Contrariamente a lo que se podría suponer, este pilar del Gobierno Abierto es uno de los más activos y que, usualmente, muchas ciudades medianas de nuestro país desarrollan sin tener conciencia de ello, ya que la proximidad entre gobernantes y ciudadanos es tal, que se llevan a cabo acciones colaborativas en múltiples áreas de intervención pública.

Por último, el principio de *Tecnología e Innovación*, se refiere al compromiso de los gobiernos en asegurar a los ciudadanos el acceso abierto a las nuevas tecnologías como motores de la innovación para soluciones creativas a los problemas de carácter público. Este principio tiene mucha relevancia, por un lado, para reducir las brechas digitales para individuos y empresas, y por el otro, para el aprovechamiento de las oportunidades para todos los actores sociales a favor de la inversión económica y la generación de empleo en la ciudad.

Cabe agregar que estos principios se sustentan, a su vez, en dos pilares estratégicos cuya finalidad es alcanzar la consecución de un *Estado Abierto*, y que son la Apertura de datos (Open Data) y Reutilización de la Información del Sector Público (RISP); y la Apertura de Procesos y Políticas Públicas (Open Process).

III. ¿Un nuevo paradigma de gobernanza?

Podemos apreciar que el Gobierno Abierto se configura como un modelo de gobernanza que aspira al *empoderamiento* de los ciudadanos y su participación activa en los procesos de decisiones, conformando un proceso de co-gobierno. Pero, ¿por qué afirmamos que estamos en presencia de un nuevo paradigma de gobernanza? Es posible responder a esta cuestión cuando se comprende la naturaleza del cambio que propone el GA cuya propósitos es superar la profunda crisis de credibilidad política y social que afecta a todas las instituciones representativas tradicionales en los que se asienta la democracia occidental: gobierno, parlamento, partidos políticos, administración de justicia, pero que afecta inclusive, a las organizaciones sociales de diversa índole como los sindicatos, corporaciones, las iglesias tradicionales, etc.

El severo déficit de confianza que sufren las instituciones políticas representativas, se expresan en diversos grados de insatisfacción de la ciudadanía particularmente con relación al funcionamiento de las instituciones representativas. La histórica relación vertical y unidireccional entre gobernantes y ciudadanos, comienza a experimentar transformaciones destinadas a establecer -merced a la implementación del Gobierno Abierto en el que las TIC tienen una importancia decisiva- una nueva filosofía de gobierno, caracterizado por el establecimiento de

relaciones de tipo horizontal y cooperativo¹⁸. Este rediseño del concepto de gobierno consiste en poner en marcha tanto un conjunto de iniciativas y herramientas de Gobierno Electrónico como fundamento de una nueva arquitectura cívica para gestionar los asuntos públicos (Open Data y Open Process), todo ello, sobre la base de los principios ya mencionados: políticas de transparencia, rendición de cuentas, participación ciudadana, colaboración cívica y uso intensivo de las TIC.

Efectivamente, el establecimiento de una política inspirada y orientada por el enfoque de GA supone mejorar los niveles de transparencia y acceso a la información mediante la apertura de datos públicos. De este modo se posibilita el ejercicio del control social y la rendición de cuentas, además de favorecer el reciclaje de la información del sector público para promover la innovación y el avance económico de la sociedad local, regional o nacional.

De igual modo, y teniendo en cuenta la referencia a la crisis de representatividad de las instituciones políticas y sociales, se trata de facilitar la participación de la ciudadanía en la planificación y puesta en marcha de las políticas públicas; como así también en la generación de espacios de colaboración estratégica entre los actores estatales y privados para co-diseñar y/o co-producir valor público¹⁹.

Desde el lanzamiento de la “Alianza para el Gobierno Abierto” (AGA, 2011)²⁰, una iniciativa multilateral que involucra a un gran número de países y, entre ellos, la mayoría de los países de América Latina y el Caribe, se han logrado diversos niveles de progreso respecto a:

- i) Incrementar los niveles de transparencia y de rendición de cuentas;
- ii) Expandir los mecanismos efectivos de participación ciudadana, y
- iii) Generar plataformas innovadoras para fomentar la colaboración cívica a fin de co-crear valor público en la planificación, el diseño, la implementación y la evaluación de políticas y servicios públicos.

(18) OZSLAK, Oscar: *Gobierno Abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública*, Red de Gobierno electrónico de América Latina y el Caribe - Red GEALC, 2013, p. 4.

(19) RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro V. “Gobierno abierto y modernización de la gestión pública: Tendencias actuales y el (inevitable) camino que viene. Reflexiones seminales”, *Revista Enfoques*, Volumen IX, Nº15, Universidad Central de Chile, diciembre de 2011, pp. 95 - 125.

(20) La Alianza para el Gobierno Abierto (AGA), en inglés *Open Government Partnership (OGP)*, es una iniciativa aprobada durante el 66º período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones, en septiembre de 2011, para mejorar el desempeño y de la calidad de los gobiernos. En la actualidad, a la Alianza la integran 75 estados miembros, dieciséis de los cuales pertenecen a Latinoamérica y el Caribe, cuyos gobiernos se comprometen a adoptar medidas de promoción de la transparencia, la participación ciudadana en el debate y en la decisión de los asuntos públicos, el combate contra la corrupción y el aprovechamiento de las nuevas tecnologías para robustecer la gobernanza democrática y la calidad de los servicios públicos. Todas las medidas que se impulsen con estos propósitos representan un esfuerzo conjunto entre gobierno y sociedad civil para hacer posible el gobierno abierto en todos los niveles de decisión política.

Este proceso, es una respuesta a la percepción de que un nuevo tipo de ciudadano se está configurando en las últimas décadas, sobretudo en Occidente, como consecuencia de la revolución de las comunicaciones y la información que ha impulsado la maduración de un proceso de concientización y revalorización de los derechos individuales y colectivos y, consecuentemente, las aspiraciones a concretarlos a través de la participación y el control ciudadano.

El nuevo tipo de ciudadano que emerge en el escenario contemporáneo de la vida social y política, se caracteriza por un mayor ejercicio de la capacidad crítica y por un grado de organización que pretende participar en la elaboración de soluciones para los problemas y necesidades de su ciudad, provincia o región. Éste es el cambio de paradigma al que hicimos referencia, el mismo que representa una transformación del rol que desempeña el ciudadano en el sistema político, que pasa de ser un actor secundario para convertirse en un generador de valor y conocimiento; comprometido activamente con los asuntos públicos que afectan directamente su calidad de vida y su futuro.

Pero, es preciso subrayar que este activismo cívico se potencia, en buena medida, merced a la utilización de las redes y tecnologías digitales, las cuales permiten visibilizar demandas sociales que toman cuerpo en el debate público con particular fuerza y capacidad de ejercer presión en la agenda política y formar *valor público*.

El Valor Público es un concepto introducido en 1995 por Mark Moore como un enfoque destinado a trazar “*una estructura de razonamiento práctico que suponga una guía para el gestor público*”²¹. Así, se propone cambiar el enfoque tradicional de la gestión pública orientado hacia una acción eficaz y eficiente de acuerdo a objetivos políticos de los gobiernos y desde una perspectiva centrada exclusivamente en la administración pública (en lugar de actuar de modo similar al de la empresa), y cuyo resultado ha sido, con frecuencia, la ausencia de liderazgo en la prestación de servicios públicos.

Por el contrario, Moore propone que los recursos públicos generen valor tal como lo hacen las empresas privadas, o sea, admitiendo la perspectiva de los ciudadanos desde el diagnóstico, la planificación, la ejecución y la evaluación de las políticas públicas con la finalidad de materializar beneficios sociales que sean percibidos por los propios destinatarios, al igual que lo haría el consumidor o usuario de un producto o servicio.

El valor público se nutre del propósito de “*fortalecer los sistemas democráticos, incrementar los niveles de confianza de la ciudadanía en las instituciones políticas, poten-*

(21) MOORE, Mark H. *Gestión estratégica y creación de valor en el sector público*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 19.

ciar la participación y el compromiso cívico, mejorar la calidad, eficacia y eficiencia de los gobiernos y de sus administraciones públicas"²².

Esta conceptualización del valor público es compatible con los objetivos de la Alianza para el Gobierno Abierto, ya que ésta compromete a los gobiernos a llevar a cabo un conjunto de acciones relacionadas con cinco ejes estratégicos, los cuales son:

- i) Mejoramiento de los servicios públicos (msP)
- ii) Incremento de la integridad pública (IIP)
- iii) Gestión efectiva y eficiente de los recursos públicos (GERP)
- iv) Creación de comunidades más seguras (Ccs)
- v) Incremento de la responsabilidad corporativa y rendición de cuentas institucional y del sector privado (IRC).

Sin duda, una política de Gobierno Abierto requiere del trabajo cooperativo entre los organismos gubernamentales, los ciudadanos, las empresas y organizaciones de la sociedad civil para tomar decisiones consensuadas y asumidas en forma colectiva. El horizonte que esta política de acuerdos aspira a alcanzar, es el restablecimiento de la credibilidad y confianza en la capacidad de los gobiernos y el fortalecimiento de la calidad institucional del Estado de Derecho; para contar con instituciones *"más eficientes, eficaces y transparentes en apoyo de los procesos de reforma del Estado y modernización de los servicios públicos"*²³.

Sin embargo, pese a los esfuerzos que buena parte de los países de América Latina y el Caribe han impulsado en materia de Gobierno Abierto, su componente participativo es un aspecto aún ausente en el formato de interacciones institucionalizadas entre Estado y Sociedad, quizás con la excepción de Brasil o Uruguay, que exhiben un comportamiento más favorable a la articulación diagonal y transversal. Es probable que la tendencia general se incline por un aumento sostenido de la cantidad de portales dedicados a datos abiertos, pero con una escasa admisión de las demandas de la ciudadanía. El énfasis dado por los países de la región al Gobierno Abierto, está más bien orientado a la importancia de la transparencia de la gestión y la integridad, particularmente aquellos aspectos vinculados a las compras públicas²⁴.

No obstante, en el ámbito de las ciudades y en particular en las *ciudades intermedias*, se advierte un proceso creciente de transformación de aquellas en ciudades inteligentes mediante un consenso entre gobiernos, actores sociales y agentes económicos desde el momento en que se comprende el valor instrumental y estratégico que tienen las nuevas tecnologías para acceder al círculo virtuoso del progreso de

(22) RAMIREZ-LUJAS, Álvaro V. - DASSEN, Nicolás. "Gobierno abierto es la respuesta: ¿Cuál era la pregunta?", *Revista Más Poder Local*, Núm. 12, Murcia, 2012, pp. 14 - 22 (Especial Redes sociales y gobernanza).

(23) HOFMANN, Andrés - RAMIREZ-ALUJAS, Álvaro - BOJORQUEZ, José A. (coord.). *La promesa del Gobierno Abierto* InfoDF e ITAIP, México - Chile, 2013; p. 193.

(24) *Idem*.

una ciudad. La cercanía e intensidad de las interacciones entre las instituciones municipales y los vecinos favorecen las aspiraciones de lograr la inclusión generalizada de las TIC para el uso y gestión de los servicios públicos, y para la apertura de vías de participación y control ciudadano.

Entonces, entendemos como Ciudad Inteligente a aquella comunidad en la que se establecen formas de relaciones entre gobernantes, vecinos y agentes sociales de modo bidireccional mediante la utilización de las nuevas tecnologías de la Información y de la Comunicación; o sea, una *“ciudad interconectada en la que se han generado una serie de servicios por parte de los poderes locales, para poner la tecnología al servicio de las necesidades de los ciudadanos”*²⁵.

El Banco Interamericano de Desarrollo (BID), en su informe “La Ruta hacia las Smart Cities: Migrando de una gestión tradicional a la ciudad inteligente”, define a las ciudades inteligentes como:

*“...aquella que coloca a las personas en el centro del desarrollo, incorpora tecnologías de la información y la comunicación en la gestión urbana y usa estos elementos como herramientas para estimular la información de un gobierno eficiente, que incluya los procesos de planificación colaborativa y participación ciudadana. Al promover un desarrollo integrado y sostenible, las ciudades inteligentes se tornan más innovadoras y competitivas, atractivas y resilientes, mejorando así las vidas de sus ciudadanos y empresarios”*²⁶.

Estos propósitos que procura alcanzar una ciudad inteligente, se deben asentar en cuatro criterios bien definidos:

Sostenibilidad: esto es, contar con una administración pública que, conjuntamente con la participación del sector privado, trabajen mancomunadamente comprometidos con el uso racional de los recursos naturales en beneficio de las generaciones actuales y futuras, gracias al uso de tecnologías digitales u otros medios para reducir costos y optimizar el consumo.

Inclusividad y transparencia: para establecer una comunicación directa con los vecinos, mediante la disponibilidad de datos abiertos y permitir el seguimiento y control de las finanzas públicas.

(25) BENÍTEZ GUTIÉRREZ, Gabriel. “Ciudad Digital: paradigma de la globalización urbana”, *Revista Bitácora Urbano Territorial*, vol. 27, núm. 1, Universidad Nacional de Colombia, 2017; pp. 79-88.

(26)() BOUSKELA, Mauricio - CASSEB, Márcia - BASSI, Silvia - DE LUCA, Cristina - FACCHINA, Marcelo. *The road toward smart cities: migrating from traditional city management to the smart city*. Inter-American Development Bank (IDB Monograph), New York, 2016; p. 16. Disponible en versión digital: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7743/La-ruta-hacia-las-smart-cities-Migrando-de-una-gestion-tradicional-a-la-ciudadinteligente.pdf?sequence=10&isAllowed=y> Recuperado:18 de Agosto de 2022.

Generador de riqueza: ya que cuenta con la infraestructura adecuada para la generación de empleos de alta calidad, innovación, competitividad y crecimiento de los negocios.

Orientada a las necesidades de la ciudadanía: se inspira en la mejora integral de la calidad de vida de su población y el acceso rápido y eficiente a los servicios públicos, lo que significa poner todos los avances tecnológicos al servicio del bienestar humano. En síntesis, “la gobernanza de las ciudades debe ser pensada de forma sostenible, maximizando las oportunidades económicas y minimizando los daños ambientales”²⁷.

En América Latina, entre las ciudades de tamaño intermedio que están implementando soluciones innovadoras a través de la tecnología en América Latina, según el Índice de Ciudades en movimiento (2020)²⁸, se encuentran Ciudad de Panamá, San José de Costa Rica y Cartagena, entre las más destacadas. Pero, siendo nuestro continente, una de las regiones más urbanizadas del planeta, solo unas pocas ciudades podrían considerarse como “ciudades inteligentes integrales”. Empero, es justo destacar que son muchos los municipios que están empeñados en maximizar el potencial que ofrecen las TIC para mejorar las vidas de sus pobladores.

El Banco Interamericano de Desarrollo (BID), se ha propuesto como meta hacia el 2025, construir ciudades más sostenibles e inteligentes capaces de abordar eficientemente problemas de movilidad, seguridad o el cambio climático²⁹. Con este propósito, el BID ha desarrollado una metodología innovadora con la que pretende ayudar a las ciudades a identificar y comprender sus niveles de madurez *smart*, así como los principales factores de éxito que deben perseguir para convertirse en ciudades inteligentes³⁰.

Esta metodología contempla dos áreas de análisis: las dimensiones y la infraestructura. Las *dimensiones* designan las áreas funcionales por las cuales se gestionan los servicios de una ciudad inteligente: medio ambiente, seguridad, educación,

(27) OSPINA, Juan Pablo. “Ciudades Inteligentes en América Latina”, Conexión INTAL - Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Disponible en: http://conexionintal.iadb.org/2018/11/27/267_e_ideas6/ Recuperado: 27 de julio de 2022.

(28) IESE *Cities in Motion Strategies* (Ciudades en movimiento) es una plataforma de investigación del Centro para la Globalización y la Estrategia del Instituto de Estudios Superiores de la Empresa (IESE Business School), de la Universidad de Navarra. La iniciativa conecta una red mundial de expertos en ciudades y empresas privadas especializadas con administraciones locales de todo el mundo, para desarrollar herramientas innovadoras que generen ciudades más inteligentes. Anualmente elabora un *ranking* de ciudades inteligentes <https://blog.iese.edu/cities-challenges-and-management/2020/10/27/iese-cities-in-motion-index-2020/>. Recuperado 24 de enero de 2023.

(29) BOUSKELA, Mauricio - MOLINA LEDESMA, Alfredo - LÓPEZ RAMÍREZ, Julio - ZAPPAROLI, Isabelle. “¿Está mi ciudad preparada para convertirse en una ciudad inteligente?”, *Ciudades Sostenibles*, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 07 de Diciembre de 2021 <https://blogs.iadb.org/ciudades-sostenibles/es/esta-mi-ciudad-esta-preparada-para-convertirse-en-una-ciudad-inteligente/> Recuperado: 8 de enero de 2023.

(30) *Ídem*.

economía, movilidad y estilo de vida. En cuanto a la *infraestructura*, se refiere a las infraestructuras tecnológicas físicas y digitales disponibles, es decir, la capacidad y potencial de la ciudad para “*generar y analizar datos y producir información útil que ayude a mejorar la planificación y prestación de los servicios*”.

La aplicación de esta metodología en diez ciudades de toda América Latina y el Caribe, dio como resultado que las mismas presentan una madurez global de 2.42, colocándolas en un Nivel II, tanto en infraestructura como en dimensiones.

IV. Consideraciones finales

Como hemos expuesto a lo largo de este texto, es posible establecer una vinculación muy estrecha en términos operativos y complementarios, entre conceptos que representan por sí mismos, la promoción del cambio social y político en una ciudad, región o país: Gobierno Electrónico, Gobierno Abierto Local, Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación, Ciudades Intermedias, Ciudad Inteligente, Sociedad del Conocimiento y la Información.

Si tenemos en cuenta que las TIC son instrumentos de transformación de la vida social que han modificado profundamente las formas de interacción entre individuos e instituciones, no cabe duda que expresan un rasgo predominante de la cultura post moderna. Este nuevo escenario hace que los ciudadanos no puedan admitir que sus gobiernos locales no sintonicen con las innovaciones tecnológicas que caracterizan a la sociedad de la información y la comunicación. En otras palabras, no se puede concebir la existencia de un municipio cuyo desenvolvimiento continúe anclado en estructuras y formalidades administrativas propias de la etapa anterior a la aparición de la internet, en la que las formas de relaciones y procedimientos estaban sujetas a la materialidad del papel. Entonces, la tendencia al cambio es impulsada por la misma sociedad, en la medida que cada vez más, naturaliza el uso de las tecnologías para resolver todos los aspectos de la vida cotidiana. Estamos inmersos en la construcción de una nueva cultura ciudadana erigida sobre la plena conciencia de sus derechos, la defensa de su autonomía individual y el ejercicio de su capacidad de iniciativa.

En este sentido, las ciudades intermedias se encuentran en condiciones favorables para efectuar las reformas destinadas al establecimiento de un gobierno abierto que conjugue los principios de transparencia y acceso a la información pública; rendición de cuentas; participación ciudadana; colaboración e innovación, conjuntamente con los requisitos constitutivos de una ciudad inteligente que, como se ha descrito, implica una incorporación de la tecnología puestas al servicio de la calidad de vida y la seguridad de las personas que forman parte de una ciudad. A diferencia de las grandes urbes, con sus complejidades y asimetrías sociales, las ciudades intermedias tienen un cuerpo social más integrado y que, por sus dimensiones y densidad demográfica, es posible instrumentar políticas legitimadas por consensos alcanzados mediante la participación de todos los sectores sociales.

Además, aunque no sea generalizable, las ciudades de tamaño medio suelen ser centros de un marco geográfico rural que les permite convertirse en ejes de la dotación de servicios básicos y de la producción de bienes y servicios, para un desarrollo territorial sostenible e innovador, y añadir “valor e identidad a la producción del campo”, y atraer “insumos de las grandes urbes para generar intercambios, empleo y movimiento dinámico de las economías locales”³¹. Esta capacidad para integrar una unidad territorial compleja hace posible brindar oportunidades de empleo y mejor calidad de vida para las poblaciones migrantes - especialmente jóvenes y mujeres.

En nuestro país un tercio de la población reside en ciudades de tamaño medio que, conforme a nuestras características demográficas, oscilan entre los diez mil a 500 mil habitantes, mientras que la mitad del total en una decena de ciudades. Este desequilibrio de la distribución poblacional en el territorio argentino, plantea desafíos y oportunidades ya que, por un lado, es imperioso establecer las bases de un desarrollo socioeconómico más equitativo y potente y, por el otro, surge un escenario propicio para un municipalismo orientado expresamente a la materialización del Gobierno Abierto asociadas a una política activa de incorporación de los avances tecnológicos al servicio de la producción y del bienestar de las personas.

V. Bibliografía

ALEUY, Mahmud. “La votación Electrónica”, en GANUZA, Enrique *et al.* *Modernización del régimen electoral chileno*, 1º edición. CIEP - CIEPELAN, Libertad y Desarrollo y Proyectamérica, Santiago de Chile, 2007.

HOFMANN, Andrés - RAMIREZ-ALUJAS, Álvaro - BOJORQUEZ, José A. (coord.). *La promesa del Gobierno Abierto*, InfoDF e ITAIP, México - Santiago de Chile, 2013.

MOORE, Mark H. *Gestión estratégica y creación de valor en el sector público*, Paidós, Barcelona, 1998.

NASER, Alejandra - COCHA, Gastón: “El gobierno electrónico en la gestión pública”, CEPAL, *Serie Gestión Pública*, nº 73, Santiago de Chile, 2011.

OZSLAK, Oscar. *Gobierno Abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública*, Red de Gobierno electrónico de América Latina y el Caribe - Red GEALC, 2013.

PÉREZ ZÚÑIGA, Ricardo - MERCADO LOZANO, Paola - MARTÍNEZ GARCÍA, Mario - MENA HERNÁNDEZ, Ernesto. “La sociedad del conocimiento y la sociedad de la información como la piedra angular en la innovación tecnológica edu-

(31) MONTENEGRO ERNST, Diego. “Ciudades Intermedias como Instrumentos para el Desarrollo Territorial Sostenible e Innovador”, Blog. *Instituto de Cooperación para la Agricultura (IICA)*, 06 de abril de 2021. <https://blog.iica.int/blog/ciudades-intermedias-como-instrumento-para-desarrollo-territorial-sostenible-e-innovador> (Recuperado: 11 de enero de 2023).

cativa”, *Revista Iberoamericana de la Investigación y el Desarrollo Educativo* (RIDE), vol.8, núm. 16, Guadalajara, México, Enero/junio de 2018.

RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro V. “Gobierno abierto y modernización de la gestión pública: Tendencias actuales y el (inevitable) camino que viene. Reflexiones seminales”, *Revista Enfoques*, Volumen IX, N°15, Universidad Central de Chile, diciembre de 2011, pp. 95 - 125.

RAMIREZ-LUJAS, Álvaro V. - DASSEN, Nicolás. “Gobierno abierto es la respuesta: ¿Cuál era la pregunta?”, *Revista Más Poder Local*, Núm. 12, Murcia, 2012, pp. 14-22.

ROBERTS, Brian H. *Gestionando Sistemas de ciudades secundarias. Políticas públicas en Desarrollo Internacional*, Cities Alliance & B.I.D., Bruselas - New York, 2015.

TAPSCOTT, Don - WILLIAMS, Anthony D. *Macrowikinomics: Nuevas fórmulas para impulsar la economía mundial*, Paidós, Barcelona, 2011.

Sitios internet

ARAIZA DÍAZ, Verónica (2012). “Pensar la sociedad de la información/conocimiento”, *Biblioteca Universitaria*, 15 (1), p. 36. Disponible: <http://revistas.unam.mx/index.php/rbu/article/view/32609>

BORGES, Taís - GARCÍA, Analía - GARCÍA NÚÑEZ, Sofía. “Nuevos desafíos para la ciudad latinoamericana”, en Blog *Ciudades sostenibles* perteneciente a la División Vivienda y Desarrollo Urbano (HUD) del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 14 de julio de 2017. <https://blogs.iadb.org/ciudades-sostenibles/es/ciudad-latinoamericana/>

BOUSKELA, Mauricio - LÓPEZ RAMÍREZ, Julio - ZAPPAROLI, Isabelle. “¿Está mi ciudad preparada para convertirse en una ciudad inteligente?”, *Ciudades Sostenibles*. División de Vivienda y Desarrollo Urbano (HUD) del Banco Interamericano de Desarrollo. 07 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://blogs.iadb.org/ciudades-sostenibles/es/esta-mi-ciudad-esta-preparada-para-convertirse-en-una-ciudad-inteligente/>

MONTENEGRO ERNST, Diego. “Ciudades Intermedias como Instrumentos para el Desarrollo Territorial Sostenible e Innovador”, Blog del *Instituto de Cooperación para la Agricultura IICA*, 06 de abril de 2021. Disponible en: <https://blog.iica.int/blog/ciudades-intermedias-como-instrumento-para-desarrollo-territorial-sostenible-e-innovador>

OSPINA, Juan Pablo. “Ciudades Inteligentes en América Latina”, Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Disponible: http://conexionintal.iadb.org/2018/11/27/267_e_ideas6/

TELLA, Guillermo. “El papel de las ciudades intermedias en Argentina”, *Plataforma Urbana*, 15 de marzo de 2016. Disponible: <http://www.plataformaurbana.cl/archive/2016/03/15/el-papel-de-las-ciudades-intermedias-en-argentina/>

Documentos

“Alianza para el Gobierno Abierto”. Disponible en https://www.opengovpartnership.org/wp-content/uploads/2001/01/OGP_Booklet_Spanish_Digital.pdf

“Carta Declaración de Chefchaouen de las Ciudades Intermedias del mundo”. Ciudades y Gobiernos Locales Unidos (CGLU). Chefchaouen, Marruecos, 07 de julio de 2018. Disponible en https://www.uclg.org/sites/default/files/sp-declaracion_chefchaouen_-web_0.pdf Recuperado 22 de enero de 2023.

“Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto” (CIGA). Aprobada por la XVII Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Bogotá, Colombia, 7 y 8 de julio de 2016 Adoptada por la XXV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Cartagena de Indias, Colombia, 28 y 29 de octubre de 2016. Disponible: <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-Gobierno-Abierto-07-2016.pdf>

EL IMPULSO POR LA SUSTENTABILIDAD A NIVEL MUNDIAL: UNA VISIÓN GENERAL DE ASIA Y EUROPA*

THE GLOBAL IMPULSE FOR SUSTAINABILITY: AN ASIA AND EUROPE OVERVIEW

*Marconi Sosa Ríos***

Resumen: Esta investigación centra su interés en el estudio general de las preocupaciones ambientales en Asia y Europa en el marco de “la estrategia de cooperación Europa-Asia en el ámbito del medio ambiente”, puntualizando los casos de Bélgica y Singapur como referentes importantes del diseño de políticas ambientales en áreas fundamentales del desarrollo sustentable: agua, aire y suelo. El análisis de las políticas ambientales de Bélgica y Singapur representa un esfuerzo significativo para generar una reflexión de que los asuntos ambientales son una prioridad desde hace tiempo, no una moda pasajera, sino un verdadero compromiso y una responsabilidad de todos los países para garantizar una mejor calidad de vida, bienestar para los ciudadanos y mejores condiciones medioambientales.

Palabras-clave: Política Ambiental - Agua - Aire - Suelo.

Abstract: This research focuses its interest on the general study of environmental concerns in Asia and Europe within the framework of “The Europe-Asia cooperation strategy in the field of the environment”, pointing out the cases of Belgium and Singapore as important references in the environmental policies design in fundamental areas of sustainable development: water, air and soil. The environmental policies analysis of Belgium and Singapore represents a significant effort to generate a reflection that environmental issues have been a priority for a long time, not a passing fad, but a true commitment and responsibility of all countries to guarantee a better quality of life, citizen’s welfare and better environmental conditions.

Keywords: Environmental Policy - Water - Air - Soil.

* Trabajo recibido el 19 de febrero de 2023 y aprobado para su publicación el 20 de marzo del mismo año.

** El autor es Licenciado en Administración Pública por la Universidad del Istmo Campus Cd. Ixtepec, México, y Master en Relaciones Internacionales con especialidad en Medio Ambiente por la Universidad del Mar Campus Huatulco, México. Ha desempeñado cargos en el sector gubernamental y actualmente es Profesor-Investigador adscrito a la Licenciatura en Administración de la Universidad de Chalcatongo, México. E-mail: marsorios@yandex.com

Sumario: I. Introducción. II. Desarrollo. II.1. La preocupación ambiental en Bélgica y Singapur. II.2. La contaminación del agua en Bélgica y Singapur. II.3. La contaminación del aire en Bélgica y Singapur. III. La contaminación del suelo en Bélgica y Singapur. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. Introducción

Los problemas ambientales son grandes preocupaciones en Asia como en Europa. La explosión demográfica y la intensificación de la industria en estas regiones propician daños severos a los recursos naturales, acentuados fuertemente por la pobreza. De igual forma, la gravedad de estos problemas amenaza la estabilidad económica, así como la calidad de vida y bienestar de la población.

Hoy en día, los países asiáticos y europeos son cada vez más conscientes de la necesidad de mejorar el medio ambiente y de la importancia de los costos vinculados a su degradación (reducción de la productividad y competitividad económica, aumento de los gastos en salud, entre otras). Por tanto, la protección al ambiente se concibe como una de las prioridades esenciales.

La preocupación compartida por estas dos regiones en materia ambiental se estableció a finales del siglo pasado en “la estrategia de cooperación Europa-Asia en el ámbito del medio ambiente” [COM (97)], diseñada en 1997 y presentada por la Unión Europea (Consejo, Parlamento Europeo y Comité Económico y Social) el 05 de mayo de 2006¹. Este instrumento puntualizó los siguientes retos:

- La lucha contra la contaminación del agua (industrialización, contaminación procedente de las aguas domésticas, agotamiento de las capas freáticas).
- La lucha contra la contaminación del aire (resultante de los transportes, de la energía y del sector industrial).
- La gestión de los residuos (aumento de los residuos domésticos e industriales).
- La degradación de los suelos (erosión de los suelos, contenido excesivo en agua y salinidad de los suelos).
- La deforestación.
- La pérdida de la biodiversidad.

Para la atención de estos problemas, los países en ambas regiones se comprometieron al diseño estrategias (planes, políticas, líneas de acción, etc.), esquemas de financiamiento (fondos, fideicomisos, presupuestos, entre otras) y sistemas de

(1) Sobre el particular se puede consultar el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:l28067>

cooperación (acuerdos y tratados con otros países). La eficacia de estas acciones en materia ambiental depende en gran medida del interés mutuo de las dos regiones y de la colaboración con los distintos organismos internacionales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Programa de Naciones Unidas para Desarrollo, entre otras).

Aunque la naturaleza de los problemas es diferente, ambas regiones, puntualiza el documento de la COM (97), comparten algunos elementos significativos en las estrategias en materia ambiental, siendo las más importantes las que se enuncian a continuación:

- Desarrollo de la capacidad de gestión del medio ambiente: mediante una utilización más eficaz y racional de los recursos naturales y la instauración de un modelo duradero de creación de riqueza y de instituciones responsables del medio ambiente.
- Adopción de medidas medioambientales basadas en el mercado: movilizar al sector privado (necesaria incentivación de las inversiones directas extranjeras, más eficaces que las ayudas públicas).
- Concentración de la cooperación en los sectores prioritarios: la contaminación vinculada a los problemas urbanos e industriales, la protección de los recursos naturales; y
- Creación de redes de investigación y desarrollo.

Sin embargo, a pesar de estas semejanzas en las estrategias, en cada región se diseñan e implementan de forma muy particular las estrategias en materia ambiental, es decir, la política ambiental europea se desarrolla y aplica de forma diferente a la de los países asiáticos. En este sentido, el presente documento tiene la finalidad de analizar y describir las diferencias en torno a la aplicación de la política ambiental en estas dos regiones en el marco de la presentación del COM (97), centrandose su interés en la contaminación del suelo, aire y agua. Para este estudio, se examinarán los casos de Bélgica y Singapur como referentes importantes de cada región.

Algunos criterios que sustentan el análisis de estos países son los siguientes:

- Ambos países ocupan un papel fundamental en la región a la que pertenecen. En lo que respecta a Bélgica, ocupa una posición central en Europa al ser uno de los iniciadores de la unificación europea (es sede de la Comisión Europea, el Consejo de la Unión Europea y numerosas instituciones vinculadas). Mientras que Singapur se constituye actualmente como el quinto centro financiero más importante a nivel mundial, tan sólo detrás de New York, Londres, Shanghai y Hong Kong.

- Son países con altos niveles de desarrollo: Singapur es uno de los países con mayor crecimiento de la renta nacional en el sudeste asiático². Por su parte, Bélgica ocupa el puesto número veinticinco de países con mayor crecimiento económico anual³.
- Los dos países están comprometidos fuertemente con el diseño e implementación de políticas ambientales. De acuerdo con Programa de Naciones Unidas para Medio Ambiente (PNUMA), en los últimos 20 años, Bélgica y Singapur son los países que más han emprendido planes en materia ambiental.
- Ambos cuentan con una política ambiental a largo plazo.
- Los dos países incorporan al sector privado y a la sociedad civil en el diseño e implementación de las estrategias ambientales.

II. Desarrollo

II.1. La preocupación ambiental en Bélgica y Singapur

De acuerdo con el último Informe de Ecosistemas del Milenio del Programa de Naciones Unidas para Medio Ambiente (PNUMA), la política ambiental en ambos países es una de las más completas y coherentes que se han diseñado en los últimos años en la consecución de un desarrollo sustentable. El conjunto de instrumentos, normas, estrategias y acciones están orientadas a ser efectivas; cuentan con mecanismos de evaluación y corrección; e integran derechos fundamentales, la solidaridad entre regiones y la diversidad de los territorios.

Asimismo, este Informe puntualiza que el sistema de protección ambiental que cuentan estas dos naciones, por más de dos décadas, es considerado actualmente como uno de los más completos porque define un enfoque claro y coherente de la problemática ambiental, incorpora instrumentos innovadores y delimita eficazmente las responsabilidades en el cuidado del ambiente.

La preocupación ambiental en Bélgica y Singapur surgió en la década de los setenta, a raíz de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972, donde se adoptaron los primeros programas de protección y conservación en ambos países (Development, 2021). A partir de este compromiso internacional, se diseñaron diversos programas en materia ambiental que incorporaron de manera gradual algunos principios y medidas correctivas y preventivas que permitieron la consolidación de los sistemas de protección ambiental en ambos países.

(2) De acuerdo con del Departamento de Estado de Singapur, este país registró un crecimiento en el Producto Interno Bruto (PIB) de 7.6% en 2021.

(3) Sobre el particular se puede consultar el siguiente enlace: <https://datosmacro.expansion.com/pib>

Los primeros programas en materia ambiental especificaron los objetivos y fijaron las acciones prioritarias, incluyeron una lista de medidas fundamentalmente correctivas y aludieron a técnicas preventivas (Development, 2021). Estas primeras iniciativas sentaron las bases sobre la importancia de la prevención en el desarrollo económico y social para evitar problemas al medio ambiente y reconocieron que los recursos naturales constituían la base para el desarrollo.

En la década de los noventa, la perspectiva cambió debido al progresivo deterioro ambiental. En Bélgica se adoptaron medidas más estrictas y se consideró que la protección del medio ambiente era esencial y un imperativo económico; mientras que en Singapur se reconoció que no se podían adoptar medidas rígidas que distorsionaran la competencia en el mercado común y que la prevención de la contaminación era la mejor forma de tratar el deterioro al medio ambiente. Por tanto, fue en este momento que, a pesar de compartir elementos comunes en un inicio, las políticas ambientales de ambos países comenzaron a desarrollarse de forma muy particular.

II.2. La Contaminación del Agua en Bélgica y Singapur

El agua es una parte esencial de la vida, su importancia radica en su contribución al bienestar general en todas las actividades humanas. Se utiliza mayormente como elemento indispensable en la dieta de las personas, sin dejar de mencionar su papel esencial en la fotosíntesis de las plantas y su importancia fundamental como parte del hábitat de los seres vivos.

No obstante, el agua que procede de fuentes superficiales (presas, ríos, océano, lagos, etc.) es objeto de una severa contaminación, producto de las actividades antropogénicas. Ésta se presenta cuando se agregan al agua sustancias ajenas a su composición, modificando su calidad. La contaminación adquirió importancia debido al aumento de la población y al incremento de los agentes contaminantes.

Las fuentes de contaminación son resultados indirectos de las actividades domésticas, industriales y agrícolas. Ríos y canales son contaminados por los desechos del alcantarillado, desechos industriales, detergentes, abonos y pesticidas que escurren de las tierras agrícolas. El efecto en los ríos se traduce en la desaparición de la vegetación natural, que conlleva a la disminución de oxígeno produciendo la muerte de los peces y demás animales acuáticos.

En Bélgica, la contaminación de los recursos hídricos representó uno de los problemas más serios en los años noventa. Al no contar con tratamiento de las aguas residuales, la red de drenaje o desagüe de las viviendas y las industrias desembocaban en el Río Senne, cuyas aguas eran utilizadas para suministro público. De igual forma, la contaminación se hizo cada vez mayor por la ganadería extensiva (porcina y avícola), principalmente por las grandes cantidades de estiércol depo-

sitadas a las orillas del Río, así como el uso de abonos nitrogenados y fertilizantes (Organization, 2008).

Ante esta situación, el gobierno belga estableció el *Plan de Desarrollo Sostenible* en el año 2000, donde se establecieron una serie de programas y estrategias para la atención de los asuntos ambientales, siendo la contaminación del agua una de las prioritarias. Actualmente prevalece dicho plan y de forma anual se analizan los avances y cada cuatro años se reformula y evalúa. Éste se aplica a nivel federal y en cada una de las entidades federativas (Flandes, Valonia y Bruselas), aunque, de acuerdo con el Banco Mundial, estos últimos tienen la facultad de establecer políticas y programas ambientales específicos.

Para llevar a cabo la implementación del Plan y atender los asuntos ambientales, el Gobierno Federal invirtió el 1.7% del Producto Interno Bruto (PIB), asimismo, delegó responsabilidades y funciones a las siguientes instituciones para garantizar la atención a los problemas medioambientales: la Oficina de Planificación Federal, que participó en el análisis, diseño e implementación; el Consejo de Desarrollo Sostenible, compuesto por representantes sociales y académicos, cuya función fue monitorear el desarrollo e implementación de las estrategias; y la Comisión Interdepartamental para el Desarrollo Sostenible, que es una coordinación entre las tres regiones para definir las áreas que dicho plan debía abarcar.

Las estrategias contenidas en este plan para la atención de la contaminación del agua fueron las siguientes:

- La creación de Plantas de Tratamiento de Aguas Residuales, misma que comenzaron a construirse en el 2000. De acuerdo a la OCDE en su Informe Ambiental Mundial 2009, esta inversión representó el 0.50% del PIB y fue compartida por las tres regiones. El objetivo fue dar tratamiento a toda el agua residual que se generaba en el país, así como incrementar el número de viviendas conectadas al sistema de tratamiento.
- Se estableció un gravamen a la descarga de nutrientes a las empresas, a fin de reducir su volumen.
- Se dictaminó una carga impositiva para el uso de plaguicidas, los cuales son gravados de acuerdo a su contenido.
- El Gobierno Federal puso en marcha incentivos a los agricultores para que invirtieran en el tratamiento del estiércol (Bélgica, 2022).

De estas líneas de acción se obtuvo el incremento en el número de viviendas conectadas al sistema de tratamiento, pasando de un 28% en el 2000 a un 46% en el 2003. Asimismo, con base en datos de la OCDE, las aguas tratadas se destinaron a las tierras agrícolas, las descargas industriales disminuyeron en un 44% y se consiguió una disminución del 62% en el uso de plaguicidas. (Development, 2021).

Al igual que Bélgica, Singapur presentó problemas de contaminación de los recursos hídricos desde la década de los ochenta, producto de la rápida urbanización y el comercio. El Río de Singapur, el principal afluente y suministro del agua en este país, se encontraba afectado por residuos sólidos (basura), aguas residuales de la ciudad y de barcos, derrame de aceite de navegación y otros subproductos de las industrias situadas a lo largo de la cuenca.

Ante este escenario, el Gobierno de Singapur puso en marcha el *Plan Verde 2012* en el año 2006, en el cual se establecieron los objetivos y estrategias para atender los asuntos ambientales, siendo la contaminación del agua uno de los más importantes. Este Plan fue un instrumento donde convergieron el sector público, las empresas y la sociedad civil. Actualmente prevalece dicho plan, se revisa de forma anual y se informa de los avances a los ciudadanos.

No obstante, a pesar de compartir la misma problemática, las estrategias emprendidas por Singapur para la contaminación del agua fueron diferentes a las implementadas en Bélgica. En este país del sudeste asiático, se diseñaron las siguientes líneas de acción:

- Operación de cuatro obras de red de abastecimiento para cubrir las necesidades de toda la población. De acuerdo con el Gobierno Federal de Singapur, este proyecto requirió una inversión de 542 millones de dólares.
- Construcción de un Túnel Profundo del sistema de alcantarillado, a fin de evitar la descarga de desechos en el Río de Singapur.
- Implementación de dos Plantas de Tratamiento de Aguas Residuales (Changi y Tuas), a fin de dar un mejor uso a las aguas de drenaje provenientes de las viviendas y de los barcos.
- Se comenzó a desarrollar sistemas para abastecer el agua de forma no convencional: desalinización y captación de agua mediante precipitaciones.
- Se pusieron en marcha programas para aumentar la conciencia pública sobre conservación del agua y reducir el consumo de agua. Sobre este punto, el Banco Mundial enfatiza que “Grupos de Voluntarios realizaban visitas domiciliarias para educar a los propietarios de viviendas sobre el agua” (Mundial, 2009).
- Se incorporó un sistema de etiquetado en el agua comerciable (botellas), donde se mostraba al consumidor el uso eficiente del agua. Asimismo, los inodoros y cisternas debían contar con información sobre la eficiencia del agua (Singapur, 2022).

De la implementación de estas estrategias se obtuvo, de acuerdo con la OCDE, una reducción en el consumo doméstico de agua por habitante por día, la cual pasó de 162 a 156 litros en el 2008; el 95% de las aguas residuales fueron tratadas por el Sistema de Tratamiento; se crearon 33 Comités de voluntarios para las auditorías

y educación del agua; el 67% de la superficie terrestre de Singapur se convirtió en zona de captación de agua; la ciudadanía respondió de forma positiva al uso del etiquetado y de la eficiencia del agua (Development, 2021).

En este marco de ideas, es evidente que existen diferencias importantes entre las estrategias emprendidas por ambas naciones. A fin de que la explicación sea más clara, el siguiente cuadro muestra los contrastes entre las medidas adoptadas por cada uno de estos países en torno a la contaminación de los recursos hídricos:

Cuadro 1. Diferencias entre las políticas de agua de Bélgica y Singapur

	BÉLGICA	SINGAPUR
Tipo de política	Política muy estricta: establece impuestos	Política flexible: no establece gravámenes
Objetivo de la política	Busca la calidad y mayor cobertura de los recursos hídricos	Se centra en la eficiencia del agua
Participación de la sociedad	No involucra a la sociedad	Incentiva la participación en los programas de conservación del agua
Participación del sector privado	Permite que el sector privado invierta en la gestión del agua	No permite la participación de las empresas
Destino de las aguas residuales	Define claramente la utilización de las aguas residuales	No tiene claro el destino de las aguas residuales

Fuente: Elaboración propia con base en la Plan Verde 2012 de Singapur (2022) y Plan de Desarrollo Sostenible de Bélgica (2022)

En suma, a pesar de compartir la problemática de la contaminación del agua, ambos países abordan dicha situación con estrategias y objetivos diferentes, tomando en cuenta sus capacidades técnicas, financieras, legales y de recursos humanos. No obstante, es preciso señalar que tanto Bélgica como Singapur obtuvieron resultados concretos, los cuales permitieron el mejoramiento en la calidad de vida y bienestar de la población.

II.3. La contaminación del aire en Bélgica y Singapur

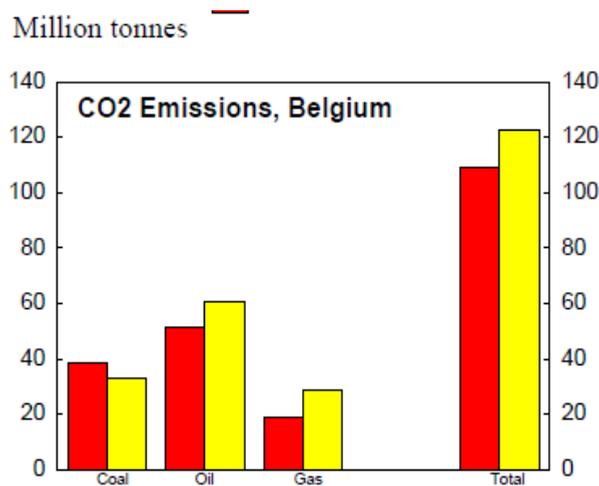
La contaminación del aire resulta muy fácil. Su problema comienza con la utilización masiva de combustibles fósiles en la industria y en el sector transporte. Las

ciudades son lugares en las que las concentraciones de partículas contaminantes son especialmente elevadas, junto con los grandes centros industriales. Los vientos expanden las partículas por todo el planeta, pero es en los países industrializados donde mayor incidencia tiene la contaminación del aire.

En este sentido, Bélgica es uno de los países de la Unión Europea que han apostado fuertemente al desarrollo de políticas para la reducción de contaminantes. De acuerdo con la OCDE, desde el año 2000 el país logró una gran disminución en el nivel de emisiones de contaminantes atmosféricos, lo que lo ubicó en un ejemplo a seguir en los países de la Unión Europea (Development, 2021).

Antes de la implementación de las estrategias contenidas en el *Plan de Desarrollo Sostenible*, que se puntualizó en el apartado anterior, Bélgica presentaba altos niveles de contaminación del aire, producto de la actividad industrial, así como de la agricultura, la operación de la Planta Nuclear para la generación de energía y el transporte. Sobre este punto, la siguiente imagen muestra el incremento en el número de contaminantes (CO₂) de Bélgica del año 1988 a 1998:

Imagen 1. Emisión de CO₂ en Bélgica (1988-1998)



Fuente: OCDE (2021).

Nota: La barra roja corresponde al año 1988, mientras que la amarilla a la de 1998.

Ante este fuerte incremento (de 105 a 122 millones de toneladas) en el nivel de emisiones de CO₂, el Gobierno Federal puso en marcha el Programa Nacional para la Reducción de Emisiones (NPRE) en el año 2000, que establecía la reducción del nivel de emisiones tomando en cuenta las siguientes líneas de acción:

Plan Verde: La electricidad en Bélgica era suministrada a través de las Plantas Nucleares, cuya actividad generaba altos niveles de contaminantes. Como respuesta a esta situación, el Gobierno estableció el Plan Verde, que consistió en la eliminación de las centrales nucleares para poner en operación los Parques Eólicos Marinos, es decir, generar energía mediante el aprovechamiento de las buenas condiciones del viento en las aguas costeras.

Otra de las líneas de actuación fue el mejoramiento de la eficiencia térmica en los sistemas de calefacción en las viviendas. En el 2002, el gobierno, en coordinación con las empresas, incentivó a las familias a intercambiar las unidades de calefacción viejas, que emitían altos niveles de contaminantes, por unidades nuevas.

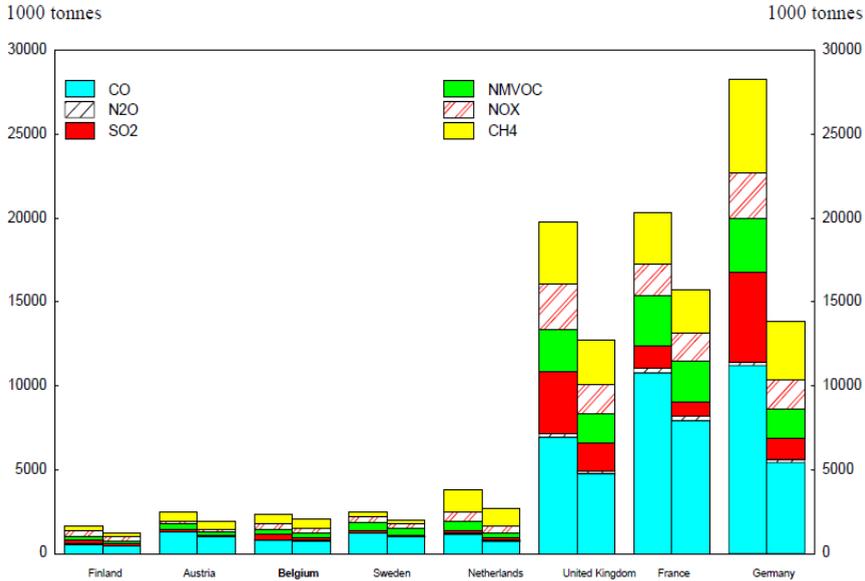
En lo que respecta a la contaminación del transporte, el NPRE contemplaba un plan de movilidad, que consistió en la mejora en el sistema ferroviario y el desarrollo de una red regional. De igual forma, en la capital se estableció la tarificación de carreteras, a fin de incentivar el uso del sistema férreo; y se estableció la verificación vehicular, lo cual obligaba a los automovilistas a contar con un catalizador en sus unidades para emitir menos contaminantes. Complementando lo anterior, se implementó el *Proyecto Diábolo*, que pretendía enlazar el sistema ferroviario directamente con el aeropuerto de Bruselas y se puso en marcha una nueva política de planificación, que consistió en la construcción de nuevos centros habitacionales y edificios de gobierno hacia zonas que tenían acceso ferroviario.

Es importante mencionar que Bélgica apostó a la competitividad económica, de tal forma no estableció gravamen a las empresas por las emisiones de contaminantes, únicamente creó los incentivos para que éstas contaran con planes de emisiones a fin de disminuir sus niveles de contaminantes.

Estas acciones permitieron, de acuerdo con el Banco Mundial, una disminución en el amoniaco y CO₂ desde el año 2000, una simplificación del 93% en el Dióxido de Azufre y una disminución del 66% del Óxido de Nitrógeno (Mundial, Desarrollo de Capacidades en Países, 2008). Del mismo modo, Bélgica se posicionó en un par de años como uno de los países con menos emisiones de contaminantes a la atmósfera. Para ampliar el panorama, la siguiente imagen muestra el progreso de Bélgica (del año 2000 al 2009) en el nivel de emisiones, ubicándose por debajo de países como Alemania, Holanda, Francia y Reino Unido.

Imagen 2. Nivel de emisiones de contaminantes al aire (2000-2009)

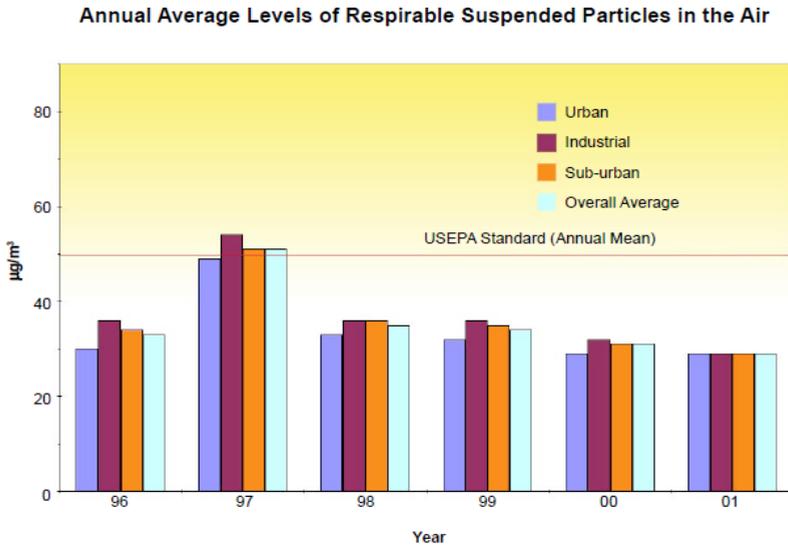
Figure 1. EMISSIONS OF AIR POLLUTANTS



Fuente: OCDE (2021). Nota: La primera barra (izquierda) corresponde al año 2000, mientras que la segunda al año 2009.

En el caso de Singapur, la contaminación del aire representó uno de los problemas centrales de la política ambiental. La principal preocupación fue la alta emisión de contaminantes del sector transporte e industrial, muy diferente a la de Bélgica, donde la agricultura, el uso de la energía nuclear y el transporte, fueron las angustias fundamentales. La siguiente imagen muestra el incremento en el nivel de partículas suspendidas en el aire de 1996 al 2001, donde el sector industrial y urbano fueron los que más emitieron contaminantes a la atmósfera.

Imagen 3. Nivel de contaminantes suspendidos en el aire en Singapur



Fuente: Plan Verde 2012. Gobierno de Singapur (2022).

Ante la tendencia creciente en el nivel de contaminación atmosférica, la Administración Pública de Singapur creó el Comité Nacional de Eficiencia Energética, organismo cuya responsabilidad fue el diseño e implementación de estrategias y políticas para el logro de la eficiencia energética en industrias, viviendas, edificios comerciales y vehículos. De acuerdo con datos del Plan Verde 2012, entre las principales medidas adoptadas para la mitigación de la contaminación del aire se encontraron las siguientes:

- Diseño de normas de calidad del combustible, a fin de tener un estricto control de las emisiones atmosféricas.
- Todos los vehículos fueron sometidos a pruebas e inspecciones periódicas.
- Se modernizó el sistema público para disminuir el uso de automóviles y comenzó a usarse el gas natural para evitar el uso de gasolina y diesel.
- Se introdujeron medidas como la aplicación de las normas Euro IV, que consistió en inspecciones periódicas obligatorias de los vehículos diesel.
- Se apostó al gas natural para la generación de energía y la mejora continua de la eficiencia energética.
- Se eliminó el combustible diesel en las fábricas e industrias.
- El gobierno comenzó a invertir en energías renovables, principalmente en el hidrógeno y la energía solar, este último con mayor viabilidad por la ubicación estratégica de Singapur, cerca del Ecuador (Singapur, 2022).

De estas acciones se obtuvo, de acuerdo con el Plan Verde, una reducción significativa en el nivel de óxido de azufre y óxido de nitrógeno, se mejoró la intensidad de carbono en un 25%, se comprobó que el uso del gas natural emitía 40% menos de CO₂ que el petróleo por unidad de electricidad generada y la proporción de electricidad generada por gas con alta eficiencia pasó de un 19% en 2000 a 79% en 2010.

En resumen, del análisis anterior se concluye que existen diferencias importantes entre la política de aire desarrollada por Bélgica y la implementada por Singapur. Por tanto, para ampliar dicho planteamiento, a continuación se presenta un cuadro donde se exponen los contrastes entre las políticas adoptadas por estos países en materia de contaminación atmosférica:

Cuadro 2. Diferencias entre las políticas de aire de Bélgica y Singapur

	BÉLGICA	SINGAPUR
Enfoque de la política	Integral: centra su interés en la contaminación derivado de la actividad industrial, la agricultura, uso de energía nuclear y el sector transporte	Limitado: sólo centra su atención en la contaminación por el transporte y la industria
Objetivo de la política	Reducción de emisiones de CO ₂ y en menor medida otras partículas	Reducción de CO ₂ , óxido de azufre y óxido de nitrógeno.
Participación de las empresas	Incentiva al sector privado a participar en la política ambiental	El sector privado no participa
Participación de la sociedad	Involucra a la sociedad	No involucra a la sociedad

Fuente: Elaboración propia con base en la Plan Verde 2012 de Singapur (2022) y Plan de Desarrollo Sostenible de Bélgica (2022)

A pesar de compartir la situación de la contaminación del aire, ambos países abordaron dicha problemática con objetivos y estrategias diferentes, tomando en cuenta sus capacidades técnicas, financieras y operativas. Sin embargo, es importante precisar que tanto Bélgica como Singapur obtuvieron avances significativos, a tal grado que se convirtieron en referentes importantes a seguir en la región a la que pertenecen.

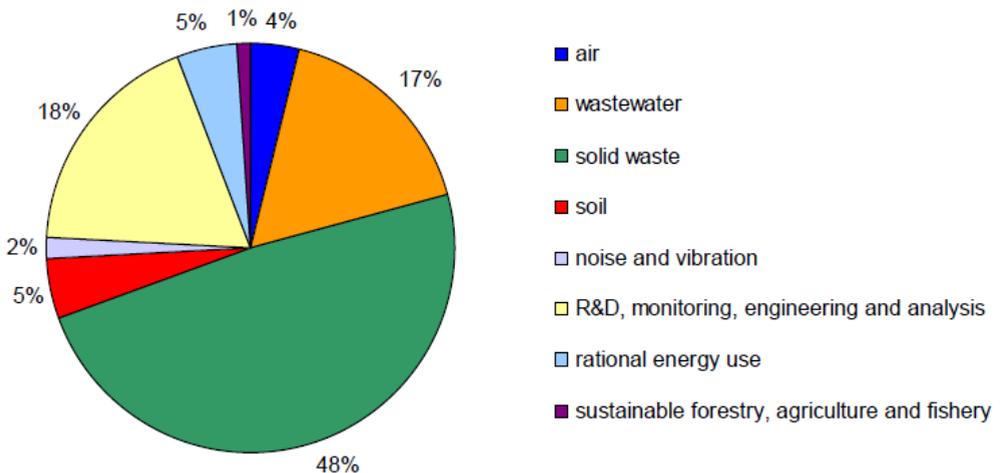
III. La contaminación del suelo en Bélgica y Singapur

La contaminación del suelo es la presencia de compuestos químicos hechos por el hombre u otra alteración al ambiente natural del suelo. Esta contaminación generalmente aparece al producirse una ruptura de tanques de almacenamiento subterráneo, aplicación de pesticidas, filtraciones de rellenos sanitarios o de acumulación directa de productos industriales. En lo concerniente a la contaminación de suelos, su riesgo es primariamente de salud de forma directa y al entrar en contacto con fuentes de agua potable.

En este escenario, Bélgica no enfrentó problemas de contaminación del suelo. Por tanto, las emisiones de residuos sólidos estuvieron desvinculadas del crecimiento y desarrollo económico. De acuerdo con el Banco Mundial, la principal explicación de la inexistencia de contaminación de los suelos se debió a las altas tasas de reciclaje por parte de las empresas y viviendas (Mundial, Desarrollo de Capacidades en Países, 2008). Es decir, se incentivó el reciclado a través del sistema educativo, así como mediante la creación de Centros de Educación Ambiental en cada una de las regiones.

En lo que respecta a las empresas, de acuerdo con datos de la OCDE, el 48% contó con un sistema de reciclado de residuos sólidos, el 17% tuvo un sistema de tratamiento de aguas, 18% de ellas involucró el reciclado como parte importante de la gestión de la empresa y el 5% utilizó de forma racional la energía (Organization, 2008). Puntualizando lo anterior, la siguiente imagen muestra que, de 1995 al 2005, la mitad de las empresas en Bélgica se ocuparon de la gestión de residuos sólidos y el reciclaje, mientras que el porcentaje restante realizó acciones y actividades ligadas al mejoramiento del suelo, ahorro de energía y calidad del aire.

Imagen 4. Compromisos ambientales de las empresas (1995-2005, in %)



Fuente: FAO (2008)

No obstante, a pesar de los altos índices de reciclaje y tratamiento de residuos, en el 2000 se estableció dentro del *Plan de Desarrollo Sostenible* diversos gravámenes o impuestos ecológicos para algunos productos, entre los cuales se pueden mencionar a las pilas o baterías (0.5 euros por batería, independientemente de su tamaño); cámara de automóviles; y artículos de embalaje industrial. Dicho gravamen fue bajo, puesto que el pago del impuesto fue mucho menor al costo por recogerlas por parte de gobierno (Bélgica, 2022).

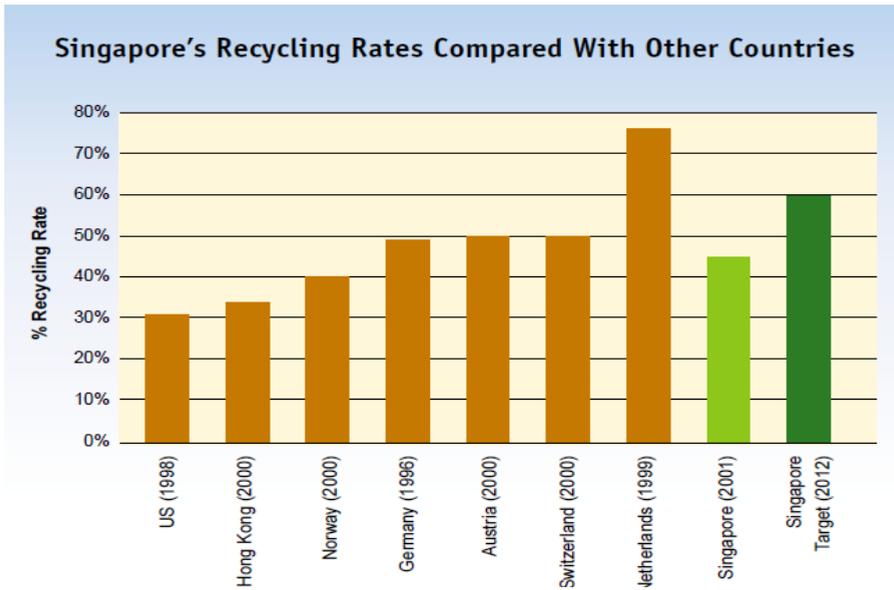
A diferencia de Bélgica, en Singapur la contaminación del suelo representó una de las preocupaciones importantes para la administración pública. De acuerdo con datos del Gobierno Federal, este país registró altos índices de contaminación de suelo de 1995 al 2002, producto de la carencia de un sistema de reciclaje y depósitos (contenedores) en zonas con mayor población y en industrias y escuelas.

Ante tal situación, en año 2000 el gobierno incluyó dentro del *Plan Verde 2012* un conjunto de estrategias para hacer frente a la contaminación del suelo, las cuales incentivaron la participación de la ciudadanía y de las empresas. Algunas líneas de acción fueron las siguientes:

- Se buscó la promoción del reciclaje de residuos para evitar la contaminación.
- Se colocaron 1.600 depósitos de reciclaje en todo el país, a fin de que la ciudadanía tuviera acceso al sistema de reciclado.
- Se modificó la Ley de Salud Pública Ambiental para establecer el servicio de reciclaje en todos los condominios y apartamentos privados.
- Se buscó que todos los hogares tuvieran acceso a los recipientes de reciclaje en las cercanías de sus viviendas.
- El Ministerio firmó un acuerdo voluntario con la industria, asociaciones y empresas individuales para el reciclado de residuos.
- Se implementaron programas de reciclaje en las escuelas y la cobertura en los periódicos locales y la televisión (Singapur, 2022).

De lo anterior se obtuvo, de acuerdo con la OCDE, un aumento en la tasa de reciclaje, la cual pasó del 40% en 2000 al 56% en 2008 (Development, 2021). Asimismo, este logro posicionó a Singapur como uno de los países con altos niveles de reciclaje de residuos, información que se puede constatar en la siguiente ilustración:

Imagen 5. Tasa de reciclaje en Singapur en comparación con otros países



Fuente: OCDE (2021)

La anterior imagen muestra el incremento en el nivel de reciclaje en Singapur en el 2001, la cual se ubicó por arriba de Estados Unidos, Hong Kong y Noruega. De igual modo, el país registró, en el 2012, una tasa de crecimiento del 60%, superando a naciones como Austria, Suiza y Alemania.

Complementado este logro en la tasa de reciclaje, se obtuvieron también los siguientes resultados: la tasa de participación en el Programa Nacional de Reciclaje se incrementó de 15% en 2001 a 63% en 2008, se logró una reducción de 850 toneladas / año de residuos sólidos, el 97% de las escuelas contaba con programas de reciclaje, un total de 258 jardines de infantes y 10 guarderías estaban a la espera por participar y el 74% de los organismos gubernamentales contaban con programas de reciclaje en el lugar de trabajo (Singapur, 2022).

En síntesis, en Singapur la contaminación del suelo fue un problema que requirió el diseño de una estrategia por parte del Estado, mientras que en Bélgica no existió la dificultad y actualmente no existe una política para la mitigación de la contaminación del suelo, puesto que este último cuenta con un sistema de reciclaje consolidado. Para ampliar el debate, a continuación, se exponen las principales diferencias entre Bélgica y Singapur respecto al problema de la contaminación del suelo:

Cuadro 3. Diferencias entre las políticas de contaminación del suelo de Bélgica y Singapur

	BÉLGICA	SINGAPUR
Existencia de una política	No existe una política	Existe una política para la contaminación del suelo
Objetivo de la política	Aunque no hay política, se apuesta por la Previsión	Atención y reducción de contaminantes
Reciclaje	Es un sistema consolidado	Es parte de la estrategia para reducir la contaminación del suelo
Marco legal	No se modificó el marco legal como estrategia de mitigación de la contaminación del suelo	Se modificó el marco legal

Fuente: Elaboración propia con base en la Plan Verde 2012 de Singapur (2022) y Plan de Desarrollo Sostenible de Bélgica (2022)

Bélgica es un claro ejemplo donde la previsión se convirtió en una herramienta importante para evitar problemas de contaminación del suelo. Por su parte, Singapur integró un sistema de planeación para hacer frente a una situación que se agudizó con el paso de los años, el cual permitió un cambio en la gestión del suelo y niveles altos de reciclaje en comparación con otras naciones.

IV. Conclusiones

Los asuntos ambientales fueron, y siguen siendo actualmente, una de las preocupaciones importantes en Singapur como en Bélgica. A pesar de que se comparte la misma problemática, las políticas emprendidas por estos países fueron diferentes, es decir, cada país analizó, abordó y atendió las afectaciones al medio ambiente de forma distinta. En lo que respecta a la contaminación (aire, suelo y agua), que fue el caso que se analizó en este escrito, ambos países obtuvieron avances significativos con políticas particulares, resultados que sin duda impactaron en el mejoramiento de la calidad de vida y bienestar de la población.

Asimismo, de este estudio comparativo se obtuvo que la política de Bélgica para atender la contaminación del agua fue *estricta*, puesto que estableció cargas fiscales; la política de aire fue *integral*, centró su interés en la contaminación derivado de la actividad industrial, la agricultura, uso de energía nuclear y el sector transporte; y, en lo que respecta al suelo, en este país europeo no se desarrolló ninguna política. En el caso singapurense, la política de agua fue *flexible*, no estableció gravámenes; la política de aire fue *limitada*, ya que sólo centró su atención en la contaminación

por el transporte y la industria; y en lo que respecta a la contaminación del suelo, este país contó con una estrategia centrada en la atención y reducción de contaminantes.

Es importante dejar constancia que, a pesar de la existencia de diferencias entre las políticas ambientales, en ambos países analizados fue fundamental la participación y coordinación entre el sector gubernamental, las empresas y la sociedad civil, para la atención de los asuntos medioambientales, situación que permitió resultados importantes y una mayor efectividad en las estrategias y planes.

Finalmente, es preciso señalar que todos estos logros significativos no pueden explicarse sin el compromiso de cooperación COM (97) que estableció los elementos rectores de colaboración ambiental entre Asia y Europa. A raíz de la presentación de esta estrategia diversos países en ambos continentes comenzaron fuertemente con el diseño de planes y programas en búsqueda de la sustentabilidad.

V. Bibliografía

Banco Mundial. (2008). Desarrollo de Capacidades en Países. Washington. 22 pp. Disponible en: <http://www.bancomundial.org/>

Banco Mundial. (2009). Informe sobre Desarrollo Mundial. Washington. 334 pp. Disponible en: <http://www.bancomundial.org/>

Food and Agriculture Organization. The state of Food and Agriculture 2008. Canadá. 199 pp. Disponible en: <http://www.fao.org/>

Gobierno de Bélgica. (2022). Federal Plan for Sustainable Development 2004-2008. Bélgica. 97 pp. Disponible en: <http://www.belgium.be/en/>

Gobierno de Singapur (2022). Plan Verde 2012. Singapur. 68 pp. Disponible en: <http://www.gov.sg/government/web/content/govsg/classic/home>

Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) (2021). Environmental Performance Review: Europe. Paris. 355 pp. Disponible en: http://www.oecd.org/home/0,2987,en_2649_201185_1_1_1_1_1,00.html

LA POSESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y LAS RUPTURAS EN EL PROYECTO DE REFORMA CIVIL DE 1936*

POSSESSION IN THE CIVIL CODE AND THE BREAKS IN THE CIVIL REFORM PROJECT OF 1936

*Raquel Virginia Moyano***

Resumen: El instituto de la posesión es regulado en el Código Civil de 1871. El proyecto de reforma integral civil se presenta en 1936. El trabajo realiza el cotejo del derecho positivo sobre tres ejes temáticos para verificar la existencia de rupturas entre el tratamiento de ambas fuentes jurídicas.

Palabras-clave: Posesión - Rupturas - Código Civil - Proyecto Reforma 1936.

Abstract: The institute of possession is regulated in the Civil Code of 1871. The project of integral civil reform was presented in 1936. The work compares the positive law on three thematic axes to verify the existence of ruptures in the treatment of both legal sources.

Keywords: Possession - Breaks - Civil Code - Reform Project 1936.

Sumario: I. Introducción. II. La posesión en el Código Civil de Vélez Sarsfield. III. La posesión en el Proyecto de Reforma de 1936. Concepto. Objeto. Elementos. Modos de adquisición. IV. Conclusión.

I. Introducción

a. El Código Civil

Resulta necesario recordar someramente las ideas jurídicas profesadas en Europa durante el movimiento codificador en la Argentina. Ello se vincula con las que se discutieron al surgir los proyectos de las importantes reformas propuestas en el transcurso de la historia de nuestro país.

* Trabajo recibido el 15 de marzo de 2023 y aprobado para su publicación el 11 de abril del mismo año.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesora Adjunta de Derecho Privado V en la Facultad de Derecho de la UNC. Investigadora en la Secretaría de Ciencia y Técnica, Facultad de Derecho, UNC.

La codificación del Siglo XIX constituyó una significativa reforma que giraba en torno a una nueva concepción del Derecho. Mientras para algunos implicaba obtener una ordenación y simplificación de las normas existentes, para otros, una transformación del método y de los principios del antiguo derecho. El movimiento codificador se propagó, desde Europa, por Hispanoamérica¹.

Una de las escuelas de jurisprudencia más influyentes del Siglo XIX fue la Escuela francesa de la Exégesis, nacida como consecuencia de la codificación civil (1804) y condicionada por su importancia política. El espíritu de los exégetas no fue otro que el de guardar incólume al Código Napoleón. Los postulados básicos de la Exégesis eran: El culto a la ley y la interpretación de la ley por la intención del legislador².

Contemporáneamente a la codificación, y como reacción a su ideología, surgió y se difundió en Alemania la Escuela Histórica del Derecho. Desde una óptica cultural amplia se podría considerar como una expresión -en el ámbito del Derecho- del Romanticismo,

Nadie puede dudar de la historicidad del derecho, ni que se trata de una construcción cultural.

El programa de la Escuela Histórica, justamente, consistía en buscar las fuentes no estatales ni legislativas del Derecho.

Esta fuente la constituye la característica de cada pueblo, que en su evolución manifestaría una lógica y espíritu propios, el “espíritu del pueblo” (*Volksggeist*), que estaría en el origen y, al mismo tiempo, daría unidad y sentido a todas las manifestaciones histórico-culturales de una nación.

Posteriormente, el nuevo interés del creador de la Escuela Histórica, Savigny, se orientó a la construcción de un sistema dogmático de derecho privado. Este modelo científico tenía como base de estudio el derecho romano y el imperial alemán aún vigente. Se trata de la escuela del Derecho científico.

Al decir de Levaggi, son dos líneas ideológicas las que se perfilaban como vertebrales: Una iluminista-liberal, y la otra tradicionalista-historicista (1810-1820).

La primera asentaba su creencia en la fuerza creadora de la razón y en su capacidad para acelerar el ritmo histórico; la segunda, en el cultivo de las tradiciones y en el curso evolutivo de la historia³.

(1) Cfr. TAO ANZOÁTEGUI, Víctor. *La codificación en la Argentina 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*, Ed. Librería Editorial Histórica, 2º ed., Buenos Aires, 2008.

(2) Cfr. LEVAGGI, Abelardo. *Manual de Historia de Derecho argentino. Castellano-Indiano-Nacional*. T. I. Parte general, Ed. Depalma, 1991, Buenos Aires, p. 178.

(3) LEVAGGI, Abelardo. *Op. Cit.*, p. 217; TAO ANZOÁTEGUI, Víctor. *Op. Cit.*: “... advertimos como fuerzas sobrevivientes el viejo racionalismo, el enciclopedismo dieciochesco, el romanticismo más joven, y sobre todo el eclecticismo”, p. 247.

Hay que destacar que en la época de la organización nacional afloran las ideas racionalistas, aunque “cubiertas por la capa del Eclecticismo”⁴, que era la ideología prevaleciente en el momento. El Eclecticismo jurídico se caracterizaba por la actitud de conciliar las leyes o doctrinas en la articulación del nuevo ordenamiento legislativo. Así se unirían los sistemas en pugna: racionalismo e historicismo.

La codificación, en general, y el proyecto de Código Civil de Vélez Sarsfield, en particular, son ejemplos del eclecticismo práctico de esa época⁵.

b. El Proyecto de reforma de 1936

Es reiterado el argumento de que las codificaciones están vinculadas con la evolución de las comunidades. La Escuela Histórica del derecho lo acuñó en su programa en la primera parte del Siglo XIX. Y es sin duda la fundamentación de las propuestas de reforma. Los códigos sufren, sin duda, las consecuencias de las transformaciones sociales, y entonces requieren de la revisión, y en su caso, de la reforma que los adecue a las nuevas situaciones sociales, económicas y políticas.

La obra de Vélez Sarsfield se escribe en la segunda mitad del Siglo XIX.

En un juicio duro, Marco Aurelio Risolía expresa: “... La cultura jurídica del país era más que pobre. Los claustros universitarios difundían una enseñanza que, como lo anotara el Deán Funes, parecía a propósito para confundir el ingenio, embotar el entendimiento y hacer gemir la memoria. El jurista estaba ausente. Los tribunales, integrados con dificultad y sacudidos por las convulsiones políticas, no eran, por cierto, escuelas de aplicación de la ley. Por ello el Codificador, sumido en el fárrago de la legislación española, acude a la legislación y la doctrina extranjeras, y con un criterio más racional y dogmático que histórico...”⁶. El Código de Vélez responde al mismo espíritu que inspiró la codificación francesa. Un programa eminentemente revolucionario y liberal, calcado sobre el molde francés. Son estas las razones que esgrime Alberdi en sus críticas⁷. Vélez Sarsfield respondió oportunamente a las críticas⁸: “El principio democrático, en un Código debe sólo aparecer en la igualdad de todos ante la ley, sin conceder jamás privilegios personales...”.

(4) LEVAGGI, Abelardo. *Op. Cit.*, p. 220.

(5) *Idem*.

(6) RISOLÍA, Marco Aurelio. *El espíritu de la Legislación Civil y su Reforma. En la Reforma del Código Civil Argentino. Contribución al Estudio del Proyecto de 1936*, Ed. Sección publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1940.

(7) ALBERDI J. B. “El Proyecto de Código Civil para la República Argentina”, en *Garcías Manuel R. et al., Juicios Críticos sobre el Proyecto de Código Civil Argentino*, Ed. Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1920, p. 157 y ss. (<http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1155>): “El Código Civil, para ser fiel a su instituto, debe ser la codificación de la revolución de América en lo relativo a la familia y a la sociedad civil... código ateo, sin fe política, sin patria, sin ley constitucional que lo gobierne, sin mira ni mente nacional, que tanto puede ser código de un imperio como de una república, del Brasil como del Plata”.

(8) VÉLEZ SARFIELD D. “El folleto del Dr. Alberdi”, en *Juicios Críticos sobre el Proyecto de Código Civil argentino*, *Cit.*

Ya vemos entonces que la intención de reformar el Código Civil se manifiesta desde el mismo momento en que comienza a aplicarse. Se critica, pues, el espíritu individualista del Código, con múltiples manifestaciones en el campo de la política, la economía y la filosofía del momento. Casi todos están de acuerdo en el repudio del espíritu individualista que presidió, indudablemente, la labor de Vélez⁹.

El Decreto Nº 12542 de julio de 1926, por el que se designa la Comisión Reformadora, alude a la conveniencia de una revisión ilustrada y serena de la gran ley civil “para su mejor armonía con las nuevas condiciones de la vida argentina”, luego de mencionar las reformas introducidas durante su vigencia. Se recomendaba esta reforma para colmar vacíos, eliminar contradicciones, reducir casuismos, corregir el método, el lenguaje, etc.

Es verdad que en la historia había transcurrido una guerra mundial, y al momento de las propuestas reformadoras se gestaba una nueva conflagración mundial, con todas las consecuencias que aquella había producido, y la inseguridad que generaba la próxima.

Se pregunta Risolía: “... ¿Se han modificado las condiciones sociales, económicas y políticas del momento en que Vélez redactaba su Código? Tal vez. Medio siglo de vigencia da a los comentaristas una autoridad experimental para responder a la pregunta. Empero, ningún reparo consigue amenguar la gloria de Vélez ni echar sombras sobre su obra, eficaz instrumento de perenne valor jurídico”¹⁰.

Cualquiera sea la opinión que se tenga sobre el planteo, hay que decir que la Comisión designada no da respuestas concretas sobre los estrictos motivos que sostienen la reforma. Salvo la expresión “Espíritu nuevo”.

Trataremos ahora las partes pertinentes del Informe elevado por la Comisión designada según el decreto reseñado *supra*.

La Comisión destaca, en el Informe, el método utilizado en razón de su uniformidad -repite idéntica estructura en cada libro-, lo que redundaba en una mayor armonía y un eficaz plan didáctico. También logran una mejor comprensión al agregar anotaciones marginales en cada artículo con la finalidad de facilitar el manejo del texto de la figura jurídica regulada, sin interés alguno en otorgarles un valor distinto al tratado en la norma.

También pone de especial manifiesto que el proyecto elevado dispone su contenido en sólo dos mil ciento cuarenta y cuatro artículos, frente a los cuatro mil ochenta y cinco del Código Civil vigente al tiempo de elaboración del Proyecto¹¹.

(9) RISOLÍA, Marco Aurelio. *Op. Cit.*, p. 16.

(10) *Ibidem*, p. 14.

(11) COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL. *Reforma del Código Civil. Antecedentes. Informe. Proyecto*, G. Kraft Impresiones Generales, Buenos Aires, 1936 (<http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1141>). La Comisión fue designada 16 de julio de 1926 (REPPETO, Roberto; RI-

Nos interesa ahora establecer las conexiones o rupturas que existen entre la regulación de la posesión y su tratamiento en el Código decimonónico de Vélez Sarsfield y la doctrina vertida en el Proyecto de Reforma integral de 1936.

Como adelantáramos, el análisis se ordena en relación a tres ejes básicos en la reconstrucción del instituto de la posesión. Y cotejaremos las normas y proyectos referidos a tales ejes:

- a. Concepto y Objeto
- b. Elementos
- c. Modos de adquisición

Expondremos este orden en el Código Civil y luego en el Proyecto de 1936.

II. La posesión en Código Civil de Vélez Sársfield

a. Concepto. Objeto

a. 1. Concepto

El Código, en la ubicación referida, regula lo siguiente:

Artículo 2351. "Habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad"¹².

VAROLA, Rodolfo; LAFAILLE, Héctor; MARTÍNEZ PAZ, Enrique; TOBAL, Gastón Federico y REY, Ricardo E. -Secretario-).

(12) Transcribimos aquí, en razón de su posterior utilización, y a fin de completar la conceptualización e ideología del instituto, la Nota del artículo 2351: Véase L. 47, Tít. 28, Part. 3^a. La L. I, Tít. 30, de la misma Partida dice que posesión es tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales, con ayuda del cuerpo e del entendimiento. Esta definición está enteramente conforme con la nuestra. El Cód. Francés. Art. 2228 dice: La posesión es la tenencia, o goce de una cosa o de un derecho que tenemos, o que ejercemos por nosotros mismos, o por otro que lo tiene y ejerce en nuestro nombre. El Código, dice Troplong, toma la posesión en el sentido más general, y en su elemento más simple, es decir, es el primer grado, que tiene por resultado poner al individuo en relación con la cosa. En cuanto a las variedades de esa relación, que son muy numerosas, por ejemplo, posesión a título de propietario, posesión precaria, etc., el Código aún no se ocupa. En los artículos siguientes, el legislador designará las cualidades de que ella debe revestirse a medida que venga a ser la fuente de derechos particulares>. Nosotros seguimos el orden inverso: definimos la posesión por la que tiene la mayor importancia jurídica, la que presenta todos los caracteres indispensables para los derechos posesorios, la posesión que sirve para la prescripción, y la que da acciones posesorias adversus omnes, dejando para otro lugar tratar la posesión que sólo sirve para los interdictos o acciones posesorias. La definición, pues, del Cód. Francés no es contraria a la nuestra, pues él define lo que regularmente se llama posesión natural, y nosotros definimos la que por lo común se dice posesión civil.- La definición del Cód. Francés supone que la posesión puede no ser de las cosas corporales, sino de meros derechos, lo que en la jurisprudencia se llama cuasi-posesión. Las Leyes Romanas declaraban que sólo podían

La norma expone, con claridad meridiana, el concepto de posesión. Así entendemos su significado como la situación de hecho en que alguien se encuentra respecto a una cosa determinada y que se traduce en la posibilidad física, inmediata y exclusiva de dar a la cosa cualquier destino que la persona pretenda. Consideramos que esta aseveración es concluyente al expresar la norma, la idea de ejercicio de un derecho de Propiedad¹³.

El contenido de tal derecho -derecho real por antonomasia- está constituido justamente por el haz de facultades integradas por el uso, goce o disfrute, y la disposición de la cosa. Le asisten, así, las más amplias facultades que pudieran ejercerse sobre cosa alguna. Implica, de tal modo, la posibilidad de darle a la cosa el destino que, quien la detente, pretenda.

La situación que describe la norma se denomina *poder efectivo*, locución universalmente aceptada, que concibe la noción de que la posesión es, por un lado, un poder sobre las cosas; y por otro, un poder de hecho, que puede abstraerse del correspondiente poder jurídico; además, un poder ya creado y no un poder meramente posible¹⁴.

En general, quien es propietario, ostenta la posesión de aquello de que es dueño. Ya sea de manera directa, o través de otros que detentan y disfrutan la cosa, pero reconocen en él la Propiedad "... alguna persona por sí, o por otro,..."

Puede suceder, sin embargo, que la coincidencia que hemos descripto no se presente -por regular que fuera-, y que exista una disociación entre quien está investido del poder jurídico -esto es que sea el titular del derecho de Domino- y quien se encuentra en poder efectivo de la cosa. Esta situación nos enfrenta con el conflicto entre el hecho y el derecho.

poseerse las cosas corporales... quia nec possideri intelligitur jus incorporale (L.4, # 27, Tit. 3 Lib. 41, Dig.) Possidere autem possum, decía otra ley, quae sunt corporalia (L. 3, Tit. 2, Lib. 41, Dig.). Pero mirada la posesión en sus relaciones con el derecho de propiedad, la posesión se manifiesta como el ejercicio de los poderes comprendidos en ese derecho. Bajo este punto de vista práctico, la idea ha parecido susceptible de ser extendida a otros derechos reales, especialmente a los derechos de servidumbre, que son desmembraciones del derecho de propiedad; y se ha considerado como poseedor de una servidumbre al que ejerce los poderes contenidos en el derecho de servidumbre. Esta es la juris possessio o la quasi possessio. Los romanos habían restringido la cuasi posesión a las servidumbres, y no la habían extendido a otros jura in re, y menos a los derechos personales y a los derechos de las obligaciones, respecto de los cuales la idea de ejercicio de un poder físico no es admisible bajo relación alguna. El Cód. Francés, como se ha visto, extiende la posesión a todos los derechos. Molitor se empeña en demostrar que la cuasi posesión no puede extenderse sino a las servidumbres. (De la Posesión, n° 14). Savigny, en su Tratado de la posesión, desde el n° 7, enseña que la posesión no es sino un hecho, y sólo un derecho por sus efectos, que son la prescripción y las acciones posesorias: Así, dice, la posesión es un hecho y un derecho a la vez. Molitor ha combatido esta opinión, a nuestro juicio, victoriosamente, demostrando que toda posesión es un derecho".

(13) Aquí le damos el alcance de derecho real de dominio.

(14) VALDÉS, H - ORCHANSKY, B. "Lecciones de derechos Reales", Ed. Lerner, Córdoba, 1969, T. I, p. 44.

Ahora bien, debe quedar claro que la especulación acerca del instituto posesorio no distingue. El hecho posesorio existe con independencia de la eventual investidura jurídica que la califique. De manera que, quien ejerce el poder efectivo como dueño, aunque no lo sea, reviste la calidad de poseedor.

El hilo conductor del análisis nos lleva a la siguiente norma que completa la idea del artículo inicial, distinguiendo otra relación real.

Dice el artículo 2352:

"El que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa, y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho"¹⁵.

Pero el codificador trata la idea en dos artículos. Además lo hace en el artículo 2461: *"Cuando alguno por sí o por otro se hallase en la posibilidad de ejercer actos de dominio sobre alguna cosa, pero sólo con la intención de poseer a nombre de otro, será también simple tenedor de la cosa"*.

Efectivamente, al referir el 2351 que quien *"... por sí o por otro tenga una cosa..."*, inicia la reflexión del artículo siguiente y del 2461 mencionado. Ese *otro*, a través de quien el poseedor efectiviza su posesión, es nombrado en estas normas como simple tenedor de la cosa. Nos refiere una nueva relación real, de vinculación entre la persona con la cosa, pero con una composición intencional distinta a la del poseedor: *"... reconociendo en otro la propiedad..."*. Claro también es que la mención del artículo 2352 de que la relación repose sobre un derecho, alude a un derecho personal.

a. 2. Objeto

Cabe señalar que sólo las cosas son objeto de posesión. Lo adelanta el 2351, ya mencionado. El artículo 2400 establece: *"Todas las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión. Los bienes que no fueron cosas, no son susceptibles de posesión"*. Y que esto informa, igualmente, el concepto posesorio. También citamos el artículo 2311 que estipula: *"Se llaman cosas en este Código, los objetos corporales susceptibles de tener un valor"¹⁶.*

(15) Nota del artículo 2352: *"L. 5, Tít. 30, Part. 3ª y L 1, Tít.8, Lib.11, Nov.Rec.-L.22, Tít.29, Part.3ª.-L.1, Tít.30, Lib.7, Cód. Romano.-Savigny, De la posesión #23. Duranton, tomo XXI, nº 181.-En el rigor de los principios, lo que otro tiene en mi nombre yo no lo poseo realmente, no lo tengo actualmente en mi poder, pues que él es quien lo tiene en el suyo. Más, siendo la posesión precaria respecto de mí, las leyes me consideran como poseedor, como que ejercito la posesión por su ministerio, y a él, como sólo está en posesión ajena"*.

(16) Nota al Artículo 2311: *"...La palabra cosas, en la flexibilidad indefinida de sus acepciones, comprenden en verdad todo lo que existe; no sólo los objetos que pueden ser la propiedad del hombre, sino todo lo que en la naturaleza escapa a esta apropiación exclusiva: el mar, el aire, el sol, etc. mas como objeto de los derechos privados,*

Determinada la noción de cosa, los requisitos necesarios para que sea susceptible de posesión, son los que normativamente preceptúa el Código Civil. Conforme a ellos, la cosa debe estar en el comercio, y es indispensable que sea determinada.

a. 2. i. *Posesión plurium in solidum*

En relación con la cosa como objeto de la posesión, cabe señalar la siguiente situación: El artículo 2401 dice que *“Dos posesiones iguales y de la misma naturaleza, no pueden concurrir sobre la misma cosa”*.

Se establece el principio de imposibilidad de coexistencia de dos posesiones de la misma naturaleza, por el todo, sobre una misma cosa.

Acompañamos el ejemplo y comentario de Valdéz y Orchansky al decir que, cuando el propietario entrega la cosa en usufructo, y el usufructuario la entrega después a tercero en arrendamiento, habrá tres personas que señorean la cosa por distinta causa; pero que se reconocen recíprocamente sus respectivas situaciones. La primera conserva su posesión, que es tal en sentido estricto, la segunda una cuasi posesión del *uti* y del *frui*, y la tercera tan sólo una simple tenencia de la cosa¹⁷.

Las tres posesiones (llamadas así *lato sensu* por el artículo 2401) concurren simultáneamente, porque siendo de distinta naturaleza, y no repeliéndose entre sí, cada una de ellas se coordina y enlaza con las otras, para formar entre todas una intermediación regular entre el verdadero poseedor y los otros que le siguen y que poseen para él.

El axioma cobra rigor frente a dos o más posesiones rivales y exclusivas, porque, como lo decía la ley romana, *“es contra naturaleza que cuando yo tenga alguna cosa, se considere que tú también la tienes... no de otra suerte que si se considerase que tú estás en el mismo lugar en que yo estoy, o que yo estoy sentado en el que tú estás sentado”*¹⁸.

Luego de recrear la cita romana, continúan sosteniendo que, este razonamiento, esclarece el sentido de la regla y da la medida de su aplicación. Dos poderes físicos pueden sucederse, pueden alternarse, mas no superponerse sobre la misma cosa¹⁹.

debemos limitar la extensión de esa palabra a lo que puede tener un valor entre los bienes de los particulares. Así, todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes. La cosa es el género, el bien es una especie”.

(17) VALDÉS, H. y ORCHANSKY, B. *Op. Cit.*, p. 55.

(18) *Idem*.

(19) Nota al artículo 2401: *“La Ley Romana dice: plures eadem rem in solidum possidere non possunt. L 3, #5, Dig.De adq. poss. Una cosa, dice Molitor, puede ser para muchas personas un objeto de posesión, en el sentido que la una sea corporis, y la otra juris. El usufructuario no hace sino tener la cosa a nombre del propietario, él no tiene una juris possessio. El usufructo es considerado como una parte intelectual, como un elemento separado de la propiedad. En este caso, sólo aparentemente la misma cosa se presenta poseída por muchos; por una parte el corpus y por la otra el jus. El principio que establece el artículo no se opone a la regla, dice Troplong, que muchas personas pueden poseer en común la cosa indivisible que les pertenece, pues*

No puede admitirse la *posesión plurium in solidum*.

A fin de completar la idea de situaciones en que existe pluralidad de sujetos, vemos los artículos:

2407: “Para tomar posesión de parte de una cosa indivisible, es necesario que esa parte haya sido idealmente determinada”.

2409: “Dos o más personas pueden tomar en común la posesión de una cosa indivisible, y cada una de ellas adquiere la posesión de toda la cosa”.

2410: “Para tomar la posesión de una parte de una cosa indivisible, es indispensable que esa parte haya sido material o intelectualmente determinada. No se puede poseer la parte incierta de una cosa”.

b. Elementos de la posesión

Respecto a los elementos integrativos de la posesión, y utilizando unas expresiones de Valdés y Orchansky, “... nuestro derecho positivo, nos permite afirmar que la posesión es un concepto binario, compuesto de dos elementos, ideológicamente separables”²⁰. El primero es el denominado “*corpus*”, y el segundo el “*animus*”. Cabe señalar que sobre este, entre otros temas, se ha planteado una conocida disidencia entre dos grandes juristas, conocida como la polémica Savigny-Ihering, aunque no se ha tratado estrictamente de ello, por no ser sincrónica la expresión de sus opiniones.

Ocurre que, en las sucesivas ediciones de su obra “La Posesión”, Savigny realiza agregados en forma de notas esclarecedoras de su posición. Allí se refiere, en general, a “los autores” que no han llegado a comprender bien su tesis, basada en el Derecho Romano, pero de ninguna manera menciona expresamente a Ihering²¹.

También destacamos que nuestro codificador ha seguido la posición del primero, siendo ésta la que se encontraba en apogeo en la época. Podemos sostener que no conoció la posición de Ihering²².

En este sentido, es a través de Freitas que recepta el codificador las nociones de aquél, pero no accedió a su obra.

No obstante, en varios pasajes se plantea una dicotomía entre la letra de la norma y la que ilustra la nota correspondiente²³.

que ellas no la poseen separadamente, sino que forman una persona colectiva que obra en un solo interés. La regla que dos posesiones se excluyen, no es aplicable sino cuando se trata de posesiones del mismo género, emanadas de causas opuestas, y obrando cada una en un interés separado. Sobre el artículo 2228, n° 244”.

(20) VALDÉZ, H. - ORCHANSKY, B. *Op. Cit.*, p. 45.

(21) MARIANI de VIDAL, Marina. *Curso de Derechos Reales*, Ed. Zavallia, T. I., Buenos Aires, 1993.

(22) *Idem*.

(23) Ver nota 3.

Particularmente sucede en los artículos que refieren la naturaleza de la posesión²⁴.

b.1. Corpus

Citando nuevamente el 2351. Vemos que no sólo nos facilita la noción del instituto posesorio, sino también exige la presencia de estos dos elementos mencionados para concebir la idea posesoria. Más que eso: no permite que sin ellos exista técnicamente posesión. Efectivamente, de la norma que prescribe que: *“Habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad”*, se advierte que -con las expresiones *“tenga una cosa bajo su poder”* y *“con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad”* - el codificador ha querido fijar, ineludiblemente, la concurrencia de estos dos requisitos. En la práctica, ambos elementos se refunden y se complementan, razón por la que ninguno de ellos, por sí solo, es suficiente para generar la relación posesoria.

El artículo 2374 dice: *“La aprehensión debe consistir en un acto que, cuando no sea un contacto personal, ponga a la persona en presencia de la cosa con la posibilidad física de tomarla”*. De este modo tenemos la noción del corpus como la posibilidad material de disponer de la cosa, aunque no se entre en un contacto personal con ella y, además, la posibilidad de hacer con ella lo que apetezca, con exclusión de toda injerencia extraña²⁵.

(24) Nota del artículo 2351 *in fine*: *“... Savigny... enseña que la posesión no es sino un hecho, y sólo un derecho por sus efectos, que son la prescripción y las acciones posesorias. Así, dice, la posesión es un hecho y un derecho a la vez. Molitor ha combatido esta opinión, a nuestro juicio victoriosamente, demostrando que toda posesión es un derecho”*; Nota del artículo 2470 *in fine*, en el que habla del hecho de la posesión, señalando, sin embargo en aquella, que... *Para nosotros que juzgamos que la posesión es un derecho, es con más razón un principio la resolución del artículo”*.

(25) Nota del artículo 2374: *La posibilidad física de tomar la cosa o de disponer de ella, dice Savigny, puede existir sin el contacto; pues el que puede a cada momento poner su mano sobre una cosa que está delante de él, es sin duda tan dueño de ella como el que la ha tomado. Esta posibilidad física es el hecho esencial de toda adquisición de la posesión. La Ley Romana dice, que el contacto personal no es necesario para la adquisición, y que basta la sola vista de una cosa presente. Non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu. (L.1,#21, Dig.De adq. poss.). Por otra parte, la necesidad del contacto personal, no es exigida de una manera general. La Ley nos dice que para tomar la posesión de un fundo, no es preciso entrar en él; porque el que se encuentra próximo y lo abraza con la vista, tiene sobre ese fundo el mismo poder que el que hubiese entrado. Si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre, demonstrat, vacuumque se possessionem trajere dicat, non minus possidere, oepi, Quam, si pedem finibus instulissem. (L.18, Dig., De acquirend.vel omit. Posses.). Es pues la presencia corporal la que nos pone en estado de disponer de la cosa a nuestra voluntad. En la adquisición de la posesión de cosas muebles, la presencia inmediata puede, sin ninguna ficción, reemplazar la aprehensión real. Esta especie de aprehensión es la más común, cuando la extensión o el peso de la cosa es tan considerable que no se puede remover fácilmente. Esto se encuentra comprendido en los pasajes siguientes: Pecuniam quam mihi debes, aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur, ut et tu statim libereris et mea esse incipiet. (L.79, Dig. De solut.). Si jusserim venditorem procurador rem trajere, cum ea in presentia sit, viteri mihi traditam. (L.1,# 21, Dig. De adq. vel.omit.*

b. 2. Animus

Abordando el concepto del *animus domini*, recordemos lo pertinente del artículo 2351. Este elemento estará presente toda vez que, quien se encuentre en contacto material con la cosa, tenga la intención de comportarse como dueño respecto de aquella.

En realidad este elemento, subjetivo desde la perspectiva de la posición de Savigny, hace radicar el valor específico de la relación posesoria en un aspecto psicológico interno. Seguido por Vélez, se da al *animus* un doble juego. En primer lugar, su presencia se advierte en tanto existe *corpus*. Hemos dicho anteriormente que los dos elementos se encuentran refundidos, de manera que ninguno, independientemente y por sí solo, posibilita la existencia de la posesión. Por esto, el *corpus* lleva ínsito el *animus* de tener materialmente la cosa. En un segundo momento, ese *animus* es consistente con la intención de comportarse como dueño de la cosa. Pero no debemos confundir esta voluntad con aquella de querer ser el dueño. Aquí queda absolutamente claro que el poseedor es el que tiene la cosa y le da a la misma el trato y destino que le daría el dueño. Pudiendo ser el dueño, pero, aun no siéndolo y aun no queriendo estar investido jurídicamente con ese título. Como dijéramos anteriormente, esta es la concepción subjetiva, sostenida por Savigny quien, de manera muy ilustrativa se expresa así a ese respecto:

“El animus possidendi no es otra cosa que la intención de ejercer el derecho de propiedad. Esta definición, sin embargo, no es suficiente porque el detentador de una cosa puede tener dicha intención de dos maneras diferentes. Ejercer el derecho de propiedad de otro o el suyo propio. Si tiene la intención de ejercer el derecho de propiedad de otro, derecho que el reconoce, no tiene el animus possidendi necesario para que el hecho de la detención se transforme en posesión. La segunda hipótesis es en la que el detentador tiene la intención de ejercer su propio derecho de propiedad de suerte que en este caso el animus possidendi no aquí otra cosa que el animus domini o el animus sibi habendi. Así para ser considerado como verdadero poseedor de una cosa... quien pretende disponer en los hechos como tendría el propietario la facultad de hacerlo en virtud de su derecho, implica en particular también el desconocimiento en cabeza de otro de un derecho superior al suyo. La idea de la posesión no exige absolutamente más que este animus domini; y sobre todo no supone la convicción, de ser realmente el propietario (opinio seu cogitatio domini) he aquí por qué el ladrón y el bandido pueden también ser poseedores de la cosa robada como el propietario mismo, y del mismo modo es diferente del arrendatario, que no es poseedor, porque no considera la cosa como suya”²⁶.

posses.) Savigny sigue demostrando la proposición con innumerables textos. Véase Durantón, tomo XXI, n° 195.-Molitor, Tratado de la posesión, n° 29”.

(26) SAVIGNY, F. *Traité de la possession en droit roman*, Trad. H. Staedler. Ed. Durand - P. Lauriel, 7° ed., París, 1870.

Igualmente el *animus domini* no implica la convicción de ser realmente propietario. Ni tampoco voluntad de serlo.

La doctrina de Savigny ha querido atribuir a la expresión *animus domini*, aplicada a la posesión, el significado de una voluntad medida por lo que el propietario puede hacer sobre la cosa objeto de propiedad, y no que la voluntad del poseedor sea la misma del propietario.

Von Ihering, luego de relacionarla en sus rasgos más salientes, calificó a la doctrina de Savigny como “teoría subjetiva” o “teoría de la voluntad” y dijo: “La tengo por totalmente falsa, oponiéndole bajo el nombre de ‘teoría objetiva’ mi propia opinión, que resumiré brevemente: “Cuando las dos condiciones que, en general, se requieren para la existencia de la posesión, esto es, el *corpus* y el *animus*, concurren, se tiene «siempre» posesión, a menos que una disposición ‘legal’ prescriba, excepcionalmente, que sólo hay simple tenencia”. “Al que sostiene la existencia de semejante fundamento de exclusión de la posesión, compete probarla. Para demostrar que hay posesión basta mostrar la existencia exterior de la relación posesoria (el *corpus*) que, como tal, implica el *animus*, incumbiendo al adversario mostrar la existencia del motivo especial de exclusión de la posesión; como, si se trata de tenencia ‘absoluta’, la circunstancia de que la cosa no es susceptible de ser poseída, y si se trata de tenencia ‘relativa’, la existencia de una de las ‘causae detentionis’, tan conocidas del derecho romano. Para la cuestión de si hay posesión o tenencia, la calificación particular de la voluntad de poseer nada importa. El demandante no necesita sostener la ‘existencia’ de la voluntad jurídica de poseer, y su adversario no puede sostener la no existencia ‘no existencia’”²⁷.

c. Modos de adquirir la posesión

El tratamiento del tema es de relevancia, porque la determinación de estos modos permite ubicar el momento exacto de adquisición de la posesión y sus características, y con ello, establecer las trascendentes consecuencias jurídicas que se producen.

Adquirir la posesión implica asumir el poder efectivo de disponer físicamente de la cosa para sí. Se trata de un momento dinámico, después del cual puede suceder un hecho posesorio estático, o sin claras manifestaciones. Debemos destacar, entonces, que es el momento en que deben concurrir ambos elementos configurativos de la posesión, y en el cual éstos deberán exponerse con mayor fuerza. La presencia del *corpus* exacerbado -en el que subyacerá intrincadamente el *animus*- se exige en todos los modos adquisitivos, justamente por la importancia de determinarlos.

(27)VON IHERING, R. *La posesión* (La voluntad en la posesión), versión española de Adolfo Posada, Ed. Reus, Madrid, 1926 (Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid 1896: <https://archive.org/details/BRes040497>).

Luego de la adquisición, su conservación requiere menos exigencias, al punto de poder hacerlo sólo *animus*, según la norma del artículo 2445²⁸.

Retomando el tratamiento de los modos de adquirir, luego de denotar la importancia del momento adquisitivo, señalamos que ellos responden a la clasificación, cuyo criterio distintivo, atiende a las voluntades que intervienen en tales actos de adquisición. De tal manera puede tratarse de modos originales o unilaterales, o modo derivado o bilateral.

Los unilaterales u originarios son aquellos en los cuales la posesión de la cosa se toma directamente por aprehensión u ocupación. El modo bilateral o derivado, en cambio, es aquel en el cual la cosa es recibida del actual poseedor, o la posesión se toma con su consentimiento.

El modo derivado se expresa mediante la Tradición.

c. 1. Modos originarios

Refiriéndonos concretamente a los modos unilaterales, el Código prevé la posibilidad de adquirir cosas muebles en los artículos 2375 y 2382.

“Artículo 2375: Si la cosa carece de dueño, y es de aquellas cuyo dominio se adquiere por la ocupación según las disposiciones de este Código, la posesión quedará adquirida con la mera aprehensión”.

La norma prevé el modo originario denominado “*aprehensión*” ahora considerado en sentido estricto como modo específico para la adquisición de posesión de cosas sin dueño o abandonadas por el dueño -indiscutiblemente muebles-.

Mientras que el artículo 2382 en su primera parte dice: “*La posesión de las cosas muebles no consintiendo el actual poseedor la transmisión de ellas, se toma únicamente por el acto material de la ocupación de la cosa, sea por hurto o estelionato;*” advirtiendo la norma, que existe un poseedor anterior, mas la unilateralidad responde a la voluntad contraria del mismo.

Con respecto a la posibilidad de adquisición unilateral en materia de cosas inmuebles, la segunda parte del artículo citado continúa diciendo: “*...y la de los inmuebles en igual caso por la ocupación, o por el ejercicio de actos posesorios, si fue violenta o clandestina*”.

(28) Artículo 2445: “*La posesión se retiene y se conserva por la sola voluntad de continuar en ella, aunque el poseedor no tenga la cosa por sí o por otro. La voluntad de conservar la posesión se juzga que continúa mientras no se haya manifestado una voluntad contraria*”.

c. 2. Modo derivado

El modo bilateral por antonomasia es la tradición.

Debemos destacar que la tradición reviste importancia por constituir un modo, no sólo de transmitir la posesión, sino también la tenencia y, lo es de adquirir derechos reales. En este sentido, preside todas las normas al respecto el artículo 577: *“Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real”*.

Esta adquisición de la posesión se llama también derivada, porque el adquirente la recibe del actual poseedor. Se produce aquí una dimisión del poder posesorio sobre una cosa por parte de uno, y una conducta concurrente de otro, dirigida a crear una posesión propia.

Nos ilustra sobre su concepto el artículo 2377: *“La posesión se adquiere también por la tradición de las cosas. Habrá tradición, cuando una de las partes entregare voluntariamente una cosa, y la otra voluntariamente la recibiese”*.

Respecto al modo bilateral de adquisición en el Código Civil, nos basta con la breve reseña de las normas citadas. No obstante es de señalar la vasta casuística que refiere el cuerpo legal citado.

III. La posesión en el Proyecto de reforma de 1936

El Proyecto destina el Libro Cuarto al tratamiento de Derecho sobre las cosas.

Advertimos que desaparece no sólo el título I *“De las cosas consideradas en sí mismas o en relación a los derechos”*, que ya eliminara Babiloni, sino también el que figuraba como I en el Anteproyecto: *“De las cosas consideradas con relación a las personas”*, cuya materia, por razones de método, son tratadas en la parte general.

La Sección Primera, regula la posesión. Los Títulos I y II se reservan para las Disposiciones generales y para la adquisición y pérdida de la posesión.

Antes de analizar el contenido de la norma del Proyecto que vamos a cotejar, corresponde/es útil/se torna insoslayable considerar el contenido del informe que realiza la Comisión reformadora designada en 1926.

En relación a nuestro tema, manifiestan los integrantes de la Comisión: *“... Una reforma fundamental consagra este título, al abandonar la doctrina tradicionalista que inspiró a Vélez”*. Babiloni ha expuesto en la nota respectiva, las razones que abonan este cambio que concuerda con el sistema de los códigos suizo y brasileño. La teoría objetiva anima las nuevas disposiciones, y de acuerdo con ella, esta figura jurídica no se legisla teniendo en cuenta únicamente que es el medio de llegar a la usucapión. Su fin es ahora más amplio: proteger a aquel que ejerza un poder efectivo, pleno o no, respecto de todas o de alguna de las facultades inherentes al dominio.

Dentro de las disposiciones generales de este título, se agrupan los principios básicos de la materia, con las reformas doctrinarias que el cambio de concepto impone.

Es de considerar también la incorporación del Registro de inmuebles con asientos de libros que pudieran dar publicidad y conocimiento a terceros. Esto lleva a desplazar a la tradición de su función constitutiva de los derechos reales²⁹. El efecto traslativo se realizará entre partes “... *por acto entre vivos, se requiere también el simple acuerdo, que en ese caso se completa con la inscripción en el Registro*”³⁰.

Continuamos el análisis con igual mecanismo que en la fuente anterior, el Código Civil de Vélez Sarsfield.

a. Concepto y objeto

a.1. Concepto

La letra del Proyecto de Reforma de 1936 comienza la regulación del instituto posesorio estipulando en el artículo 1403:

“Será poseedor quien de hecho ejerza plenamente o no, todas o alguna de las facultades relativas al dominio. Cuando el poseedor entregare la cosa a un tercero, para conferirle un derecho de usufructo, uso, locación, depósito, u otro análogo, ambos tendrán la posesión de aquélla: el primero como poseedor mediato, el segundo como inmediato”.

El informe de la Comisión expresa que la propuesta que vierten en el artículo citado contiene un concepto preciso de la posesión, que no está en Bibiloni, pero que han considerado necesario sentar como consecuencia de la nueva teoría adoptada.

Se refieren luego a las situaciones del poseedor inmediato y mediato, procurando, sostiene, una mayor claridad que aquella que puede encontrarse en los códigos que sirvieron de modelo al de Vélez, incluyendo el alemán.

Manifiesta que la terminología “*poseedor mediato e inmediato*”, no impone como único supuesto para el primer caso, la transmisión realizada por un poseedor originario, comprendiendo también aquellas hipótesis en que puede existir la doble

(29) Comisión Reformadora del Código Civil. Designada 16 de julio de 1926 (REPPETO, Roberto; RIVAROLA, Rodolfo; LAFAILLE, Héctor; MARTÍNEZ PAZ, Enrique; TOBAL, Gastón Federico y REY, Ricardo E. -Secretario-). *“En lo que se refiere al derecho sobre las cosas, siguiendo a Bibiloni, proyectamos un Registro de Inmuebles para todo el país. La necesidad de reemplazar la tradición – siempre equívoca e insuficiente como medio de publicidad – por los asientos de libros que pudieran llegar al conocimiento de terceros, era una exigencia ya impostergable,.... El Proyecto presupone este Registro, que legisla dentro de una ley complementaria... nuestro plan en este punto no se ajusta al Anteproyecto. La materia ha sido ampliada, y al mismo tiempo trasciende el propósito de centralizar en lo posible, los distintos organismos creados, sin desmedro de los derechos que corresponden a las provincias”*, Op. Cit., p. 19.

(30) Idem.

posesión sin una transferencia efectuada por el mediato al inmediato. En otros términos, sostiene que posesión inmediata no equivaldrá siempre a posesión derivada³¹.

Se determinan los casos en que se puede ejercer un poder de hecho, sin que él implique posesión.

En nuestra opinión el concepto de posesión se brinda a partir de la descripción de un hecho que sólo alude a la presencia del elemento *corpus*". La referencia al ejercicio "... plenamente o no, de todas o algunas... facultades relativas al dominio...", no es otra cosa que la mención que hace el artículo 2351 del Código al decir "... tenga una cosa bajo su poder, ... ejercicio de un derecho de propiedad", ya que alude a las facultades que integran el derecho de dominio, el derecho real por antonomasia. Al punto de ser utilizado como sinónimo de derecho real.

1404. "No será poseedor, quien por razones de su oficio o empleo ejerciere, para el dueño de la cosa, en establecimiento industrial o comercial ajeno, el poder de hecho sobre ella: ni tampoco el que se hallare obligado en virtud de relaciones de dependencia semejantes, a obedecer respecto de la misma, las órdenes e instrucciones de otro".

La norma completa las ideas enumerando situaciones en que no existe hipótesis de posesión inmediata.

La nueva denominación reserva la expresión *posesión mediata* para el poseedor en los términos del Código Civil, y de *posesión inmediata* para el tenedor y para un *cuasiposeedor*. Es decir para un sujeto cuya relación repose sobre un derecho, real o personal.

a. 2. Objeto

1405. "Todas las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión. No lo serán los bienes que no fueren cosas, salvo disposiciones especiales del presente Código".

En el tema no se aleja de la normativa del Código Civil.

Sí, se puede mencionar el agregado del artículo en cuanto establece que en relación a bienes que no son cosas no podrán ser objeto de posesión "... salvo disposiciones especiales del presente Código".

1415. Si fueren varios los poseedores de una cosa, la naturaleza de la posesión se juzgará respecto de cada uno de ellos.

(31) Comisión Reformadora del Código Civil. Designada 16 de julio de 1926 (REPPETO, Roberto; RIVAROLA, Rodolfo; LAFAILLE, Héctor; MARTÍNEZ PAZ, Enrique; TOBAL, Gastón Federico y REY, Ricardo E. -Secretario), *cit.*

Tratándose de personas representadas, se aplicará lo dispuesto por el art. 187.

1416. No pueden poseerse a título de dueño, partes materiales de cosas que integren un solo cuerpo; pero en la posesión de éstas por otro título, la de partes materiales y determinadas se juzgará según la naturaleza y contenido del derecho que se ejerza.

Las normas citadas completan la regulación respecto al objeto y coinciden con la imposibilidad de coincidencia de más de una posesión de igual naturaleza sobre la misma cosa establecida en el código velezano.

b. Elementos de la posesión

b.1. Corpus

El ya citado artículo 1403 es base para analizar la presencia de los elementos integrativos de la posesión.

Es clara la ausencia de toda mención a la intención o la voluntad de ese ejercicio.

Es entonces acorde con el cambio doctrinario del proyecto al asumir una postura en que se refleja la idea de la teoría de Ihering cuando dice: *Para demostrar que hay posesión basta mostrar la existencia exterior de la relación posesoria (el corpus) que, como tal, implica el animus, incumbiendo al adversario mostrar la existencia del motivo especial de exclusión de la posesión*³². Ahora bien, queda claro que de ningún modo se plantea la prescindencia del “animus”. Lo que queda explicitada es una cuestión probatoria, que deviene presuncional sin duda alguna.

b.2. Animus

Nos remitimos a lo mencionado al tratar el elemento “corpus”.

1406. “Nadie estará obligado a producir su título a la posesión, salvo cuando deba exhibirlo como obligación inherente a ésta: posee porque posee”.

Reproduce el principio “posee porque posee” del 2363 del Código Civil y sus consecuencias relativas a la exhibición del título, con simples variantes de forma.

1407. “Nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo la causa de su posesión, ni mudarlas del título, cualidades o vicios de ella. Tal cual comenzó, así debe continuar mientras no se creare un título nuevo para adquirirla. No causará interversión

(32) Ver *supra*.

del título la mera circunstancia de comunicar al poseedor mediato el propósito contrario, si esta noticia no fuere acompañada de actos que le priven de su posesión, o que por su naturaleza sean incompatibles con los que tiene derecho a ejecutar el poseedor inmediato”.

Aquí vemos que se han incluido las máximas tradicionales de los artículos 2353 y 2354, unidos en un solo texto, con cambios no solamente de forma, sino también con los doctrinarios indispensables. Esto es el abandono de la teoría subjetiva.

Aparecen eliminadas las definiciones de posesión legítima e ilegítima. El informe sostiene que ello es así tanto para evitar los conceptos puramente didácticos, como para prevenir la confusión que suelen traer aquellos que resultan paralelos.

c. Modos de adquirir

c.1. Modos originarios

1417. “Se adquiere la posesión de una cosa, cuando mediante su aprehensión se obtenga el poder efectivo sobre ella. Pueden adquirir por aprehensión la posesión originaria, quienes hubieren cumplido diez años, como también toda persona capaz de discernimiento, en los términos previstos por el art. 140. Dichos extremos no serán necesarios, cuando por acto de tercero se hubiere puesto una cosa bajo el poder de una persona, aunque fuere incapaz”.

La primera parte del artículo está referida a la adquisición de la posesión a través de modos originarios, cuando se realice la aprehensión de la cosa para obtener el poder efectivo sobre ella. La norma utiliza esta expresión con el alcance del modo originario *stricto sensu* del artículo 2373 del Código Civil.

El artículo fija la capacidad para adquirir a través de estos modos en la edad de diez años, considerando igualmente capaz a toda persona con discernimiento según el artículo 140³³.

1418.” Serán actos posesorios respecto de inmuebles: su cultura, percepción de frutos, deslinde, la construcción o reparación que en ellos se haga, y en general, su ocupación, de cualquier modo que se tenga, bastando hacerla en alguna de sus partes”.

Enumera actos considerados posesorios a fin de establecer cuando se produce la adquisición de la posesión. En similitud con el artículo 2384 del Código Civil.

(33) Artículo 140. “Los actos se juzgarán ejecutados sin discernimiento. 1° Cuando fueren lícitos y sus agentes no hubieren cumplido catorce años, o diez en los ilícitos. 2° Cuando sus autores, por cualquier causa estuvieren privados de razón. 3° Si procedieren de persona sujeta a interdicción, salvo en los casos previstos por el art. 55. Se tendrán por cumplidos sin intención, los viciados por error o dolo, y sin libertad cuando mediare fuerza o temor”.

c.2. Modo derivado

1419. *“Adquirida la posesión, se transmite a los sucesores universales del poseedor. También podrá transferirse cuando por convenio entre el poseedor y el adquirente, éste último se encuentre en situación de ejercer su poder efectivo sobre la cosa. Dicho acuerdo no requiere forma especial para su validez”.*

En este artículo, segunda parte, se advierte la alusión a la tradición, “... convenio... entre el poseedor y el adquirente, éste último se encuentre en situación de ejercer su poder efectivo sobre la cosa...”. Coincidiendo el modo derivado que regula la norma con el establecido en el Código velezano.

IV. Conclusión

Podemos sostener que del cotejo de la normativa de derecho positivo y la propuesta doctrinaria del Proyecto de reforma resultan las siguientes observaciones: El concepto del instituto no muda de su naturaleza fáctica.

Se incorporan en el tratamiento de la relación real posesoria una nueva nominación -posesión mediata e inmediata- para referir dos relaciones reales distintas: la tenencia y la cuasiposesión, que no es más que una posesión de distinta naturaleza que coexiste sobre la misma cosa.

No existe diferencia respecto al objeto de la posesión.

Los elementos *corpus* y *animus* -integrativos del instituto posesorio- se requieren en ambas fuentes jurídicas. Pero se verifica un abandono de la teoría posesoria subjetiva.

Los modos de adquirir la posesión que prevé el Código se replican en el Proyecto. Pero debemos señalar que, respecto a la tradición, existe un desplazamiento de su función constitutiva del derecho real. Consecuencia de la previsión de Registros inmobiliarios de carácter constitutivos según la letra del Informe. De todos modos ello apunta a un efecto de la posesión, pero no a su entidad.

Ahora bien. Sí encontramos que el mudar de la teoría subjetiva de Savigny a la objetivación que surge de la nueva ideología y su redacción, produce una ruptura que impacta en el sistema posesorio. El artículo 1403 del Proyecto omite referencia al *animus*. Se distancia del artículo 2351 del Código que presenta en su redacción y con meridiana claridad la exigencia expresa de *corpus* y *animus*. La letra del Proyecto no libera de la presencia del *animus*. Pero crea una presunción de posesión con la sola presencia del *corpus*. Esto implica un cambio importante en la carga probatoria. Circunstancia que no es menor, ni la única.

Así entonces estamos en condiciones de decir que, a pesar de las menciones realizadas en cuanto a algunas discontinuidades entre el tratamiento de la pose-

sión en ambas fuentes, ninguna de las diferencias encontradas es de la suficiente trascendencia como para producir la ruptura del instituto. Salvo lo manifestado respecto a la teoría objetiva que el proyecto sostiene, y con el alcance manifestado.

Con esta conclusión entendemos que, la reconstrucción del instituto posesorio en la propuesta doctrinaria de reforma no ha intentado provocar una desconexión en lo que atañe a su entidad.

VI. Bibliografía

DE SAVIGNY, Federico Carlos. *Traite de la Possession en Droit Romain*, Ed. Bruylant-Christophe & Compagnie Libraires Editeurs, Bruxelles, 1866.

IHERING, Rodolfo. *La Posesión: El fundamento de la protección posesoria. La voluntad en la posesión con la crítica del método jurídico reinante*, Traducida por Adolfo González Posada, Hijos de Reus editores, Madrid, España, 1912.

LEVAGGI, Abelardo. *Manual de Historia de Derecho argentino. Castellano-Indiano-Nacional*, T. I, Parte general, T. III, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991.

MARIANI DE VIDAL, Marina. *Curso de Derechos Reales*, Ed. Zavalía. Buenos Aires, Argentina, 1993.

MARTÍNEZ PAZ, Enrique. *Dalmacio Vélez Sarsfield y el Código Civil argentino*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Argentina, 2000.

RISOLÍA, Marco Aurelio. *El Espíritu de la legislación Civil y su Reforma. En la Reforma del Código Civil Argentino. Contribución al Estudio del Proyecto de 1936*, Ed. Sección publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1940.

TAO ANZOÁTEGUI, Víctor. *La codificación en la Argentina 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*, Ed. Librería Editorial Histórica, 2º ed. Buenos Aires, Argentina, 2008.

VALDES, Horacio - ORCHANSKY, Benito. *Lecciones de Derechos Reales*, Ed. Lerner, Córdoba, Argentina, 1969.

VON IHERING, R. *La posesión (La voluntad en la posesión)*, versión española de Adolfo González Posada, Ed. Reus, Madrid, 1926.

EL ESTADO DE DERECHO Y LA INDEPENDENCIA
JUDICIAL EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

*ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA**

*THE RULE OF LAW AND JUDICIAL INDEPENDENCE
IN INTERNATIONAL JURISPRUDENCE*

ANALYSIS OF JURISPRUDENCE

*Carlos Fernández de Casadevante Romani***

Resumen: No hay democracia sin Estado de Derecho y no hay Estado de Derecho sin independencia judicial. El presente trabajo analiza los parámetros existentes a este respecto en el Derecho Internacional, su exigencia en orden a la participación como miembro de determinadas Organizaciones Internacionales y la jurisprudencia de los principales órganos judiciales internacionales existentes en los sistemas regionales europeo (TEDH y TJUE) y americano (Corte IDH).

Palabras-clave: Estado de Derecho - Independencia judicial - Democracia - Jurisprudencia internacional.

Abstract: There is no democracy without the rule of law and there is no rule of law without judicial independence. This paper analyses the existing parameters in this respect in international law, its requirements for membership of certain international organizations and the jurisprudence of the main international judicial bodies in the European (ECtHR and CJEU) and American (IACHR) regional systems.

Keywords: Rule of law - Judicial independence - Democracy - International jurisprudence.

Sumario: I. Introducción. II. ¿Qué es el Estado de Derecho? III. La independencia judicial. III.1. Las garantías que se derivan de la independencia judicial. A) Un adecuado proceso de nombramiento. B) La inamovilidad en el cargo o periodo

* Trabajo recibido el 9 de marzo de 2023 y aprobado para su publicación el 29 del mismo mes y año.

** Licenciado en Derecho. Doctor en Derecho. Premio extraordinario del doctorado (Universidad del País Vasco -España). Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Titular de la Cátedra Jean Monnet en Derecho de la Unión Europea en la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid -España). Director de Proyectos de investigación. Publicista.

para ejercer las funciones. a) La garantía de la inamovilidad no es absoluta. C) Las garantías contra presiones externas. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. Introducción

En el presente trabajo nos proponemos analizar la jurisprudencia internacional relacionada con el Estado de Derecho y la independencia judicial, pilares fundamentales ambos de la democracia. Nos centraremos para ello, tanto en la emanada de los dos tribunales internacionales principales creados en el sector del ordenamiento internacional relativo a los derechos humanos (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante TEDH, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH) como en la producida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) a la luz de la práctica reciente en este último marco regional.

El examen de esa jurisprudencia, que trae causa en graves violaciones del Estado de Derecho, nos permite constatar una vez más la fragilidad de la democracia y su desaparición *de facto* cuando el Estado de Derecho es atacado a través del menoscabo de la independencia judicial. En el sistema regional americano es prueba evidente de ello la jurisprudencia de la Corte IDH en sus pronunciamientos relativos a Perú¹, Venezuela², Ecuador³ y Honduras⁴, como consecuencia de las demandas presentadas ante ella por jueces víctimas de destitución arbitraria ejecutada por el Estado en cuestión como represalia por sus pronunciamientos judiciales. Esto es,

(1) Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, No. 71 (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf).

(2) Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 5 de agosto 2008 (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf); *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 30 de junio de 2009, Serie C, No. 197 (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf); *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparación y Costas*, Sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C No. 227 (https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf).

(3) Corte IDH, *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 23 de agosto de 2013, Serie C No. 266 (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_266_esp.pdf); *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros vs. Ecuador)*, Sentencia de 28 de agosto de 2013, Serie C No. 268 (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf).

(4) Corte IDH, *Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de octubre de 2015, Serie C No. 302 (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_302_esp.pdf); Comisión Interamericana de Derechos Humanos, INFORME No. 74/21 CASO 13.638 INFORME DE FONDO JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ NAVAS Y OTROS HONDURAS, OEA/Ser.L/V/II Doc. 79 16 de abril de 2021 (https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2021/HN_13.638_ES.PDF). En el momento de redactar estas líneas, este caso se encuentra pendiente de sentencia de la Corte IDH.

por el ejercicio de su función judicial. Y esto, tanto en cortes o tribunales del orden constitucional como de órdenes inferiores.

En la Unión Europea (en adelante UE) esta problemática se ha manifestado más recientemente, a pesar de ser ésta una Organización Internacional fundada -como afirma el art. 2 del Tratado de la Unión Europea, en adelante TUE- sobre los valores “de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías”; valores, todos ellos, que “son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”. Y ello, como consecuencia de modificaciones legales adoptadas por Polonia y por Hungría⁵ consideradas contrarias a esos valores tanto por la Comisión Europea como por el Parlamento Europeo y el TJUE⁶.

(5) En el caso de Polonia, medidas que permiten que los poderes ejecutivo y legislativo interfieran políticamente “en la composición, competencia, gestión y funcionamiento del poder judicial” (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5367_fr.htm). Cf. MANGAS MARTÍN, A. “Polonia en el punto de mira: ¿sólo riesgo de violación grave del Estado de Derecho?”, *Revista General de Derecho Europeo*, 44, Enero (2018), pp. 1-12. En el de Hungría, entre otras cosas, también trabas a la independencia del Poder Judicial y de otras instituciones y los derechos de los jueces (cf. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0250_ES.html).

(6) Vid. TJUE, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, *Comisión Europea contra República de Polonia*, C-619/18; TJUE (Pleno), Sentencia de 16 de febrero de 2022, Asunto C157/21, *República de Polonia contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea* (<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&td=ALL&num=C-157/21>); TJUE (Pleno) en el Asunto C-156/21, *Hungría contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, Sentencia de 16 de febrero de 2022, párr. 232 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62021CJ0156>). En cuanto a la *Comisión Europea* y respecto de Polonia, el 20 de diciembre de 2017 decidió proponer al Consejo de la Unión la adopción de una decisión en el marco del mecanismo de control preventivo del art. 7.1 TUE en orden a la defensa de los valores del art. 2 (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5367_fr.htm). Por otra parte, y en el marco del procedimiento orientado a asegurar la aplicación del Derecho Comunitario, el 2 de octubre de 2018 la Comisión interpuso ante el TJUE un recurso por incumplimiento solicitando al Tribunal que ordenara la adopción de medidas cautelares hasta que se hubiera dictado una sentencia en el asunto, lo que tuvo lugar mediante Auto de la Vicepresidenta del Tribunal, de 19 de octubre de 2018, que dictaminó que Polonia debía suspender inmediatamente la aplicación de las disposiciones nacionales relativas a la reducción de la edad de jubilación de los jueces de su Tribunal Supremo (*asunto C-619/18*, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9D012F565A61B1800056E0F765DD430C?text=&docid=207961&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1091621>).

Fue seguido del Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 15 de noviembre de 2018, «Procedimiento acelerado», C-619/18, que resolvió “Tramitar el asunto C-619/18 mediante el procedimiento acelerado previsto en el artículo 23 bis del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en el artículo 133 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.” (CURIA - Documentos (europa.eu)).

Prueba evidente y recordatorio todo ello, por si hiciera falta, de que la democracia es un sistema político frágil que puede y suele ser destruido desde dentro y que requiere la adopción de medidas de protección para evitarlo⁷.

II. ¿Qué es el Estado de Derecho?

El Estado de Derecho es uno de los pilares fundamentales de la democracia, articulado a través de los principios de legalidad y de separación de poderes. Sin Estado de Derecho, es fácil constatarlo, no hay democracia. Por el contrario, imperan la arbitrariedad y la tiranía.

Proclamado por la ONU como un principio básico y universal, también es afirmado a nivel regional por las Organizaciones Internacionales más representativas: en la Organización de Estados Americanos (OEA), en la Carta Interamericana de la Democracia⁸ y en la Unión Africana, en su Acta Constitutiva⁹, señalando la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia) la

(7) Como, por ejemplo, llegado el caso, la ilegalización de partidos políticos amparada por el TEDH en su jurisprudencia. Vid a este respecto: TEDH (Gran Sala). *Refah Partisi y otros c. Turquía*, Sentencia de 13 de febrero de 2001 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60936>); *Herri Batasuna y Batasuna c. España*, Sentencia de 30 de junio de 2009 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93475>). Sobre esta cuestión, respecto de España, vid. DE MIGUEL BÁRCENA, J. "Pasado y presente de la democracia militante (con especial referencia al caso español)", *Revista Vasca de Administración Pública*, Nº 122, 2022, pp. 17-43; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P. *¿Son admisibles todos los proyectos en democracia? La izquierda nacionalista radical vasca: de su ilegalización a un discutible regreso a las instituciones públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; "La prohibición de partidos en Alemania. Del nuevo criterio de la potencialidad y la reciente reforma constitucional para la no financiación de formaciones antidemocráticas pero constitucionales", *Revista de Derecho Político*, núm. 102, 2018, pp. 235-273; "La prohibición de formaciones políticas como mecanismo de defensa del Estado y el debilitamiento de dicha protección tras las polémicas decisiones sobre Bildu y Sortu", *Revista europea de derechos fundamentales*, Nº. 26, 2015, pp. 111-137.

(8) Por ejemplo, en los arts. 2 y 3. El art. 2 dice: "El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional." Y el art. 3: "Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos." (https://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm).

(9) Por ejemplo, en el Preámbulo: "Resueltos a promover y a proteger los derechos del hombre y de los pueblos, a consolidar las instituciones y la cultura democráticas, a promover el buen Gobierno y el Estado de derecho;". También en el art. 4.m): "Funciona la Unión Africana de conformidad con los principios fundamentales siguientes: ... m) Respeto de los principios democráticos, de los derechos del hombre, del Estado de derecho y del buen gobierno;" (https://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gl/institutos/ceso/descargas/UA_Acta_es.pdf).

posibilidad de encontrar “referencias al Estado de Derecho en varios documentos de la Liga Árabe”¹⁰.

Por último, en Europa, tanto en el Consejo de Europa¹¹ como en la UE¹², en las cuales la exigencia de ser un Estado democrático y de Derecho no sólo constituye *conditio sine qua non* para acceder a ser miembro de ellas, sino que su violación lleva

(10) Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), *Criterios de Verificación del Estado de Derecho*, adoptados por la Comisión de Venecia en su 106ª Sesión Plenaria (Venecia, 11-12 de marzo de 2016) y aprobados por el Congreso de Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa en su 31ª Sesión (19-21 de octubre de 2016), p. 9, párr. 10. (CDL-AD(2016)007, Estrasburgo, 18 de marzo de 2016, Estudio No. 711 / 2013).

(11) En el Consejo de Europa, es mencionado tanto en el Preámbulo como en el articulado de su tratado constitutivo (el Estatuto de Londres). En el Preámbulo, en el párrafo segundo, donde es citado como uno de los tres principios (junto a la libertad individual y a la libertad política) “sobre los cuales se funda toda auténtica democracia”. En el art. 3 como condición necesaria para acceder a ser Estado miembro del Consejo de Europa: “Cada uno de los Miembros del Consejo de Europa reconoce el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su Jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y se compromete a colaborar sincera y activamente en la consecución de la finalidad definida en el capítulo primero.”

(12) Así lo exige el art. 2 del TUE: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.” Vid. a este respecto, LIÑÁN NOGUERAS, D. J. - MARTÍN RODRÍGUEZ, P.J. *Estado de Derecho y Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2018.

aparejada la expulsión de la Organización Internacional¹³ o la adopción de medidas coercitivas para asegurar su respeto¹⁴ y su defensa¹⁵.

A este respecto, en el marco de la UE, el TJUE ha declarado que los valores enunciados en el art. 2 TUE¹⁶ no constituyen meras orientaciones o intenciones de naturaleza política sino obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados miembros:

“forman parte de la propia identidad de la Unión como ordenamiento jurídico común, valores que se concretan en principios que comportan obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados miembros”¹⁷.

Es más, “esta obligación de respetar dichos principios constituye una *obligación de resultado* para los Estados miembros que deriva directamente de su pertenencia a la Unión, en virtud del artículo 2 TUE, que ningún Estado miembro puede ignorar”¹⁸

(13) En el Consejo de Europa la violación de la exigencia democrática y del Estado de Derecho del art. 3 lleva aparejada como sanción la expulsión de esta Organización Internacional (supuesto contemplado en el art. 8). Así sucedió con Grecia en 1970, como consecuencia del golpe de Estado militar, y con Rusia en 2022 por la agresión e invasión de Ucrania.

(14) Medidas *políticas*, como las previstas en el art. 7 TUE (vid., por ejemplo, *ut supra* nota 6), y *jurídicas*, vinculadas al incumplimiento del Derecho Comunitario (como las contempladas en el marco de los procedimientos por incumplimiento (arts. 258 ss. TFUE) y en el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión (DOUE, L 433 de 22 de diciembre de 2020). Sobre este particular vid. BAQUERO CRUZ, J. (2022), “*Minima moralia*: el estado de derecho, el método comunitario y el presupuesto de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 72, pp. 431-445. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.72.05>. Respecto del concepto de «Estado de Derecho» que figura en el art. 2, letra a) de ese Reglamento, el TJUE ha declarado que “se entiende como el valor contemplado en el artículo 2 TUE, que los principios identificados en él contribuyen a la propia definición de dicho valor o están íntimamente ligados a una sociedad respetuosa con el Estado de Derecho y que, mediante su adhesión a la Unión, los Estados miembros se han comprometido a respetar y promover los valores que recoge el artículo 2 TUE, de modo que su cumplimiento constituye un requisito para poder disfrutar de todos los derechos derivados de la aplicación de los Tratados a los Estados miembros.” (TJUE (Pleno), Sentencia de 16 de febrero de 2022, Asunto C 157/21, *República de Polonia contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, párr. 223.

(15) Así lo reconoce el TJUE respecto de la UE: “Los valores que recoge el artículo 2 TUE han sido identificados por los Estados miembros, que los comparten. Definen la propia identidad de la Unión como ordenamiento jurídico común. Así pues, la Unión debe estar en condiciones de defenderlos dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados” (TJUE (Pleno), Sentencia de 16 de febrero de 2022, párr. 145).

(16) Vid. el texto *ut supra* nota 12.

(17) TJUE (Pleno), Sentencia de 16 de febrero de 2022, Asunto C157/21, *República de Polonia contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, párr. 264. (<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&td=ALL&num=C-157/21>). Criterio reiterado por el TJUE (Pleno) en el Asunto C-156/21, *Hungría contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, Sentencia de 16 de febrero de 2022, párr. 232 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62021CJ0156>).

(18) *Ibid.*, párr. 282.

y, también, “de los compromisos contraídos -por los Estados miembros- entre sí y frente a la Unión”¹⁹.

Con carácter adicional y dentro del Consejo de Europa, la *Comisión Europea para la Democracia por el Derecho* (Comisión de Venecia), examinó el concepto de Estado de Derecho en su Informe sobre el Estado de Derecho de 2014 y concluyó que, con independencia de la diferencia de opiniones:

“existe un concepto de los elementos esenciales que definen el Estado de Derecho así como los del Rechtsstaat y Etat de Droit, que no sólo son de naturaleza formal sino que también sustantivos o materiales (materieller Rechtsstaatsbegriff). Estos elementos son: (1) Legalidad, que incluye un proceso democrático transparente y políticamente responsable de la formación de la ley; (2) Certeza jurídica; (3) Interdicción de la arbitrariedad; (4) Acceso a la justicia ante tribunales independientes e imparciales, incluyendo la impugnación judicial de los actos administrativos; (5) Respeto de los derechos humanos; y, (6) No discriminación arbitraria y la igualdad ante la ley”²⁰.

En criterio del TJUE son principios que han sido ampliamente desarrollados en su jurisprudencia “sobre la base de los Tratados de la Unión, se encuentran así reconocidos y precisados en el ordenamiento jurídico de la Unión y tienen su origen en valores comunes reconocidos y aplicados también por los Estados miembros en sus propios ordenamientos jurídicos”²¹; que “emanan de los valores comunes reconocidos y aplicados también por los Estados miembros en sus propios ordenamientos jurídicos, y que derivan de un concepto de ‘Estado de Derecho’ que los Estados miembros comparten y al cual se adhieren, como valor común a sus tradiciones constitucionales”²² y que, asimismo, están protegidos por el art. 19 TUE y los arts. 47 a 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²³.

(19) *Ibid.*, párr. 263.

(20) Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), *Criterios de Verificación del Estado de Derecho*, *op. cit.*, párr. 15. (CDL-AD(2016)007, Estrasburgo, 18 de marzo de 2016, Estudio No. 711 / 2013). Este párrafo es citado por el TJUE en el asunto T-340/14 KLYUYEV/ CONSEJO, Sentencia de 15 de septiembre de 2016, párr. 88.

(21) TJUE (Pleno), Sentencia de 16 de febrero de 2022, Asunto C157/21, *República de Polonia contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, párr. 291.

(22) TJUE (Pleno), Sentencia de 16 de febrero de 2022, Asunto C-157/21, p. 6 del resumen. En la misma línea, “un concepto de «Estado de Derecho» que comparten, como valor común a sus propias tradiciones constitucionales, y que se han comprometido a respetar de forma continuada.” (TJUE (Pleno) en el Asunto C-156/21, *Hungría contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, Sentencia de 16 de febrero de 2022, párr. 234 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62021CJ0156>).

(23) “Por lo que respecta en particular, al valor del Estado de Derecho, determinados aspectos de este valor están protegidos por el artículo 19 TUE, como por lo demás la República de Polonia reconoce. Lo mismo ocurre con los artículos 47 a 50 de la Carta, que figuran en su título VI («Justicia») y que garantizan, respectivamente, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, la presunción de inocencia y el derecho de defensa, los principios de legalidad y de proporcionalidad

Todo ello, se concreta en la obligación a cargo de los Estados miembros de “velar por evitar, en relación con este valor -del Estado de Derecho-, cualquier regresión de su legislación en materia de organización de la Administración de Justicia, absteniéndose de adoptar medidas que puedan menoscabar la independencia judicial (sentencia de 20 de abril de 2021, Repubblika, C896/19, EU:C:2021:311, apartados 63 y 64 y jurisprudencia citada)”²⁴.

En ese mismo marco del Consejo de Europa anteriormente citado, el Preámbulo del Convenio europeo de derechos humanos, de 4 de noviembre de 1950, enumera el Estado de Derecho como uno de los principios fundamentales de las democracias europeas²⁵ y el TEDH creado por ese tratado con ocasión del ejercicio de su jurisdicción internacional ha afirmado la existencia de una íntima relación entre Estado de Derecho y sociedad democrática: “sociedad democrática fundada en el Estado de Derecho”²⁶.

La vinculación entre el Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos a la que aluden los tratados constitutivos y los documentos de las Organizaciones Internacionales antes citadas también la pone de manifiesto la jurisprudencia internacional. Así, por ejemplo, en el marco de la UE, el TJUE:

*“El respeto del Estado de Derecho está intrínsecamente vinculado al respeto de la democracia y de los derechos fundamentales. No puede haber democracia ni respeto de los derechos fundamentales sin respeto del Estado de Derecho, y viceversa”*²⁷.

Es más, el respeto del Estado de Derecho es esencial para la protección de la libertad, la democracia, la igualdad y el respeto de los derechos humanos:

“Aunque no existe una jerarquía entre los valores de la Unión, el respeto del Estado de Derecho es esencial para la protección de los demás valores fundamentales en los que se fundamenta la Unión, como la libertad, la democracia, la igualdad y el respeto de los

de los delitos y las penas y el derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por el mismo delito.” (Ibid., párr. 196). En su Sentencia de 18 de mayo de 2021 (Gran Sala) el TJUE ya había precisado que el valor del Estado de Derecho “se concreta, en particular, en el art. 19 TUE” (Asuntos acumulados C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 y C397/19, Asociația «Forumul Judecătorilor Din România» y otros (ECLI:EU:C:2021:393), párr. 162.

(24) TJUE (Gran Sala), Asuntos acumulados C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 y C397/19, Asociația «Forumul Judecătorilor Din România» y otros (ECLI:EU:C:2021:393), párr. 162.

(25) En el párrafo quinto: “Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados por un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de primacía del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal”.

(26) Y así lo recuerda la Comisión de Venecia. Vid. (Consejo de Europa, Estudio No. 711/2013, Criterios de Verificación del Estado de Derecho adoptados en su 106ª Sesión Plenaria (Venecia, 11-12 de marzo de 2016), CDL-AD(2016)007, Estrasburgo, 18 de marzo de 2016, párr. 11).

(27) TJUE (Pleno) Sentencia de 16 de febrero de 2022, *Hungría c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, Asunto C156/21, párr. 6.

*derechos humanos. El respeto del Estado de Derecho está intrínsecamente vinculado al respeto de la democracia y de los derechos fundamentales. No puede haber democracia ni respeto de los derechos fundamentales sin respeto del Estado de Derecho, y viceversa*²⁸.

Idéntico proceder encontramos en el *sistema regional americano* de protección de los derechos humanos donde, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) como la Corte IDH, han puesto de manifiesto la importancia del principio de separación e independencia de las ramas de gobierno como un elemento esencial del Estado de Derecho²⁹.

Como señala el juez de la Corte IDH MAC-GREGOR POISOT, la separación de poderes implica la existencia de límites, “de `frenos y contrapesos””, mediante los cuales se constituye un control y fiscalización recíprocos entre cada rama del poder³⁰. Son frenos y contrapesos concebidos como mecanismos constitucionales “que impiden u obstaculizan el ejercicio arbitrario e ilegítimo del poder, y dificultan o frenan el abuso o su ejercicio ilegal”³¹.

III. La independencia judicial

Colofón de todo ello es la independencia del Poder Judicial porque sin jueces independientes ni la separación de poderes es posible ni existe la democracia. En palabras de K. Lenaerts, presidente del TJUE, “la independencia judicial es una garantía esencial para el buen funcionamiento, el fortalecimiento y la supervivencia de las sociedades democráticas. *Sin jueces independientes*, los poderes públicos tendrían vía libre para cometer arbitrariedades de forma impune. *Sin jueces independientes*, no habría tutela judicial efectiva de las libertades y de los derechos más básicos. *Sin jueces independientes*, nada impide una deriva autoritaria en la que el imperio de la ley no es más que una utopía lejana, y la tiranía de la mayoría política del momento una realidad constante”³².

(28) TJUE (Pleno), Sentencia de 16 de febrero de 2022, párr. 6.

(29) Así, por ejemplo, en Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros vs. Ecuador)*, Sentencia de 28 de agosto de 2013, par. 198.

(30) Y añade: “De la separación de poderes se desprende, entonces, el ejercicio de un poder limitado, así como susceptible de control y organizado en distintas instancias encargadas de diferentes funciones, con la finalidad esencial de asegurar la libertad de las personas -también de los jueces, añadimos nosotros- frente al Estado, dentro de un marco de democracia participativa y pluralista” (MAC-GREGOR POISOT, E.F. , Voto parcialmente disidente a la Sentencia en el *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros vs. Ecuador)*, de 28 de agosto de 2013, párr. 15).

(31) BOBBIO, N. *Liberalismo y democracia*, Traducción de J.F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, pp. 19-20, citado por MAC-GREGOR POISOT, E. F. en su Voto parcialmente disidente citado anteriormente, párr. 12.

(32) LENAERTS, K. “El Tribunal de Justicia de la Unión europea y la independencia judicial”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 72, 351-368. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.72.01>, p. 352.

Como es lógico, tratándose de órganos jurisdiccionales internacionales creados por tratados fundamentados en el Estado de Derecho, tanto la Corte IDH como el TEDH y el TJUE afirman y protegen la independencia judicial, eje nuclear de la separación de poderes y garantía del Estado de Derecho. De ahí que se “consider(e) necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento”³³.

En el *sistema regional americano* la Corte IDH invoca a tal fin los *Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura* (AG resoluciones 40/32, de 29 de noviembre de 1985 y 40/145, de 13 de diciembre de 1985)³⁴; Principios que, para la CIDH constituyen “las garantías mínimas que se deben observar en los procesos de separación de un juez o jueza a fin de hacerlos compatibles con el principio de independencia judicial y, consecuentemente, deben ser observadas por los Estados con absoluta independencia de la denominación del procedimiento o el órgano encargado de llevar a cabo la separación”³⁵.

Así, declara la Corte IDH:

*“uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución”*³⁶.

En esa misma línea, en el *sistema regional europeo* la *Comisión Europea para la Democracia por el Derecho* (Comisión de Venecia), del Consejo de Europa, ha señalado:

(33) Precizando que, “Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas” (Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, ya citado, párr. 75). Reiterado en el *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros vs. Ecuador)*, ya citado, párr. 166.

(34) Por ejemplo, en el *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, No. 71. Principios adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985. El Principio 1 afirma: “La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura”.

(35) CIDH, CASO 12.597 CAMBA CAMPOS Y OTROS (VOCALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL) Vs. ECUADOR Observaciones finales escritas, párr. 51 (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/camba_campos/afecom.pdf).

(36) Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, No. 71, párr. 73. Así mismo, en el *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 30 de junio de 2009, parágrafos 70 y 78.

“74. El poder judicial debe ser independiente. La independencia significa que la judicatura se encuentra libre de presiones externas y no se encuentra sujeta a influencias políticas o manipulaciones de ningún tipo, en particular de parte del poder ejecutivo. Este requerimiento es una parte integral del principio democrático fundamental de separación de poderes”³⁷.

En palabras del TJUE:

“La noción de independencia supone, entre otras cosas, que el órgano en cuestión ejerza sus funciones jurisdiccionales con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia, de tal modo que quede protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de sus miembros a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de septiembre de 2006, Wilson, C 506/04, EU:C:2006:587, apartado 51, y de 16 de febrero de 2017, Margarit Panicello, C 503/15, EU:C:2017:126, apartado 37 y jurisprudencia citada)”³⁸.

Independencia, tanto respecto del Poder Legislativo como del Poder Ejecutivo:

“86. La independencia individual de los jueces debe ser asegurada al igual que la independencia de la judicatura con respecto al poder legislativo y, especialmente, del poder ejecutivo”³⁹.

Se trata de la independencia desde una doble perspectiva: independencia tanto *institucional* (esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema) como *individual* (en conexión con su vertiente individual, el juez individual o el panel de jueces)⁴⁰ que tiene como garantía el que ambos hayan sido determinados con anterioridad a su intervención:

“88. Esta garantía debe ser estudiada desde dos aspectos. Uno se refiere al tribunal como órgano. El otro se refiere al juez individual o al panel de jueces que conozcan de un caso... No es suficiente que sólo el tribunal (o el poder judicial en general) competente para un determinado caso se encuentre establecido con antelación. Resulta esencial también

(37) Consejo de Europa, Estudio No. 711/2013, *Criterios de Verificación del Estado de Derecho* adoptados en su 106ª Sesión Plenaria (Venecia, 11-12 de marzo de 2016), CDL-AD(2016)007, Estrasburgo, 18 de marzo de 2016, párr. 74.

(38) TJUE, Sentencia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (C64/16, EU:C:2018:117), párr. 44.

(39) Consejo de Europa, Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), Estudio No. 711/2013, *Criterios de Verificación del Estado de Derecho* adoptados en su 106ª Sesión Plenaria (Venecia, 11-12 de marzo de 2016), CDL-AD(2016)007, Estrasburgo, 18 de marzo de 2016, párr. 74.

(40) Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*, párr. 55, y *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, párr. 67.

que el juez individual (o el panel de jueces) en un determinado tribunal colegiado se encuentre determinado con anterioridad, basado en principios generales y objetivos"⁴¹.

Desde el punto de vista *institucional*, el principio de independencia exige que los jueces ejerzan sus funciones sin ser objeto de injerencias indebidas por parte de los poderes ejecutivo y legislativo, las partes del proceso, los actores sociales y otros órganos vinculados a la administración de justicia. En palabras de la CIDH:

*"Un poder judicial independiente es indispensable como controlador de la constitucionalidad de los actos de otros poderes del Estado, así como también como órgano encargado de administrar justicia"*⁴².

De este modo, "cuando el Estado se halla obligado a proteger al Poder Judicial como sistema, se tiende a garantizar su independencia *externa*"⁴³. Asimismo, "cuando se encuentra obligado a brindar protección a la persona del juez específico, se tiende a garantizar su independencia *interna*"⁴⁴.

El TJUE subraya ambos aspectos con ocasión del recurso presentado por la Comisión Europea contra Polonia:

*"La exigencia de independencia de los órganos judiciales comprende dos aspectos. El primero, de carácter externo, 'exige que el órgano jurisdiccional de que se trate ejerza sus funciones de forma totalmente autónoma, sin estar sometido a ninguna coacción jerárquica ni subordinado a ningún otro órgano y sin recibir órdenes o instrucciones de ninguna fuente, estando así protegido contra las intervenciones o presiones externas que puedan menoscabar el juicio independiente de sus miembros e influir en sus decisiones (sentencia de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, apartado 44 y jurisprudencia citada)'*⁴⁵. El segundo, de carácter interno, 'está, por su parte, vinculado a la imparcialidad y trata de garantizar el mantenimiento de una distancia equitativa respecto de las partes en el procedimiento y de sus intereses respectivos en relación con el objeto de dicho procedimiento. Este aspecto exige la objetividad y la ausencia de cualquier interés en el resultado del procedimiento,

(41) Consejo de Europa, Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), Estudio No. 711/2013, *Criterios de Verificación del Estado de Derecho* adoptados en su 106ª Sesión Plenaria (Venecia, 11-12 de marzo de 2016), CDL-AD(2016)007, Estrasburgo, 18 de marzo de 2016, párr. 88.

(42) CIDH, CASO 13.638 GUTIÉRREZ NAVAS Y OTROS VS. HONDURAS, Comunicado de prensa de 3 de enero de 2013 (<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2013/003.asp>).

(43) Corte IDH, Voto parcialmente disidente del juez MAC-GREGOR POISOT, E.F., a la Sentencia en el *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros vs. Ecuador)*, de 28 de agosto de 2013, par. 58. La cursiva es nuestra.

(44) Ibid. La cursiva es nuestra.

(45) TJUE, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, *Comisión Europea contra República de Polonia*, C-619/18, parágrafo 72.

aparte de la estricta aplicación del Estado de Derecho [sentencia de 25 de julio de 2018, Ministerio de Justicia e Igualdad (Deficiencias del sistema de justicia), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, apartado 65 y la jurisprudencia citada]”⁴⁶.

Por último, imparcialidad tanto *objetiva* (asegurada en la práctica) como *subjetiva* (asegurada en la ley):

“89. La imparcialidad de la judicatura debe ser asegurada tanto en la práctica como en la ley... Esto implica imparcialidad tanto objetiva como subjetiva. La percepción pública puede servir también para medir si la judicatura es imparcial en la práctica”⁴⁷.

Ambas características habían sido ya puestas de manifiesto por el TEDH en 1982, en el caso *Piersack c. Bélgica*, habiendo sido también reiteradas por él después en su jurisprudencia ulterior recaída en la materia⁴⁸. En aquel caso el TEDH afirma:

“Aunque la imparcialidad suele definirse por la ausencia de prejuicios o sesgos, puede evaluarse de varias maneras, en particular a la luz del artículo 6 § 1 (art. 6-1) del Convenio. En este sentido, cabe distinguir entre un enfoque subjetivo, que trata de determinar lo que un juez concreto pensó en su fuero interno en una circunstancia determinada, y un enfoque objetivo, que trata de comprobar si ofreció suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima al respecto”⁴⁹.

A este respecto, y para determinar su respeto o su violación en el caso concreto, el TEDH aborda los *medios de prueba* a tal fin⁵⁰:

“44. Con respecto a la prueba subjetiva, el Tribunal recuerda que la imparcialidad personal de un Magistrado se presume salvo prueba en contrario (Sentencia Hauschildt contra Dinamarca de 24 de mayo de 1989, serie A, núm. 154, pág. 21, apartado 47). No obstante, a pesar de la tesis del demandante de que los señores E. S. G. y R. V. P. albergaban ideas preconcebidas sobre su culpabilidad (apartado 39 supra), el Tribunal no considera que existan elementos que prueben que cualquiera de ellos haya actuado

(46) *Ibid.*, párrafo 73. La cursiva es nuestra.

(47) Consejo de Europa, Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), Estudio No. 711/2013, *Criterios de Verificación del Estado de Derecho* adoptados en su 106^a Sesión Plenaria (Venecia, 11-12 de marzo de 2016), CDL-AD(2016)007, Estrasburgo, 18 de marzo de 2016, párr. 89.

(48) Así, en el caso *De Cubber v. Bélgica*, 9186/80, Sentencia de 26 de octubre de 1984, en el que precisa que la dimensión *subjetiva* “trata de determinar lo que un juez piensa en su fuero interno”, mientras que la *objetiva* “atiende a consideraciones de carácter funcional y orgánica y se dirige a comprobar si un juez o tribunal ofrece garantías suficientes en orden a excluir toda duda legítima de parcialidad” (párr. 24).

(49) TEDH, *Piersack c. Bélgica*, Sentencia de 1 de octubre de 1982 (série A no 53, p. 14, par. 30). La cursiva es nuestra.

(50) En el contexto del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 6 del Convenio europeo de derechos humanos.

siguiendo perjuicios personales. Por ello, no puede sino presumirse su imparcialidad personal.

45. *En cuanto a la prueba objetiva, consiste en determinar si, con independencia del comportamiento personal del Juez, existen hechos verificables que permitan cuestionar su imparcialidad. A este respecto, incluso las apariencias pueden revestir importancia. Está en juego la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar en los justiciables y especialmente en los procesados. Por ello, debe recusarse a todo Juez del que pueda legítimamente sospecharse una falta de imparcialidad. A la hora de pronunciarse sobre la existencia, en un asunto determinado, de una razón legítima para temer la falta de imparcialidad de un Juez, debe considerarse la opinión del acusado aunque ésta no tenga un peso decisivo. El elemento determinante es si los temores del interesado pueden considerarse objetivamente justificados (véase, mutatis mutandis, la Sentencia Hauschildt, antes citada, pág. 212, apartado 48)”⁵¹.*

En el sistema regional americano, esta construcción jurisprudencial del TEDH es enriquecida por la Corte IDH subrayando el vínculo que la imparcialidad judicial tiene con el principio de separación de poderes y con la democracia. Por eso, la independencia judicial

“se relaciona con aspectos esenciales para el Estado de Derecho, tales como el principio de separación de poderes, y el importante rol que cumple la función judicial en una democracia. Por ello, esta dimensión objetiva trasciende la figura del juez e impacta colectivamente en toda la sociedad”, existiendo “una relación directa entre la dimensión objetiva de la independencia judicial y el derecho de los jueces a acceder y permanecer en sus cargos en condiciones generales de igualdad, como expresión de su garantía de estabilidad”⁵².

De ahí que “cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana”⁵³. La garantía institucional de la independencia judicial que se deriva del artículo 8.1 de la Convención Americana se

(51) TEDH, *Castillo Algar c. España*, Sentencia de 28 de octubre de 1998 (*Recueil* 1998-VIII; <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62808>). La cursiva es nuestra. Reiterado en *Micallef c. Malta*, Sentencia de 15 de octubre de 2009, párr. 98 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163883>) y en *Blesa Rodríguez c. España*, Sentencia de 1 de octubre de 2015, párr. 43 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159927>).

(52) Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros vs. Ecuador)*, Sentencia de 28 de agosto de 2013, párr. 198.

(53) *Ibid.*, párr. 199.

concreta, así, en un derecho subjetivo del juez a que no se afecte en forma arbitraria su permanencia en su cargo en el marco del art. 23.1.c. de la citada Convención⁵⁴.

La línea jurisprudencial trazada por la Corte IDH y por el TEDH ha sido complementada y enriquecida en los últimos años por los pronunciamientos de la Comisión Europea y del TJUE que han tenido lugar como consecuencia de la adopción por los gobiernos de Polonia y de Hungría de medidas totalmente incompatibles con los valores que proclama el art. 2 TUE⁵⁵.

En el caso de *Polonia*, el 20 de diciembre de 2017 la Comisión, tras dos años de diálogo constructivo con las autoridades polacas decidió proponer al Consejo de la Unión la adopción de una decisión en el marco del mecanismo de control preventivo del art. 7.1⁵⁶ TUE como consecuencia de las reformas judiciales emprendidas por aquellas; reformas radicalmente incompatibles con el Estado de Derecho y la independencia del Poder Judicial que colocan al sistema judicial bajo el control político de la mayoría gobernante⁵⁷. En palabras de la propia Comisión, las medidas adoptadas por las autoridades polacas:

“tienen la característica común de permitir sistemáticamente que el poder ejecutivo y legislativo interfiera políticamente en la composición, competencia, gestión y funcionamiento del poder judicial”⁵⁸.

(54) En palabras de la Corte: “En tal sentido, la garantía institucional de la independencia judicial se relaciona directamente con un derecho del juez de permanecer en su cargo, como consecuencia de la garantía de inamovilidad en el cargo.” (ibid., párr. 197). Vid. también el Voto disidente del juez MAC-GREGOR POISOT, E.F., en ese mismo caso, párr. 57-61.

(55) Vid. el texto del art. 2 TUE *ut supra* en nota 12. En relación con las medidas adoptadas por Polonia y Hungría vid. MARTÍN ARRIBAS, J.J. “Las instituciones frente a los ‘chicos malos’ del club europeo”, *Revista de Estudios Europeos*, vol. 80, julio-diciembre (2022) (2022): 1-38 (DOI: <https://doi.org/10.24197/ree.80.2022.1-38>); MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “La Unión Europea como comunidad de valores: a vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de Derecho”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 2019, pp. 121-159; RIPOL CARULLA, S. “Unión Europea y fortalecimiento y defensa del estado de derecho”, *Anuario Español de Derecho Internacional* 34, 2018 777-811.

(56) El art. 7.1 TUE dice: “1. A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oirá al Estado miembro de que se trate y por el mismo procedimiento podrá dirigirle recomendaciones. El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos”.

(57) Esas reformas conllevan, entre otras cosas, la jubilación anticipada de jueces del Tribunal Supremo y su nombramiento por el Poder Ejecutivo pero también afectan al Tribunal Constitucional, a los tribunales de justicia, el Consejo Nacional de la Magistratura, al Ministerio Público y a la Escuela Nacional de la Magistratura. Tienen la característica común de permitir que los Poderes Ejecutivo y Legislativo interfieran políticamente en la composición, competencia, gestión y funcionamiento del Poder Judicial.

(58) http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5367_fr.htm. Por otra parte, y en el marco del procedimiento orientado a asegurar la aplicación del Derecho Comunitario, el 2 de octubre de 2018

En el de *Hungría*, el 12 de septiembre de 2018 el Parlamento Europeo aprobó solicitar la apertura del procedimiento sancionador (art. 7.1 TUE) respecto de este Estado Miembro por no respetar los valores fundamentales de la Unión Europea como consecuencia de las trabas a la independencia del Poder Judicial, las restricciones al derecho de asilo de los refugiados o la puesta en riesgo de la libertad de expresión e información⁵⁹.

El TJUE recuerda los parámetros a la luz de los cuales deben analizarse en este ámbito las acciones de los Estados miembros de la Unión:

“La jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como los trabajos del Consejo de Europa, a través de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, proporcionan una lista no exhaustiva de los principios y normas que pueden inscribirse dentro del concepto de Estado de Derecho. Entre ellos se encuentran los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de prohibición de la arbitrariedad del poder ejecutivo; órganos jurisdiccionales independientes e imparciales; una tutela judicial efectiva, incluido el respeto de los derechos fundamentales, y la igualdad ante la ley [véase, a este respecto, la lista de criterios del Estado de Derecho adoptada por la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho en su centésimo sexta sesión plenaria (Venecia, 11-12 de marzo de 2016)]”⁶⁰.

la Comisión interpuso ante el TJUE un recurso por incumplimiento al considerar, por un lado, que, al reducir la edad de jubilación y al aplicarla a los jueces nombrados para el Tribunal Supremo hasta el 3 de abril de 2018, y, por otro, que, al conferir al Presidente de la República de Polonia la facultad discrecional de prorrogar la función jurisdiccional activa de los jueces del Tribunal Supremo, Polonia ha infringido el Derecho de la Unión. Asimismo, solicitó al Tribunal que ordenara la adopción de medidas cautelares hasta que se hubiera dictado una sentencia en el asunto, lo que tuvo lugar mediante Auto de la Vicepresidenta del Tribunal, de 19 de octubre de 2018, que dictaminó que Polonia debía suspender inmediatamente la aplicación de las disposiciones nacionales relativas a la reducción de la edad de jubilación de los jueces de su Tribunal Supremo (*asunto C-619/18*, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9D012F565A61B1800056E0F765DD430C?text=&docid=207961&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1091621>

(59) Cuestiones todas ellas que figuran en el *Informe Sargentini* adoptado por los eurodiputados; informe que también incide en los casos de corrupción en Hungría. La moción para iniciar el procedimiento sancionador fue adoptada por 448 votos a favor y 197 en contra y 48 abstenciones. Hungría presentó recurso de anulación ante el TJUE porque al calcular los votos emitidos con ocasión de la aprobación de dicha Resolución, el Parlamento excluyó válidamente las abstenciones. El TJUE por Sentencia de 3 de junio de 2021, *Hungría/Parlamento*, C-650/18 (EU:C:2021:426), desestimó el recurso declarando que las abstenciones se toman en consideración para comprobar que los votos favorables representen la mayoría de los miembros del Parlamento.

(60) TJUE, *asunto T-340/14, KLYUYEV/CONSEJO*, Sentencia de 15 de septiembre de 2016, par. 88 (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183369&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=37559>).

En relación con la independencia judicial, el TJUE se manifiesta en línea con la jurisprudencia establecida por la Corte IDH y por el TEDH y con los criterios de la *Comisión Europea para la Democracia por el Derecho* (Comisión de Venecia), declarando que sin independencia judicial no hay Estado de Derecho⁶¹ y que la necesidad de independencia judicial de los jueces se integra en el contenido del derecho a un juicio justo:

“Pues bien, procede recordar que la independencia judicial está integrada en el contenido esencial del derecho fundamental a un proceso equitativo, que reviste una importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes a los Estados miembros, enumerados en el artículo 2 TUE, en particular, del valor del Estado de Derecho [sentencia de 25 de julio de 2018, Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial), C216/18 PPU, EU:C:2018:586, apartado 48]”⁶².

En definitiva, como pone de manifiesto el juez MAC-GREGOR POISOT, la independencia judicial es “un elemento sustancial de la democracia constitucional”, “representa un aspecto indisoluble para la consolidación -y existencia misma- de un genuino Estado constitucional y democrático de Derechos”, y “es consustancial al principio de división de poderes. A su vez, ambos elementos son imprescindibles para la comprensión de un auténtico Estado de Derecho”⁶³.

(61) En palabras del TJUE: “La noción de independencia supone, entre otras cosas, que el órgano en cuestión ejerza sus funciones jurisdiccionales con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia, de tal modo que quede protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de sus miembros a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de septiembre de 2006, Wilson, C506/04, EU:C:2006:587, apartado 51, y de 16 de febrero de 2017, Margarit Panicello, C503/15, EU:C:2017:126, apartado 37 y jurisprudencia citada)” (TJUE, Sentencia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (C64/16, EU:C:2018:117), parágrafo 44).

(62) TJUE, Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 15 de noviembre de 2018, «Procedimiento acelerado», C-619/18, párr. 21 (CURIA - Documentos (europa.eu)). El criterio afirmado por el Presidente del TJUE en este Auto es reiterado después por la Gran Sala en la Sentencia de 24 de junio de 2019 recaída en este asunto: “La necesidad de independencia de los tribunales, inherente a la función jurisdiccional, está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso equitativo, que reviste una importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes de los Estados miembros proclamados en el artículo 2 TUE, en particular el valor del Estado de Derecho [véase, en este sentido, la sentencia de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*, C216/18 PPU, EU:C:2018:586, apartados 48 y 63].” (TJUE, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, *Comisión Europea contra República de Polonia*, C-619/18, parágrafo 58).

(63) MAC-GREGOR POISOT, E.F. Voto parcialmente disidente a la Sentencia de la Corte IDH en el *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros vs. Ecuador)*, de 28 de agosto de 2013, pár. 10.

III.1. Las garantías que se derivan de la independencia judicial

Afirmada la independencia judicial como pilar fundamental del Estado de Derecho articulado a través del principio de separación de poderes y establecido su contenido abordaremos, a continuación, las garantías que se derivan de la misma. Como señala el TJUE:

“Estas garantías de independencia e imparcialidad postulan la existencia de reglas, especialmente en lo referente a la composición del órgano, así como al nombramiento, a la duración del mandato y a las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros, que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio. Para considerar cumplido el requisito relativo a la independencia del órgano de que se trate, la jurisprudencia exige, en particular, que los supuestos de cese de sus miembros estén previstos en disposiciones legales expresas (sentencia de 9 de octubre de 2014, TDC, C222/13, EU:C:2014:2265, apartado 32 y jurisprudencia citada)”⁶⁴.

Tanto los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura como la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos dictada por el TEDH⁶⁵ y por la Corte IDH⁶⁶ así como la emanada del TJUE⁶⁷ destacan tres elementos: la forma en la que se produce la designación o nombramiento (esto es,

(64) TJUE, Sentencia de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*, Sentencia de 24 de junio de 2019 sobre las deficiencias del sistema judicial polaco (EU:C:2018:586); parágrafo 66). Reiterado en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, *Comisión Europea contra República de Polonia*, C-619/18, párr. 74.

(65) Por ejemplo, en TEDH, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere*, Sentencia de 23 de junio de 1981, Series A no. 43, para. 55; *Piersack c. Bélgica*, Sentencia de 1 de octubre de 1982, Series A no. 53, para. 27. *Langborger case*, decisión de 27 de enero de 1989, Series A no. 155, para. 32 y *Campell and Fell v. the UK*, Sentencia de 28 de junio de 2014, 7819/77 y 7878/77, para 78.

(66) La Corte IDH en el *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, No. 71, párrafos 73-75; *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 30 de junio de 2009, párr. 70,

Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 1 de julio de 2011, párr. 98.

(67) Así, por ejemplo, en la Sentencia de 19 de septiembre de 2006, *Wilson*, C-506/04, EU:C:2006:587, párr. 53 y jurisprudencia citada; Sentencia de 9 de octubre de 2014 (Sala Tercera), *TDC A/S y Erhvervsstyrelsen*, C222/13, párr. 32, EU:C:2014:2265; y Sentencia de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, párr. 66 y jurisprudencia citada. Una reiteración de esta jurisprudencia en la Sentencia TJUE (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, *Comisión Europea contra República de Polonia*, C-619/18, parágrafo 74: “Estas garantías de independencia e imparcialidad postulan la existencia de reglas, especialmente en lo referente a la composición del órgano, así como al nombramiento, a la duración del mandato y a las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros, que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio (...)”.

un adecuado proceso de nombramiento), la inamovilidad en el cargo o el periodo para ejercer las funciones y la existencia de garantías contra presiones externas⁶⁸. Y esto, mediante normas “que permitan disipar cualquier duda razonable de los particulares sobre la impermeabilidad de dicho órgano a los factores externos y su neutralidad con respecto a los intereses que se le plantean”⁶⁹. De lo que se trata es, en definitiva, “de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a las personas que se presentan ante ellos”⁷⁰.

El pilar fundamental sobre el que se asientan estos tres elementos afirmados por la jurisprudencia internacional es “la independencia necesaria del Poder Judicial” dado que los jueces, “a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías específicas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, lo cual la Corte ha entendido como ‘esencial para el ejercicio de la función judicial’”⁷¹.

El objetivo de dicha protección es “evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”⁷².

Con mayor motivo, “en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento”⁷³, el juez constitucional⁷⁴, precisa la Corte IDH.

(68) Sobre este particular, la Corte IDH toma como referencia la jurisprudencia de su homóloga europea (el TEDH). Lo hace en el primer caso de este tipo del que se ocupa y en los siguientes términos: “Esta Corte considera necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento (...), con una duración establecida en el cargo (...) y con una garantía contra presiones externas (...)” (*Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, No. 71, párr. 75).

(69) TJUE, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, *Comisión Europea contra República de Polonia*, C-619/18, párr. 74. El Tribunal cita a este respecto sus sentencias de 19 de septiembre de 2006, *Wilson*, C-506/04, EU: C:2006:587, apartado 53 y jurisprudencia citada, y de 25 de julio de 2018, *Ministro de Justicia e Igualdad (Deficiencias del sistema de justicia)*, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, apartado 66 y jurisprudencia citada).

(70) TEDH, *Morice c. Francia* (GS), nº 29369/10, Sentencia de 23 de abril de 2015, párr. 78.

(71) Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, ya citado, párr. 67.

(72) *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*, párr. 55. Son precisamente esas restricciones indebidas las que han dado lugar a la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia respecto de Ecuador, Perú, Venezuela y Honduras.

(73) Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, ya citado, párr. 75.

(74) Cuya destitución ilegal y arbitraria ha dado lugar a la jurisprudencia tanto de la Corte IDH como del TJUE que analizamos.

A) *Un adecuado proceso de nombramiento*⁷⁵

Como ya hemos señalado anteriormente, la garantía de la independencia judicial es uno de los objetivos principales de la separación de poderes. Con tal fin, “se han ideado diferentes procedimientos estrictos tanto para el nombramiento como para la destitución de los jueces” y “la autoridad que lleve a cabo este procedimiento tiene que ser imparcial y permitir el ejercicio del derecho de defensa”⁷⁶. Todo ello, como manifiesta la *Comisión Europea para la Democracia por el Derecho* (Comisión de Venecia), con el fin de asegurar “que la designación y promoción de los jueces no esté basada en consideraciones de naturaleza política o personales, y que el sistema se encuentre constantemente monitoreado para asegurar que sea así”⁷⁷.

Estrechamente vinculado al proceso de nombramiento o designación de los jueces está el de los requisitos que, *con carácter previo*, deben reunir estos. Así lo señalan los *Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura* cuando afirman que las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales “serán personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas”⁷⁸, añadiendo las recomendaciones del Consejo de Europa los relativos al mérito personal del juez, su calificación, integridad, capacidad y eficiencia⁷⁹.

A tal fin, como recuerda la *Corte IDH*, los diferentes sistemas políticos han ideado “procedimientos estrictos” tanto para el nombramiento de jueces como para su destitución⁸⁰, concluyendo “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

(75) Vid. también, TEDH, *Campbell and Fell v. the United Kingdom*, Sentencia de 28 de junio 1984, Series A no. 80, párr. 78; TEDH, *Langborger v. Suecia*, Sentencia de 22 de enero de 1989, Series A no. 155, párr. 32.

(76) Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, ya citado, párrafos 73 y 74.

(77) Consejo de Europa, *Comisión Europea para la Democracia por el Derecho* (Comisión de Venecia, Estudio No. 711/2013, *Criterios de Verificación del Estado de Derecho* adoptados en su 106ª Sesión Plenaria (Venecia, 11-12 de marzo de 2016), CDL-AD(2016)007, Estrasburgo, 18 de marzo de 2016, párr. 79.

(78) Principio 10. El texto íntegro dice: “10. Las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas. Todo método utilizado para la selección de personal judicial garantizará que éste no sea nombrado por motivos indebidos. En la selección de los jueces, no se hará discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición; el requisito de que los postulantes a cargos judiciales sean nacionales del país de que se trate no se considerará discriminatorio.”

(79) Así, por ejemplo, el *Principio I.2.c* de la Recomendación No. R (94) 12 del Comité de Ministros de los sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces adoptada por el Comité de Ministros el 13 de octubre de 1994 en la reunión No. 518 de Viceministros.

(80) Así, por ejemplo, en el *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, ya citado, párr. 73 y en el *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. *Serie C No. 182*, párr. 44.

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 idóneas⁸¹.

En resumen, “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.”⁸².

En el *marco regional europeo*, mediante la invocación del art. 6.1 del Convenio, el TEDH⁸³ evoca el principio de legalidad, señalando que la expresión “tribunal establecido por la ley” “refleja el principio de preeminencia del Derecho, inherente a todo el sistema del Convenio y de los protocolos”⁸⁴.

Precisando más, el TEDH afirma que la expresión “tribunal establecido por la ley” “engloba la base legal de la existencia misma del ‘tribunal’”⁸⁵, concretando que el término “establecido” “incluye, por su propia naturaleza, el proceso de nominación de los jueces en el sistema judicial interno que, con arreglo al principio de preeminencia del Derecho, debe tener lugar en el respeto de las reglas del Derecho nacional en vigor aplicables durante el periodo considerado”⁸⁶. Por último, la referencia “por la ley” significa “no sólo la legislación relativa al establecimiento de los órganos judiciales sino también cualquier otra disposición de la legislación nacional cuyo incumplimiento haga ilegal la participación de uno o varios jueces en el examen de asunto”⁸⁷.

Desde una perspectiva más amplia, y “según su jurisprudencia establecida”, el TEDH manifiesta que la expresión “tribunal establecido por la ley” del art. 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos “tiene por objeto evitar que ‘la organización

(81) Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ya citado, párr. 74. Sobre esta cuestión vid. también Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, ya citado, párr. 75; *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 156, y *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*, ya citado, párr. 138.

(82) Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ya citado, párr. 72.

(83) Vid. también ECHR. *Case of Campbell and Fell v. the United Kingdom*, Sentencia de 28 de junio de 1984, Series A no. 80, para. 78 y *Case of Langborger v. Sweden*, Sentencia de 22 de enero de 1989, Series A no. 155, para. 32.

(84) TEDH, *Jorgia c. Alemania*, pár. 64, CEDH 2007-III (extraits).

(85) TEDH, *DMD Group, A.S. c. Eslovaquia*, nº 19334/03, Sentencia de 5 de octubre de 2010, párr. 59.

(86) TEDH, *GudmundurAndri Astráðsson c. Islandia*, Sentencia de 12 de marzo de 2019, párr. 98.

(87) TEDH, *Gorguiladze c. Georgia*, nº 4313/04, Sentencia de 20 de octubre de 2009, párr. 68. Vid. también *Pandjikidze y otros c. Georgia*, nº 30323/02, Sentencia de 27 de octubre de 2009, párr. 104.

del sistema judicial en una sociedad democrática sea dejada a la discreción del Ejecutivo y para garantizar que esta materia sea regida por una ley del Parlamento”⁸⁸.

En consecuencia, “un tribunal que no ha sido establecido con arreglo a la voluntad del legislador estaría necesariamente desprovisto de la legitimidad requerida en una sociedad democrática para resolver las disputas jurídicas”⁸⁹. Recuerda, también, que la obligación de que todo tribunal esté establecido por la ley “está estrechamente relacionado con otros requisitos generales del art. 6.1 -del Convenio europeo- en materia de independencia e imparcialidad de los magistrados que son atributos ambos del principio fundamental de la preeminencia del Derecho en una sociedad democrática”⁹⁰. En otros términos, del principio de legalidad.

*B) La inamovilidad en el cargo o el periodo para ejercer las funciones*⁹¹

La tentación del poder político de controlar el Poder Judicial suele concretarse en la práctica en la sanción o en la destitución de aquellos jueces que le resultan molestos en su proyecto político o que lo obstaculizan cuando, en realidad, no hacen otra cosa que aplicar el principio de legalidad y, en su caso, también, las funciones que la Constitución les otorga. Sirvan de ejemplo de ello las destituciones arbitrarias de magistrados de las Cortes Supremas de Perú, Ecuador y Honduras, así como de otras jurisdicciones (Venezuela y Honduras), ya citadas al comienzo del presente trabajo, que han dado lugar a la abundante y rica jurisprudencia de la Corte IDH sobre esta cuestión objeto de nuestro estudio. También, los informes de la CIDH sobre la situación el Estado de Derecho⁹².

Esa tentación suele concretarse, asimismo, en la elaboración en el plano nacional de normas *ad hoc* por los poderes ejecutivo y legislativo con el objeto de imponer

(88) TEDH, *Zand c. Austria*, n° 7360/76, rapport de la Commission du 12 octobre 1978, *Décisions et rapports (DR)* 15, pp. 70 y 80.

(89) TEDH, *Lavens c. Lettonia*, n° 58442, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr.114.

(90) TEDH, *Morice c. Francia (GS)*, n° 29369/10, Sentencia de 23 de abril de 2015, párr.78.

(91) Cf. TEDH, *H.R., Langborger c. Suecia*, ya citado, para. 32; *Campbell and Fell c. Reino Unido*, ya citado, para. 78; y *Le Compte, Van Leuven and De Meyere c. Bélgica*, Sentencia de 23 de junio de 1981, serie A n° 43, párr. 55.

(92) Por ejemplo, el de 2021 respecto de Nicaragua: “Tal como lo ha reiterado en numerosos informes y comunicados de prensa, para la CIDH, el Poder Judicial de Nicaragua carece de independencia e imparcialidad, debido, entre otros factores, a su conformación bipartidista y reformas legales que desde 2010 permitieron procesos de designación y permanencia contrarios al principio de independencia judicial. A estos factores, se sumó una carrera judicial sin garantías de imparcialidad. Asimismo, la designación de personas de afiliación partidista y cercanas al Ejecutivo en el Ministerio Público ha significado la progresiva pérdida de su independencia y autonomía mediante su instrumentalización a los intereses del gobierno, conforme se observa claramente en los hechos ocurridos este año.” (<https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/284.asp>). Vid. CIDH, *Nicaragua: Concentración del poder y debilitamiento del Estado de Derecho*, 2021 (https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2021_Nicaragua-ES.pdf)

la jubilación anticipada a determinadas categorías de jueces y su sustitución por otros más afines a tales poderes, en cuyo nombramiento estos se reservan un papel preponderante. Los casos de Polonia y de Hungría, dentro de la UE, son ejemplo de ello⁹³.

Obviamente, semejante práctica es incompatible con el Estado de Derecho y con el principio de separación de poderes, que exigen la existencia de procedimientos reglados a tal fin que garanticen, además, el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva. En los términos rotundos empleados por Gabriela KNAUL, Relatora Especial de la ONU sobre la independencia de los jueces y abogados, “el uso indebido de un procedimiento disciplinario como mecanismo de represalia contra los jueces independientes *es inaceptable*”⁹⁴.

De ahí que,

*“para considerar cumplido el requisito relativo a la independencia del órgano de remisión, la jurisprudencia exige, en particular, que los supuestos de cese de los miembros de ese órgano estén previstos en disposiciones legales expresas (sentencia D. y A., C-175/11, EU:C:2013:45, apartado 97, y auto Pilato, C-109/07, EU:C:2008:274, apartado 24 y jurisprudencia citada)”*⁹⁵.

Por eso es comprensible que tanto el Derecho Internacional como la jurisprudencia internacional afirmen y reiteren a este respecto la obligación a cargo del Estado de garantizar la inamovilidad de los jueces hasta el cumplimiento de la edad para su jubilación forzosa o hasta la expiración del periodo para el que hayan sido elegidos⁹⁶.

(93) Vid. *ut supra* notas 56 y siguientes.

(94) Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, “Grave atentado a la democracia en Honduras la destitución de magistrados de la Sala Constitucional”, 29 de enero de 2013 (<https://newsarchive.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12958&LangID=5>). La cursiva es nuestra. También la Corte IDH (cf., por ejemplo, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, ya citado, párr. 77; *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, ya citado, párr. 43).

(95) TJUE, Sentencia de 9 de octubre de 2014, *TDC A/S y Erhvervsstyrelsen*, C-222/13, párr. 32. Reiterado en Sentencia de 19 de septiembre de 2006, *Wilson*, C-506/04, EU:C:2006:587, párr. 53 y jurisprudencia citada; Sentencia de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, párr. 66 y jurisprudencia citada) y Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, *Comisión Europea contra República de Polonia*, C-619/18, parágrafo 74.

(96) Así, por ejemplo, los Principios 11 y 12 de los *Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura*: “11. La ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los periodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas”. Y “12. Se 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”.

En el marco de la ONU, y dentro del *sistema universal de protección de los derechos humanos*, el Comité de Derechos Humanos también ha señalado que los jueces sólo pueden ser removidos por faltas de disciplina graves o incompetencia y con arreglo a procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la Constitución o la ley⁹⁷.

En el ámbito europeo, la *Comisión Europea para la Democracia por el Derecho* (Comisión de Venecia) reitera que “las infracciones que conlleven sanciones disciplinarias y sus consecuencias legales deben estar establecidas en la ley. Un sistema disciplinario debe cumplir los requerimientos del debido proceso, en cuanto a la exigencia de la bilateralidad de la audiencia y de la posibilidad de reclamación(es)”⁹⁸. Esto es, debe garantizar el derecho de recurso efectivo.

Como destaca la *Corte IDH*, la inamovilidad en el cargo “es una garantía de la independencia judicial que a su vez está compuesta por las siguientes garantías: permanencia en el cargo, un proceso de ascensos adecuado y no despido injustificado o libre remoción. Quiere decir esto que si el Estado incumple una de estas garantías, afecta la inamovilidad y, por lo tanto, no está cumpliendo con su obligación de garantizar la independencia judicial”⁹⁹. Todavía más, el Estado incumplidor lo que hace es atentar contra el “derecho subjetivo del juez a que no se afecte en forma arbitraria su permanencia en las funciones públicas en el marco del art. 23.1.c) Con-

A tal fin, los Principios 18 y 19 establecen: “18. Los jueces sólo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones.” Y “19. Todo procedimiento para la adopción de medidas disciplinarias, la suspensión o la separación del cargo se resolverá de acuerdo con las normas establecidas de comportamiento judicial”.

(97) “20. Los jueces podrán ser destituidos únicamente por razones graves de mala conducta o incompetencia, de conformidad con procedimientos equitativos que garanticen la objetividad y la imparcialidad establecidos en la Constitución o en la ley. La destitución de jueces por el poder ejecutivo, por ejemplo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados, sin que se les dé ninguna razón concreta y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia del poder judicial (...). Esto también se aplica, por ejemplo, a la destitución por el poder ejecutivo de jueces presuntamente corruptos sin que se siga ninguno de los procedimientos establecidos en la ley (...)”. (Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, Artículo 14: El Derecho a un Juicio Imparcial y a la Igualdad ante los Tribunales y Cortes de Justicia, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 20). En esta misma Observación General el Comité manifiesta que la “destitución de jueces por el poder ejecutivo, por ejemplo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados, sin que se les dé ninguna razón concreta y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia del poder judicial” (párr. 20).

(98) Consejo de Europa, *Comisión Europea para la Democracia por el Derecho* (Comisión de Venecia), *op. cit.*, párr.78.

(99) Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 30 de junio de 2009, párr. 79.

vención Americana”; derecho que deriva del derecho a la independencia judicial proclamado en el art. 8.1 de la citada Convención¹⁰⁰.

La garantía de la independencia judicial -asegurada por la inamovilidad en el cargo o en el periodo para ejercer las funciones judiciales- es uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos. En palabras de la Corte IDH:

“El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”¹⁰¹.

En definitiva, la garantía de la inamovilidad de los jueces inherente al sistema democrático exige el establecimiento previo de procedimientos legales en materia disciplinaria y sancionatoria que impidan la arbitrariedad y que ofrezcan a los perjudicados un recurso efectivo. Esto es, deben asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva garantizando el derecho de recurso efectivo. Esto es, un recurso útil, apto para impugnar la violación padecida y obtener reparación¹⁰².

En el terreno normativo, la destitución de los jueces es el objeto del Principio 17 de los *Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura*:

“ Toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. El juez tendrá derecho a ser oído imparcialmente. En esa etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario”.

(100) Como pone de manifiesto el juez MAC-GREGOR POISOT, E.F. en su Voto parcialmente disidente a la Sentencia en el *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros vs. Ecuador)*, la destitución arbitraria de jueces viola también el principio de legalidad; principio que implica “una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales” (Corte IDH, Voto parcialmente disidente del juez MAC-GREGOR POISOT, E.F. a la Sentencia en el *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros vs. Ecuador)*, de 28 de agosto de 2013, párr. 116. Compartimos su criterio.

(101) Corte IDH, *Caso Chocrón Chocrón V. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparación y Costas*, Sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C No. 71, párr. 73. En la misma línea vid. Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, ya citado, párr. 73.

(102) Se trata de recursos que, de conformidad con las normas internacionales aplicables y con la jurisprudencia relativa a los mismos, deben ser “suficientes”, “eficaces”, “rápidos” y “apropiados”, estando los mismos orientados tanto a la realización del derecho a la justicia como a la reparación de las víctimas. Un recurso, que debe ser *efectivo* tanto en la práctica como en Derecho, “en el sentido de que su ejercicio no debe ser dificultado de manera injustificada por actos u omisiones de las autoridades del Estado demandado”. (TEDH, *Büyükdag c. Turquía*, Sentencia de 21 de diciembre de 2000, párr. 64). Vid. más recientemente, *Issaieva y otros c. Rusia*, Sentencia de 24 de febrero de 2005, párr. 237.

En otras palabras, la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse imparcialmente en el procedimiento establecido al efecto y permitir al afectado el ejercicio del derecho de defensa, lo que implica el derecho de recurso efectivo.

Es por ello que, como pone de relieve la jurisprudencia internacional, la necesidad de la independencia judicial está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso equitativo. Es el caso, en el *sistema regional americano*, de la Corte IDH cuando afirma que 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 puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”¹⁰³. Por eso, de conformidad con el art. 8.2 de la Convención Americana el individuo tiene derecho al debido proceso en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de cualquier carácter que sean¹⁰⁴, lo que implica que cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas, tiene la obligación de adoptarlas “apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8 de la Convención Americana”¹⁰⁵.

En el *sistema regional europeo* y en el marco de la UE, el TJUE también lo pone de manifiesto:

“La necesidad de independencia de los tribunales, inherente a la función jurisdiccional, está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso equitativo, que reviste una importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes de los Estados miembros proclamados en el artículo 2 TUE, en particular el valor del Estado de Derecho [véase, en este sentido, la sentencia de 25 de julio de 2018, Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial), C 216/18 PPU, EU:C:2018:586, apartados 48 y 63]”¹⁰⁶.

(103) Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, ya citado, párr. 69. Reafirmado en el *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros vs. Ecuador)*, ya citado, párr. 166.

(104) Vid. Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, ya citado, párr. 70. Reafirmado en el *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros vs. Ecuador)*, ya citado, párr. 166.

(105) Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, ya citado, párr. 71. La Corte IDH se pronuncia en la misma línea en el *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C No. 72, párrs. 125 a 127 y 129.

(106) TJUE (Gran Sala), Sentencia de 24 de junio de 2019, *Comisión Europea contra República de Polonia*, C-619/18, párr. 58.

Lo que exige que el régimen disciplinario de los jueces se organice en torno a un órgano independiente según un procedimiento que garantice los derechos establecidos en los arts. 19 TUE y 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE¹⁰⁷, “que garantizan, respectivamente, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, la presunción de inocencia y el derecho de defensa, los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas y el derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por el mismo delito”¹⁰⁸. Más concretamente, el art. 19 TUE, “que se refiere con mayor concreción al valor del Estado de Derecho proclamado en el artículo 2 TUE, exige a los Estados miembros, conforme al apartado 1, párrafo segundo, de dicho artículo 19 TUE, establecer un sistema de vías de recurso y de procedimientos que garantice a los justiciables el respeto de su derecho a la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión (...)”, pudiendo la observancia de esta exigencia “ser objeto del control del Tribunal de Justicia, en particular en el marco de un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión con arreglo al artículo 258 TFUE”¹⁰⁹.

Por eso, es imprescindible “que el órgano de que se trate ejerza sus funciones con plena autonomía, protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de sus miembros a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones, con observancia de la objetividad y sin que exista interés alguno en la solución del litigio. Las normas dirigidas a garantizar la independencia y la imparcialidad deben permitir excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de ese

(107) Criterios reiterados y desarrollados en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, *Comisión Europea contra República de Polonia*, C-619/18, párrafo 77. Los arts. 47 y 48 se refieren, respectivamente, al derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (art. 47) y a la presunción de inocencia y derechos de la defensa (art. 48). En palabras del TJUE: “A este último respecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende, más concretamente, que la necesidad de independencia exige que las normas que rigen el régimen disciplinario y, por tanto, una posible remoción de quienes tienen la misión de juzgar presenten las garantías necesarias para evitar cualquier riesgo de que dicho régimen pueda utilizarse como sistema de control político del contenido de las resoluciones judiciales. Así, el establecer normas que definan, en particular, tanto los comportamientos constitutivos de infracciones disciplinarias como las sanciones aplicables concretamente, que prevean la intervención de un órgano independiente con arreglo a un procedimiento que garantice plenamente los derechos consagrados en los artículos 47 y 48 de la Carta, especialmente el derecho de defensa, y que consagren la posibilidad de impugnar judicialmente las decisiones de los órganos disciplinarios da lugar a un conjunto de garantías esenciales para preservar la independencia del Poder Judicial [sentencia de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*, C216/18 PPU, EU:C:2018:586, apartado 67]”.

(108) TJUE (Pleno), Sentencia de 16 de febrero de 2022, párr. 196.

(109) *Ibid.*, párr. 197. Sobre esta problemática y el art. 19 TUE vid. IGLESIAS SÁNCHEZ, S., “La independencia judicial como principio constitucional en la UE: los límites del control por el Tribunal de Justicia de la UE”, UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 50, 2022, pp. 487-516.

órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio”¹¹⁰.

La exigencia de independencia se concreta también en la obligación a cargo de los Estados de que las normas que rigen el régimen disciplinario de los jueces establezcan las garantías necesarias para evitar que el mismo sea utilizado “como un sistema de control político de las resoluciones judiciales”. En consecuencia,

“De ello deduce que una normativa nacional no puede suscitar en los justiciables dudas sobre la utilización de las prerrogativas de un órgano judicial encargado de investigaciones y de acciones disciplinarias contra jueces y fiscales como instrumento de presión sobre la actividad de estos últimos o como instrumento de ese tipo de control”¹¹¹.

Las obligaciones a cargo de los Estados en lo relativo a las garantías que debe contener el régimen disciplinario de los jueces son concretadas por la jurisprudencia internacional en relación con distintos supuestos de hecho. Así, en materia de *destitución arbitraria*, los jueces sólo pueden ser removidos por faltas de disciplina graves o incompetencia, acorde a procedimientos con debidas garantías, o cuando se cumple con el periodo de su cargo. En consecuencia: “la destitución no puede resultar nunca en una medida arbitraria, lo cual debe analizarse a la luz del marco nacional existente y las circunstancias del caso concreto”¹¹². O, en otros términos, “es ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos en la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención”¹¹³.

Este criterio está ampliamente presente en la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos. En el plano universal de la *ONU*, por ejemplo, el *Comité de Derechos Humanos* ha manifestado que la destitución de jueces por el Poder Ejecutivo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados, sin que

(110) TJUE, Gran Sala, *Comisión Europea contra República de Polonia*, C-619/18, Sentencia de 24 de junio de 2019, párr. 108.

(111) TJUE (Gran Sala), Asuntos acumulados C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 y C397/19, *Asociația «Forumul Judecătorilor Din România» y otros* (ECLI:EU:C:2021:393), párr. 198.

(112) Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, ya citado, párr. 200.

(113) Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, ya citado, párr. 65. En su Sentencia de 28 de agosto de 2013, recaída en el *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros vs. Ecuador)*, la Corte IDH ratifica la jurisprudencia dictada en 2001 en el *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú* anteriormente citada.

se les dé razón concreta alguna y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia judicial¹¹⁴.

En el *sistema regional americano* la Corte IDH ha declarado que la destitución arbitraria “se debe (n) a un actuar intempestivo del poder político totalmente inaceptable”¹¹⁵ en contra de un pilar básico del Estado de Derecho como es un Poder Judicial (en todas sus manifestaciones) realmente independiente. Con más crudeza todavía, la Corte la ha calificado como un *desprecio* a esa independencia y al principio de separación de poderes:

*“La actuación atentatoria a este principio esencial para la democracia constitucional, reprodujo un desprecio por cualquiera de las manifestaciones de esa independencia, y, por tanto, por el principio de separación de los poderes públicos”*¹¹⁶.

Asimismo, como *desestabilización del orden democrático existente* en el Estado en cuestión (Ecuador) “por cuanto se dio una ruptura de la separación e independencia de los poderes públicos al realizarse un verdadero ataque a las tres Altas Cortes del Ecuador en ese momento”¹¹⁷.

Desde la perspectiva de la independencia judicial la Corte IDH ha declarado también 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”¹¹⁸ y que la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse imparcialmente en el procedimiento establecido a tal fin y permitir el ejercicio del derecho de defensa:

*“toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial actúe en términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso de que se trate”*¹¹⁹.

(114) Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, Artículo 14: El Derecho a un Juicio Imparcial y a la Igualdad ante los Tribunales y Cortes de Justicia, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 20.

(115) *Ibid.*, párr. 212.

(116) *Ibid.*

(117) *Ibid.*, párr. 65. O, como pone de manifiesto el juez MAC-GREGOR POISOT, E.F., en su Voto parcialmente disidente a la sentencia dictada, “un flagrante abuso del poder político en contra del Tribunal Constitucional -de Ecuador- y de su independencia que viola el art. 8 de la Convención Americana también desde la perspectiva de la salvaguarda que profesa el Sistema Interamericano al Estado democrático de derecho y, en especial, a la independencia de los jueces que lo operan y que lo hacen resistente a los embates del poder político” (*Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros vs. Ecuador)*), de 28 de agosto de 2013, párr. 68.

(118) Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros vs. Ecuador)*, ya citado, párr. 226.

(119) Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, ya citado, párr. 77. Vid. también, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, ya citado, párr. 43.

La independencia judicial también puede verse afectada por *conductas distintas* de la destitución arbitraria o de legislaciones nacionales que tienen por objeto la jubilación anticipada de jueces o nombramientos ad hoc por los poderes ejecutivo y/o legislativo.

En este contexto, y en el marco regional europeo, el TJUE ha abordado, por ejemplo, *la compatibilidad o no con la independencia judicial de normativa nacional* que permite al Gobierno del Estado -incluso provisionalmente- proceder a nombramientos para los puestos directivos del órgano cuya misión es llevar a cabo las investigaciones disciplinarias y ejercer la acción disciplinaria contra jueces y fiscales, eludiendo el procedimiento ordinario de nombramiento previsto por el Derecho nacional, manifestando a este respecto que dicha normativa nacional puede plantear dudas¹²⁰:

“205. En particular, una normativa nacional puede suscitar dudas... cuando, incumpliendo el procedimiento de nombramiento ordinario previsto por el Derecho nacional, tenga como efecto, aunque solo sea de forma provisional, permitir que el Gobierno del Estado miembro de que se trate proceda al nombramiento de los cargos directivos del órgano encargado de iniciar las investigaciones disciplinarias y de ejercitar la acción disciplinaria contra los jueces y los fiscales”¹²¹.

El TJUE ha abordado, asimismo, la compatibilidad con el Derecho de la Unión -por lo tanto, también con las garantías de la independencia judicial- de una *normativa nacional que regula la responsabilidad patrimonial del Estado y la responsabilidad personal de los jueces por los daños causados por un error judicial*¹²², destacando a este respecto que “el reconocimiento de un principio de responsabilidad personal de los jueces por los errores judiciales que cometen genera un riesgo de injerencia en la independencia judicial, pues puede influir en el proceso de toma de decisiones de quienes tienen la misión de juzgar”¹²³. Por eso, es su criterio que la exigencia de esa responsabilidad a través de una acción de repetición *se limite* a supuestos excepcionales establecidos “de forma clara y precisa”:

(120) Esto, “toda vez que las personas que ocupan cargos directivos en ese órgano pueden ejercer una influencia determinante sobre su actividad, las normas que regulan el procedimiento de nombramiento para esos cargos deben concebirse, como ha señalado, en esencia, el Abogado General en el punto 269 de sus conclusiones presentadas en los asuntos C83/19, C127/19, C195/19, C291/19 y C355/19, de tal manera que no puedan suscitar dudas legítimas acerca de la utilización de las prerrogativas y funciones del citado órgano como instrumento de presión sobre la actividad judicial o de control político de dicha actividad.” (TJUE, (Gran Sala), Asuntos acumulados C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 y C397/19, *Asociația «Forumul Judecătorilor Din România» y otros* (ECLI:EU:C:2021:393), párr. 205).

(121) *Ibid.*

(122) En el caso concreto (Rumanía), en la normativa nacional controvertida en el litigio principal la existencia de un error judicial constituye uno de los requisitos tanto de la responsabilidad patrimonial del Estado como de la responsabilidad personal del juez de que se trate.

(123) TJUE, (Gran Sala), Asuntos acumulados C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 y C397/19, *Asociația «Forumul Judecătorilor Din România» y otros* (ECLI:EU:C:2021:393), párr. 232.

“A tal efecto, es esencial que se establezcan normas que definan de forma clara y precisa, en particular, los comportamientos que pueden hacer que los jueces incurran en responsabilidad personal, con el fin de garantizar la independencia inherente a su misión y de evitar que queden expuestos al riesgo de que nazca su responsabilidad por el mero hecho de sus decisiones” ¹²⁴.

Y sin que el hecho de que una decisión contenga un error judicial pueda bastar por sí solo para generar la responsabilidad personal del juez de que se trate:

“A este respecto, la circunstancia de que una resolución adolezca de un error judicial no basta, por sí sola, para que pueda exigirse la responsabilidad personal del juez de que se trata” ¹²⁵.

Por último, en cuanto al *procedimiento para declarar la responsabilidad personal de los jueces* a través de una acción de repetición, el TJUE declara que la normativa nacional “debe prever de forma clara y precisa las garantías necesarias para que ni la investigación destinada a comprobar que concurren los requisitos y circunstancias que pueden hacer incurrir en dicha responsabilidad ni la acción de repetición puedan convertirse en instrumentos de presión sobre la actividad jurisdiccional” ¹²⁶.

Además, en la medida en que la existencia de tales procedimientos puede tener un efecto disuasorio sobre los jueces en el ejercicio de su misión de juzgar con total independencia -“en particular en los ámbitos sensibles como el de la lucha contra la corrupción”-, el TJUE precisa que las autoridades competentes para iniciar y llevar a cabo la investigación tendente a determinar la concurrencia de los requisitos y circunstancias que pueden dar lugar a la responsabilidad personal del juez y para ejercitar la acción de repetición deben actuar de manera *objetiva e imparcial*:

“Al objeto de evitar que esas condiciones puedan surtir efectos disuasorios entre los jueces en el ejercicio de su misión de juzgar con plena independencia, en particular en los ámbitos sensibles como el de la lucha contra la corrupción, es básico, como ha señalado, en esencia, la Comisión, que las autoridades competentes, para iniciar y llevar a cabo la investigación destinada a comprobar que concurren los requisitos y circunstancias que pueden dar lugar a la responsabilidad personal del juez y para ejercitar la acción de repetición, sean, a su vez, autoridades que, en el ejercicio de sus funciones, actúen de manera objetiva e imparcial y que las condiciones materiales y las normas de procedimiento que rigen el ejercicio de estas competencias sean tales que no puedan suscitar dudas legítimas en lo que respecta a la imparcialidad de dichas autoridades” ¹²⁷.

Asimismo, “es preciso que se respeten plenamente los derechos consagrados en el artículo 47 de la Carta, en particular el derecho de defensa del juez, y que el

(124) Ibid., párr. 234.

(125) Ibid.

(126) Ibid., párr. 235.

(127) Ibid., párr. 236.

órgano competente para pronunciarse sobre la responsabilidad del juez sea un órgano jurisdiccional¹²⁸.

Es a la luz de esta jurisprudencia internacional que deben ser evaluadas y contrastadas las medidas adoptadas por los Estados en relación con el Estado de Derecho y la independencia judicial. La misma constituye el estándar internacional de evaluación.

Además, en el caso de la UE, la relevancia de esta jurisprudencia del TJUE -garante del “respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados”¹²⁹- relativa al Estado de Derecho (y al conjunto de los valores de la Unión enumerados en el art. 2 TUE) no se agota en los Estados concernidos por ella, sino que también afecta a los demás Estados miembros y a los futuros candidatos a la adhesión a la Unión. Esto es así, porque esa jurisprudencia constituye el parámetro interpretativo construido por el TJUE que permite determinar, en el caso concreto, si el Estado que aspira a ser miembro de la UE reúne las garantías inherentes al Estado de Derecho requeridas para el acceso. También, porque esa jurisprudencia forma parte del acervo comunitario que el nuevo Estado asumirá con el tratado de adhesión. Asimismo, y en relación con los supuestos de secesión pretendidos por algunas entidades territoriales en algunos Estados miembros (como España), es también a la luz de estos parámetros interpretativos del TJUE que se puede concluir en el caso concreto si la entidad territorial en cuestión es apta o no para ser admitida en la Unión. Y ello, sin olvidar un hecho previo: que la secesión unilateral es una violación del Estado de Derecho que tiene lugar en flagrante violación del mismo¹³⁰.

a) La garantía de la inamovilidad no es absoluta

Ahora bien, la garantía de la inamovilidad no es absoluta. Tanto el Derecho Internacional¹³¹ como los órganos internacionales de derechos humanos¹³² lo ponen

(128) *Ibid.*, párr. 237. Lo que se traduce en el hecho de que “la constatación de la existencia de un error judicial no puede tomarse como hecho probado en el ejercicio por parte del Estado de la acción de repetición contra el juez de que se trata, sin que este siquiera haya sido oído en el anterior procedimiento dirigido a que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado” (*ibid.*).

(129) Art. 19 TUE.

(130) Cf., respecto de España, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (Director) *Consecuencias jurídicas de la secesión de entidades territoriales. Una visión para España*, Aranzadi Thomson & Reuters, Cizur Menor, 2020; (Editor), *Legal Implications of Territorial Secession in Spain* Springer Verlag, 2022. Respecto del sistema regional europeo, cf. TAJADURA TEJADA, J. “Los procesos secesionistas y el derecho europeo”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, 2016, pp. 347-379.

(131) Sirvan a título de ejemplo los Principios 17 y 18 de los *Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura* (ya citados *ut supra* en nota 58) que establecen que los jueces sólo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones y que todo procedimiento para la adopción de medidas disciplinarias, la suspensión o la separación del cargo debe resolverse con arreglo a las normas establecidas de comportamiento judicial.

(132) Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su Observación General No. 32, titulada, “Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y 382

de manifiesto, afirmando que los jueces pueden ser destituidos por razones graves de mala conducta o por incompetencia, distinguiendo también entre las sanciones impuestas a los jueces debido a negligencias cometidas en el desarrollo de su función¹³³ y la destitución por la comisión de conductas más graves¹³⁴.

cortes de justicia”, ya citada *ut supra* en nota 96.

(133) Así, por ejemplo, los Principios y Directrices relativos al Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Jurídica en África adoptados como parte del informe de actividades de la Comisión Africana en la 2ª Cumbre y Reunión de Jefes de Estado de la Unión Africana celebrada en Maputo del 4-12 de julio de 2003. Incluyen la prohibición de remover a los jueces en el contexto de la revocatoria de sus fallos, afirmando que: “[l]os funcionarios judiciales [...] no serán destituidos del cargo o sometidos a otros procedimientos disciplinarios o administrativos únicamente debido a que su decisión fue revocada mediante una apelación o revisión de un órgano judicial superior”.

También las Recomendaciones del Consejo de Europa sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces. Vid. a este respecto la Recomendación No. R (94) 12 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces (Adoptada por el Comité de Ministros el 13 de octubre de 1994 en la 58ª sesión de Viceministros (Consejo de Europa, CCJE (2001) OP N.º1, Estrasburgo, 23 de noviembre de 2001, <https://rm.coe.int/1680747c9c>): “Principio I. Principios Generales sobre la Independencia de los Jueces [...]”.

2. [...] a. i. las decisiones de los jueces no deben estar sometidas a revisión salvo en los procesos de apelación según lo dispone la ley;

Principio VI – Incumplimiento en el desempeño de las responsabilidades y faltas disciplinarias

1. Cuando los jueces no cumplan con sus deberes de manera eficiente y adecuada o en caso de faltas disciplinarias, se deben tomar todas las medidas necesarias que no perjudiquen la independencia judicial. Dependiendo de los principios constitucionales y las disposiciones legales y tradiciones de cada Estado, dichas medidas pueden incluir, por ejemplo:

- a. Retirar casos del juez;
- b. Transferir al juez a otras tareas judiciales dentro del tribunal;
- c. Sanciones económicas como la reducción temporaria del salario;
- d. Suspensión.

2. Los jueces designados no podrán ser destituidos de cargo en forma permanente sin razones válidas hasta su retiro obligatorio. Dichas razones, que deben estar definidas por la ley en términos precisos, pueden aplicarse en países donde el juez es electo por un determinado período, o pueden relacionarse con la incapacidad para desempeñar funciones judiciales, la comisión de faltas o infracciones graves de las reglas disciplinarias.

3. En casos en que sea necesario tomar las medidas establecidas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo, los Estados deben considerar el establecimiento, por medio de la ley, de un órgano especial competente cuya tarea sea la de aplicar sanciones y medidas disciplinarias, cuando no sean tratadas por el tribunal, y cuyas decisiones estén controladas por un órgano judicial superior, o que sea en sí mismo un órgano judicial superior. La ley debe establecer procedimientos adecuados para asegurar que los jueces en cuestión tengan al menos los requisitos del debido proceso contenidos en el Convenio, por ejemplo que el caso sea oído dentro de un plazo razonable y el derecho a responder.

(134) Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su Observación General No. 32, titulada, “Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”, en la que manifiesta que los jueces sólo podrán ser destituidos por razones graves de mala conducta o incompetencia. En concreto, en el párrafo 20: “Los jueces podrán ser destituidos únicamente por razones graves de mala conducta o incompetencia, de conformidad con procedimientos equitativos que garanticen la objetividad y la imparcialidad establecidos en la Constitución o en la

Consecuencia inherente a todo Estado de Derecho, tanto los procedimientos sancionatorios como los que conllevan la destitución deben estar previamente previstos por la ley (principio de legalidad) y permitir a los afectados el ejercicio del derecho de defensa sobre la base de recursos efectivos. En definitiva, debe asegurar a los afectados el derecho de tutela judicial efectiva.

A este respecto la Corte IDH ha precisado que el derecho a ser oído, consagrado en el art. 8.1 de la Convención Americana, comprende tanto “el derecho de toda persona a tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones” como las garantías que el mismo contiene; garantías que “suponen que las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos (...), de manera que puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones (...)”¹³⁵.

En el sistema regional europeo de protección de los derechos humanos, el TEDH ha señalado que la exigencia de que una persona sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial es equiparable al derecho a un “juicio” o a “procedimientos judiciales” justos¹³⁶.

Partiendo de esta constatación, la Corte IDH recuerda cómo su homólogo europeo ha desarrollado en su jurisprudencia “el criterio según el cual un procedimiento justo supone que el órgano encargado de administrar justicia efectúe ‘un examen

ley. La destitución de jueces por el poder ejecutivo, por ejemplo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados, sin que se les dé ninguna razón concreta y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia del poder judicial (...). Esto también se aplica, por ejemplo, a la destitución por el poder ejecutivo de jueces presuntamente corruptos sin que se siga ninguno de los procedimientos establecidos en la ley (...). (Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, Artículo 14: El Derecho a un Juicio Imparcial y a la Igualdad ante los Tribunales y Cortes de Justicia, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 20. Ver también Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 1376/2005, *Soratha Bandaranayake Vs. Sri Lanka*, CCPR/C/93/D/1376/2005, párr. 7.3.

(135) Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros vs. Ecuador)*, ya citado, párr. 181. Reiterando lo manifestado en el *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, ya citado, párr. 81 y en el *Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 146, y *Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y costas*. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 120.

(136) Así, por ejemplo, en el asunto *Olujić c. Croacia*, relativo a la tramitación de un procedimiento disciplinario contra el Presidente de la Corte Suprema de Croacia (TEDH, Sentencia de 5 de febrero de 2009, párrafos 69-76; <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-91144%22%7D>)

Garantía también destacada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en la Recomendación No. R (94) 12, sobre la independencia, eficiencia y rol de los jueces, adoptada el 13 de octubre de 1994 (https://eos.cartercenter.org/uploads/document_file/path/68/CoE_Committee_of_Ministers_Rec_1994_12_FR.pdf). En particular, en el Principio VI ya citado *ut supra* en nota 80.

apropiado de las alegaciones, argumentos y pruebas aducidas por las partes, sin perjuicio de sus valoraciones acerca de si son relevantes para su decisión”¹³⁷.

C) La garantía contra presiones externas

Sobre este particular el Principio 2 de los *Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura* señala que los jueces resolverán los asuntos que conozcan conozcan “con imparcialidad, 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 cualesquiera sectores o por cualquier motivo” añadiendo, en el Principio 4 -entre otras cosas- que “no se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial”¹³⁸.

En el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* la garantía contra las presiones externas a los jueces también está presente tanto en la jurisprudencia de la Corte IDH como en la del TEDH. Respecto a la primera, en el *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú* es enunciado por la Corte con carácter general, junto a las otras dos garantías ya examinadas¹³⁹. La reitera posteriormente tanto en el *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela* -invocando los *Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura*¹⁴⁰- como en el *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*¹⁴¹. Más

(137) Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros vs. Ecuador)*, ya citado, párr. 182.

(138) El texto íntegro del Principio 4 dice: “4. No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley”.

(139) Un adecuado proceso de nombramiento y la garantía de inamovilidad. Vid. Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*, ya citado, párr. 75.

(140) En concreto, los Principios 2, 3 y 4: “80. 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 cualesquiera sectores o por cualquier motivo’ (...). Asimismo, dichos principios establecen que la judicatura ‘tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley’ (...) y que ‘[n]o se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial (...)’”. (Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, ya citado, párr. 70).

(141) “156. Respecto de la necesidad de que un juez o tribunal militar cumpla con las condiciones de independencia e imparcialidad, es imprescindible recordar lo establecido por la Corte en el sentido de que es necesario que se garantice dichas condiciones “de cualquier juez [o tribunal] en un Estado de Derecho. La independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo, garantías de inamovilidad y con una garantía contra presiones externas”¹⁹⁷. (*Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 156).

tarde, en el *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*, a los citados Principios Básicos la Corte IDH añade la referencia a su propia jurisprudencia y a la del TEDH¹⁴².

El recurso a la jurisprudencia del TEDH por parte de la Corte IDH es lógica, dado que aquel tribunal se crea antes (1950) que la Corte IDH (1969), por lo que sus primeros pronunciamientos sobre el tema tienen lugar con anterioridad (en la década de los ochenta del siglo pasado) a los de esta última (ya en el siglo XXI). Por ejemplo, en los casos *Le Compte, Van Leuven and De Meyere c. Bélgica*¹⁴³, *Piersack c. Bélgica*¹⁴⁴, *Campbell and Fell c. Reino Unido*¹⁴⁵, y *H.R., Langborger c. Suecia*¹⁴⁶.

Como sus homólogos en materia de derechos humanos, el TJUE también afirma la garantía contra las presiones externas a los jueces, declarando que el órgano

(142) “98. Conforme a la jurisprudencia de esta Corte y del Tribunal Europeo, así como de conformidad con los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (en adelante “Principios Básicos”), las siguientes garantías se derivan de la independencia judicial: un adecuado proceso de nombramiento (...), la inamovilidad en el cargo¹²⁴ y la garantía contra presiones externas (...).” (Sentencia de 1 de julio de 2011, ya citada, párr. 98).

(143) TEDH, Sentencia de 23 de junio de 1981: “55. Si bien el Tribunal de Casación presenta evidentemente los caracteres de un Tribunal, a pesar de los límites de su competencia (párrafos 33 y 51 más arriba), es importante verificar si ocurre lo mismo con el Consejo de Apelación. Su función jurisdiccional (párrafo 26 más arriba) no es suficiente. Según la jurisprudencia del Tribunal (sentencia Neumeister, ya citada, p. 44; sentencia De Wilde, Ooms y Versyp de 18 de junio de 1971, serie A, núm. 12, p. 41, párrafo 78; sentencia Ringeisen, ya citada, p. 39, párrafo 95), sólo merece el nombre de Tribunal un órgano que responde a una serie de otras exigencias - independencia con respecto al ejecutivo y a las partes encausadas, duración del mandato de sus miembros, garantías ofrecidas por el procedimiento-, de las cuales varias figuran en el texto mismo del artículo 6.1. En opinión del Tribunal, esto ocurre en este caso concreto, a reserva de las precisiones que se hacen más adelante.” (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165163>).

(144) TEDH, Sentencia de 1 de octubre de 1982: “27. Según el demandante, el tribunal que le condenó el 10 de noviembre de 1978 no era un «tribunal independiente». Esta afirmación, respecto de la que no se aporta prueba alguna, no puede ser aceptada. Conforme a la Constitución (arts. 99 - 100) y a la legislación belga, los tres jueces que componen las audiencias gozan de amplias garantías en orden a su protección frente a presiones externas, y la misma finalidad subyace en las reglas estrictas para la designación de los miembros de los jurados (artículos 217 - 253 del Código Judicial).” (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165173>).

(145) TEDH, Sentencia de 28 de junio de 1984: “78. Para determinar si puede considerarse independiente a un órgano -especialmente en relación al ejecutivo y a las partes (véase, entre otras, la sentencia en el caso *Le Compte, Van Leuven y De Meyere* de 23 de junio de 1981, serie A, núm. 43, pp. 24-55)-, el Tribunal ha tenido en cuenta el modo de designación y la duración del mandato de los miembros (ibidem, pp. 24- 25, apartado 57), la existencia de garantías contra las presiones exteriores (sentencia en el caso *Piersack* de 1 de octubre de 1982, serie A, núm. 53, p. 13, apartado 27), y sobre si hay o no apariencia de independencia (sentencia en el caso *Delcourt* de 17 de enero de 1970, serie A, núm. 11, pp. 17-31).” (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57456>).

(146) TEDH, Sentencia de 23 de mayo de 1989: “32. Para decidir si un órgano puede ser considerado «independiente», hay que tener en cuenta, especialmente, el procedimiento de designación y la duración del mandato de sus miembros, las garantías existentes contra las presiones exteriores y si tiene la apariencia de serlo efectivamente (véase, entre otras, la Sentencia *Campbell y Fell* de 28 de junio de 1984, serie A, núm. 80, 39 y 40, apartado 78)”. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164737>).

de que se trate debe ejercer sus funciones con plena autonomía, protegido frente a intervenciones o frente a presiones externas que puedan amenazar o hacer peligrar la independencia de sus miembros:

“a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones, con observancia de la objetividad y sin que exista interés alguno en la solución del litigio. Las normas dirigidas a garantizar la independencia y la imparcialidad deben permitir excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de ese órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio”¹⁴⁷.

Con ese fin,

“Las reglas aplicables al estatuto de los jueces y al ejercicio de sus funciones jurisdiccionales deben permitir, en particular, descartar no solo cualquier influencia directa, en forma de instrucciones, sino también las formas de influencia más indirecta que pudieran orientar las decisiones de los jueces de que se trate, y excluir así toda falta de apariencia de independencia o de imparcialidad de esos jueces susceptible de menoscabar la confianza que la Administración de Justicia debe inspirar en los justiciables en una sociedad democrática y un Estado de Derecho [véase, en ese sentido, la sentencia de 2 de marzo de 2021, A. B. y otros (Nombramiento de jueces al Tribunal Supremo – Recursos), C824/18, EU:C:2021:153, apartados 119 y 139 y jurisprudencia citada]”¹⁴⁸.

IV. Conclusiones

No hay democracia sin Estado de Derecho y no hay Estado de Derecho sin independencia judicial, elemento fundamental del principio de separación de poderes intrínseco a toda democracia. Sin un poder judicial independiente, autónomo respecto de terceros, libre de presiones externas y no sujeto a influencias políticas de ningún tipo la democracia no sólo no es posible, sino que no existe. De ahí la exigencia de su existencia para ser miembro de determinadas Organizaciones Internacionales fundamentadas sobre los valores democráticos como de su garantía, presente tanto en el terreno normativo internacional como en la jurisprudencia de los órganos judiciales internacionales más relevantes en materia de derechos humanos (TEDH, Corte IDH) así como, en el ámbito regional europeo, también del TJUE.

El examen de la jurisprudencia dictada por esos órganos judiciales internacionales pone de manifiesto tanto la exigibilidad de su respeto en los marcos universal

(147) TJUE, Gran Sala, *Comisión Europea contra República de Polonia*, C-619/18, Sentencia de 24 de junio de 2019, párr. 108.

(148) TJUE (Gran Sala), *Asuntos acumulados C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 y C397/19, Asociația «Forumul Judecătorilor Din România» y otros* (ECLI:EU:C:2021:393), párr. 197.

y regionales concernidos, como la existencia de garantías derivadas de la misma que constituyen obligaciones claras y determinantes a cargo de todos los Estados.

V. Bibliografía

BAQUERO CRUZ, J. (2022), “Minima moralía: el estado de derecho, el método comunitario y el presupuesto de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 72, 431-445. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.72.05>.

BOBBIO, N. *Liberalismo y democracia*, Traducción de J.F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, pp. 19-20, citado por MAC-GREGOR POISOT, E. F. en su Voto parcialmente disidente a la Sentencia en el *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros vs. Ecuador)*, de 28 de agosto de 2013.

CASTILLO DE LA TORRE, F. - NEMECKOVA, P. (2021), Crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mayo-agosto, 2021. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 70, 1061-1119. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.70.08>

DE MIGUEL BÁRCENA, J. “Pasado y presente de la democracia militante (con especial referencia al caso español)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Nº 122, 2022, pp. 17-43.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P. ¿Son admisibles todos los proyectos en democracia? La izquierda nacionalista radical vasca: de su ilegalización a un discutible regreso a las instituciones públicas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

____ “La prohibición de partidos en Alemania. Del nuevo criterio de la potencialidad y la reciente reforma constitucional para la no financiación de formaciones antidemocráticas pero constitucionales”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 102, 2018, pp. 235-273

____ “La prohibición de formaciones políticas como mecanismo de defensa del Estado y el debilitamiento de dicha protección tras las polémicas decisiones sobre Bildu y Sortu”, *Revista europea de derechos fundamentales*, Nº. 26, 2015, págs. 111-137;

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. *Consecuencias jurídicas de la secesión de entidades territoriales. Una visión para España*, (Director), Aranzadi Thomson & Reuters, Cizur Menor, 2020.

____ *Legal Implications of Territorial Secession in Spain*, (Editor), Springer, 2022 (<https://www.springerprofessional.de/en/legal-implications-of-territorial-secession-in-spain/23559376>).

IGLESIAS SÁNCHEZ, S. “La independencia judicial como principio constitucional en la UE: los límites del control por el Tribunal de Justicia de la UE”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 50, 2022, pp. 487-516.

LENAERTS, K. “El Tribunal de Justicia de la Unión europea y la independencia judicial”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 72, 351-368. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.72.01>

LIÑÁN NOGUERAS, D. J. - MARTÍN RODRÍGUEZ, P.J. *Estado de Derecho y Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2018.

MANGAS MARTÍN, A. “Polonia en el punto de mira: ¿Sólo riesgo de violación grave del Estado de Derecho?”, *Revista General de Derecho Europeo*, 44, Enero (2018), pp. 1-12.

MARTÍN ARRIBAS, J.J. “Las instituciones frente a los ‘chicos malos’ del club europeo”, *Revista de Estudios Europeos*, vol. 80, julio-diciembre (2022) (2022): 1-38 (DOI: <https://doi.org/10.24197/ree.80.2022.1-38>).

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “La Unión Europea como comunidad de valores: a vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de Derecho”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 2019, pp. 121-159.

RIPOL CARULLA, S. “Unión Europea y fortalecimiento y defensa del estado de derecho”, *Anuario Español de Derecho Internacional* 34, 2018, pp. 777-811.

TAJADURA TEJADA, J. “Los procesos secesionistas y el derecho europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, 2016, pp. 347-379.

Formación académica

Entre los años 2020 y 2023 desde la Secretaría Académica se profundizaron políticas para dar respuesta a la complejidad del contexto que se transitó a causa de la Pandemia por el COVID 19, sin menoscabar la calidad académica que caracteriza a nuestra Casa de Altos Estudios.

Puntualmente, en el año 2022 se retornó progresivamente a la enseñanza presencial (RD 73/2022) y para acompañar a este proceso se dio continuidad a las siguientes actividades:

- 1- Capacitación y perfeccionamiento de los docentes y adscriptos de la Facultad a través de diferentes ofertas formativas que se integraron en un Ciclo de Talleres “Enseñar Derecho en nuevos escenarios” (RD 356/2022).
- 2- Talleres de alfabetización académica y jurídica para estudiantes.
- 3- Trabajo de asesoramiento pedagógico y comunicacional permanente a los docentes de las diferentes asignaturas de las cuatro carreras de la Facultad: Abogacía, Notariado, Profesorado en Ciencias Jurídicas y Tecnicatura Superior Universitaria en Asistencia en Investigación Penal.
- 4- Implementación del Proyecto: “Estrategias institucionales para el fortalecimiento del ingreso y la permanencia en la Carrera de Abogacía”.
- 5- Presentación del Proyecto 2022/2023 a la Secretaría de Asuntos Académicos del Rectorado de la UNC: “Estrategias institucionales para la promoción del ingreso, continuidad y graduación en las Carreras de la Facultad de Derecho” con énfasis en la alfabetización académica y jurídica, y en la orientación para el rol profesional.

Es significativo destacar que el trabajo en estas actividades implicó la comunicación con más de 121 cátedras, 80 espacios curriculares opcionales, alrededor de 950 docentes y más de 15.000 alumnos.

Es importante señalar además que el punto de partida para trabajar con la virtualización que mencionamos en los incisos a, b y c, tuvo características diversas en cada una de las carreras que se dicta en la Facultad. El *Profesorado en Ciencias Jurídicas* había nacido utilizando aulas virtuales muy completas y funcionales para el dictado de cada asignatura, lo que facilitó en gran medida la migración. Por su parte, la *Tecnicatura Superior Universitaria en Investigación Penal* también contaba con algunas aulas virtuales funcionando que igualmente facilitaron la tarea. En el

* Reseña realizada por la Prof. Carla Saad coordinando la información otorgada por las Secretarías y obtenida del Digesto de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

caso de las carreras de *Notariado* y *Abogacía* -esta última la que cuenta con la mayor cantidad de alumnos y docentes- ya se había comenzado a utilizar en diversos grados e intensidad las aulas virtuales como complemento de la enseñanza presencial, pero aún existían muchas cátedras que no tenían ninguna experiencia utilizando este tipo de entornos. No obstante ello, en todos los casos la calidad académica de las propuestas de enseñanza, la formación y trayectoria de cada Profesor y equipo de Cátedra y la predisposición inigualable de nuestros docentes hicieron que el proceso se pudiese poner en marcha, evitando así la pérdida del año.

Además, desde esta Secretaría se propusieron reformas al régimen de adscripción conforme lo discutido en el seno de las reuniones interdepartamentales, siendo finalmente aprobadas por el HCD. También se elevó propuesta al Sr. Decano para la designación de un Comité de Expertos para los expedientes de convalidación de títulos pendientes de resolución.

Conjuntamente con las gestiones anteriormente señaladas, siempre con el objetivo de mejorar las actividades y otorgar mayor celeridad a los procedimientos administrativos que procuren la continuidad académica de los estudiantes se implementó un procedimiento para el cierre de actas de regularidades y de exámenes que no fueron cerradas oportunamente.

En relación al trabajo interdisciplinario que se realizó desde la Secretaría, se llevó a cabo un trabajo en conjunto con la Secretaría de Asuntos Estudiantiles; el Área de Discapacidad Visual; el Departamento Psicológico y los diferentes Departamentos de Coordinación Docente para el tratamiento de problemáticas particulares planteadas por estudiantes y docentes.

Asimismo, continúa llevándose a cabo el *Proyecto de Tutorías Individualizadas a estudiantes* que procura promover acciones que brinden más herramientas a los estudiantes para rendir los exámenes finales.

Junto con estas líneas de acción se dio continuidad a la gestión de trámites relacionados con los pases y equivalencias, cambio de plan de estudio, reconocimiento de regularidades, informes de actividades y plan de actividades docentes, cobertura de licencias docentes, entre otros.

Finalmente, desde Secretaría Académica se participó activamente en la Comisión Asesora del SIED (Sistema Institucional de Educación a Distancia). En este marco, en el mes de marzo de 2023 se llevaron a cabo actividades en el Foro “Construyendo desafíos para la Educación Universitaria” del que participaron más de 400 docentes de la Universidad Nacional de Córdoba. A su vez, y siguiendo con esta línea de potenciar las innovaciones curriculares, desde el equipo pedagógico comunicacional de Secretaría Académica se difundió la convocatoria a los docentes de la Facultad “Inscribí a tu cátedra”, con el objeto de alentar a los profesores y equipos de cátedra a presentar propuestas de mejora en sus asignaturas y poder brindar acompañamiento pedagógico y comunicacional con vistas a diseñar estrate-

gias que se ajusten a los nuevos escenarios educativos y a los cambios disciplinares y metodológicos vigentes.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos 0351- 4332057/58 int. 356, email: academica@derecho.unc.edu.ar, el horario de atención es de 8:00 a 20:00 hs. Mas info: www.derecho.unc.edu.ar.

Formación en posgrado

La Secretaría de Posgrado de esta Facultad permanentemente está atenta y comprende la relevancia de hacer un posgrado, ya que implica que los profesionales pueden desarrollarse y estar actualizados dentro de su especificidad laboral, es de allí que se observa y asume como tarea tal necesidad, presentando un abanico de ofertas académicas que posibilitan llenar esa demanda, complementando la formación de grado y proporcionando aquellas calidades necesarias mirando a futuro. Muestra de ello son las nuevas carreras y las novedosas propuestas anuales que el profesional encuentra al traspasar las puertas siempre abiertas -de esta Secretaría- al dialogo, a la consulta, a las inquietudes.

Pero esta Secretaría no se queda simplemente con las nuevas propuestas desde una perspectiva numérica, sino que promueve la excelencia. Prueba de ello, es que distintas carreras se van acreditando y categorizando con éxito luego de pasar exámenes rigurosos de calidad. Es así que tenemos nuestro centenario Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales con la máxima categorización, a la que se sumó como oferta del año 2022 el Programa de Posdoctorados con el dictado del primer curso: ‘El bien jurídico tutelado en el ámbito del derecho público y privado’, un vacío que era necesario llenar y esta Secretaria no se quedó atrás, aquí los Doctores del Derecho y las Ciencias Sociales, encuentran una consolidación intelectual a través de la transferencia, e intercambio de sus conocimientos científicos, y reciben no solo los que se doctoraron en nuestra casa de altos estudios, sino de diferentes universidades del país y extranjeras, una respuesta tan esperada del enriquecimiento cognoscitivo producto de esa relación dialéctica entre pares con estándares intelectuales de excelencia.

Nuestro lema es un “posgrado de puertas abiertas” al dialogo, a propuestas, a demandas de los egresados; es un posgrado que no trabaja encerrado en su despacho, sino que se abre a la comunidad profesional a fin de escuchar y poder hacer realidad las expectativas demandantes.

Esta Secretaría hasta en los momentos más difíciles demostró que “se puede”, no solo continuar aun cuando azote una pandemia como la que vivimos no hace mucho, sino que también puede transformarse para seguir con calidad de excelencia en sus propuestas formativas, creando nuevas ofertas, oyendo, escuchando y atendiendo las sugerencias y necesidades de los profesionales. Profesionales que buscan un estímulo y una formación superior que les permita competir en los máximos

niveles con superioridad, y es así que acuden a nuestras aulas aquellos egresados de esta casa de estudios, pero también de otras universidades, traspasando fronteras provinciales y también internacionales

Toda esta ímproba tarea es gracias al esfuerzo mancomunado de las autoridades, el cuerpo académico y el personal administrativo.

Un Posgrado de puertas abiertas a la comunidad, que los recibe no solo individualmente, sino que cada año académico convoca a un conversatorio en el salón de grados a fin de que aquellos que quieran acercarse puedan expresar sus intereses, consultas y expectativas. Así este 28 de febrero del 2023 esas *puertas abiertas* se vieron atravesadas por más de un centenar de egresados que querían conocer las posibilidades de crecimiento que posgrado brinda, fue una respuesta numérica y de calidad que sentimos como una caricia en el alma, nos demostraba que no nos hallamos disociados de una realidad, sino que estamos inmersos y profundamente conectados con ella. El horizonte trazado es la “excelencia académica”, y es por ello el profundo sentido inclusivo y social que se le imprime a cada actividad, a cada cuestión que se plantea. Tendemos una mano al profesional, y ese es nuestro sello: una mano abierta para hacer realidad, en una articulación integrativa, los principios de inclusión, solidaridad y excelencia, sumando convenios con entidades locales, provinciales e internacionales para el logro de tales fines.

La Secretaría de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, ofrece una amplia variedad de actividades académicas destinadas a la formación de profesionales que cuentan con título de grado; que desarrollen sus actividades en el ámbito del Poder Judicial, la administración pública u organizaciones privadas, y deseen especializarse, actualizar y poner en común sus conocimientos en aquellos temas de interés y provecho en el panorama del derecho argentino y americano.

La consolidación de estas carreras, cursos, seminarios, talleres, paneles y jornadas de Posgrado supone que, año tras año, podamos seguir ofreciendo a todos aquellos que nos visitan un atractivo abanico de programas académicos, en los que participan distinguidos profesores, investigadores y especialistas de reconocido prestigio nacional e internacional.

Actividad académica

Forman parte de la agenda académica 2023:

a) Carreras de posgrado

Doctorado

- Carrera de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales. Categorizada A por Res. CONEAU 684/2020: esta carrera hunde sus raíces allá en el Siglo XVIII cuando por disposición del virrey Nicolás Antonio de Arredondo se incorporan estudios de

derecho a la universidad, naciendo así la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, según registros de la Universidad, en el año 1791.

Director: Prof. Dr. Edgardo García Chiple.

Coordinadora Académica: Prof. Dra. Esther Susana Borgarello

- Carrera de Doctorado en Ciencia Política (Cogestionada entre esta Facultad y el Centro de Estudios Avanzados – Facultad de Ciencias Sociales-).

Directora: Prof. Dra. María Teresa Piñero

Maestrías

- Carrera de Maestría en Derecho Administrativo.

Directores: Profs. Dres. Domingo J. Sesín y Jose L. Palazzo.

- Carrera de Maestría en Derecho y Argumentación.

Directores: Profs. Dres. Hugo Seleme y Ernesto Garzón Valdez.

- Carrera de Maestría en Derecho Civil Patrimonial.

Directores: Profs. Dres. Juan Carlos Palmero y Juan Manuel Aparicio.

- Carrera de Maestría en Derecho Constitucional.

Directores: Profs. Dres. Guillermo Barrera Buteler y Antonio María Hernández.

- Carrera de Maestría en Derecho de Vejez, destacamos que es la primera en su género dictada en Latinoamérica.

Directores: Profs. Dres. María Isolina Dabove y Ramón Daniel Pizarro.

- Carrera de Maestría en Sociología (Cogestionada entre esta Facultad y el Centro de Estudios Avanzados – Facultad de Ciencias Sociales-).

Especializaciones

- Carrera de Especialización en Derecho de Familia.

Directoras: Profs. Dras. Amalia Uriondo de Martinoli y Elena García Cima de Esteve.

- Carrera Interinstitucional de Especialización en Derecho Laboral (UNC – UCC – UNL).

Directores: Profs. Dres: Albor Cantard y María del Carmen Piña.

- Carrera Interinstitucional de Especialización en Derecho Penal (UNC – UNL).

Directores: Prof. Dres. José Milton Peralta, Enrique Buteler y Ricardo Álvarez.

- Carrera de Especialización en Derecho de los Negocios.

Directora: Prof. Ab. Cristina Mercado de Sala

- Carrera de Especialización en Derecho Procesal.

Director: Prof. Dr. Manuel González Castro.

- Carrera de Especialización en Derecho Tributario.

Director: Prof. Ab. Héctor Villegas Ninci.

Subdirector Prof. Dr. Maximiliano Raijman.

b) Otras actividades académicas

- Diplomatura Universitaria en Trata de Personas.

Coordinador: Prof. Dr. Ricardo del Barco.

- Diplomatura Universitaria en Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Abogada/o de NNYA.

Coordinadores: Prof. Dra. Olga Orlandi, Prof. Ab. Fabián Faraoni.

Coordinadora Ejecutiva: Med. Amalia López (Defensora de NNYA de la Pcia. de Córdoba).

- Diplomatura Universitaria en Diplomacia Contemporánea.

Coordinadora: Prof. Dra Graciela Salas.

- Diplomatura Universitaria en Derecho de la Seguridad Social y del Trabajo.

Coordinadora: Prof. Dra. Rosa Elena Bosio.

- Diplomatura Universitaria en Género, Derecho y Violencias.

Coordinadora: Prof. Dra. Mariana N. Sánchez.

- Diplomatura Universitaria en Derecho a la Privacidad y Protección de Datos Personales.

Coordinador: Prof. Dr. Juan Fernando Brügge.

También podemos citar entre otros *cursos y seminarios* a:

- Seminario “Temas Notariales 2023”.

- Seminario de Metodología de la Investigación Jurídica y Social.

• Cursos de lecto-comprensión de textos jurídicos en idioma extranjero: Inglés, Portugués, Italiano, Latín y Francés.

c) Programa de Posdoctorados

El Programa de Posdoctorados tiene como meta dar una respuesta a los Doctores en Derecho y Ciencias Sociales que buscan la consolidación de estándares intelectuales de excelencia en áreas específicas. Para ello se traza este programa con cursos de posdoctorados específicos, fomentando las actividades académicas y en especial buscando el intercambio de saberes científicos en el contexto interdisciplinario, la investigación innovadora y una consolidación de la actividad científica exclusiva y rigurosa. Se trata de un programa de eminente valor académico y científico dirigido -como supra se ha expresado- a doctores egresados de universidades nacionales y extranjeras de reconocido prestigio.

Convenios de Cooperación Científico-Académica

Para fortalecer la calidad académica desde esta Secretaría se han formalizado distintos convenios de cooperación científico - académico, entre los cuales destacamos:

- Convenios de Doble Titulación Doctoral con las Universidades de Bologna (Italia) y Múnich (Alemania).
- Convenios Nacionales con los distintos Poderes del Estado Nacional, Provincial y Municipal: así con 1) Ministerio Público Fiscal de la Nación, 2) Ministerio Público de Defensa, 3) Municipalidad de Córdoba, 4) Municipalidad de Río Cuarto, 5) Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, 6) Academia Nacional de Derecho, 7) Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, 8) Asesoría Letrada de la Municipalidad de Córdoba, 9) Fiscalía de Estado, 10) Instituto Sudamericano de Pesquisas (ISPED), 11) Centro de Promoción del Adulto Mayor (CEPRAM), 12) Centro Paraguayo de Estudios de Posgrado (CEPEP), 13) Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, 14) Regional Cuarta Capital del Colegio Profesional de Kinesiólogos y Fisioterapeutas de la Provincia de Córdoba, 15) Escuela de Abogados de Catamarca, 16) Sociedad Argentina de Gerontología y Geriátrica, 17) Universidad de Navarra, 18) Caja de Jubilaciones, 19) Consejo Federal de Notariado Argentino, 20) Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, 21) Bolsa de Comercio de Córdoba 22) Polo de la Mujer, 23) Instituto para el Desarrollo de Políticas Estratégicas - Diseñando Ciudad, 24) Asesoría Letrada de la Municipalidad de Córdoba, 25) Escuela de Abogados del Estado, 26) Asociación Argentina de Derecho Procesal, 27) Cámara Federal (superintendencia de la cuarta circunscripción judicial), 28) Colegio de Abogados de Córdoba, 29) Colegio de Abogados de Villa Dolores, 30) Defensoría de los Derechos de NNyA de Córdoba, 31) Colegio de Abogados de Río Cuarto, 32) Asesoría Letrada de la Municipa-

alidad de Río Cuarto, 33) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Córdoba, entre otros.

Esta concisa reseña de la actividad de la Secretaría de Posgrado, es simplemente un enunciado del trabajo de todo un equipo que día a día pone enorme empeño, fuerza, voluntad, tesón, muchas veces también quitando horas al sueño, que sin ese apoyo no se podrían describir estos logros alcanzados, que se superan ampliamente año a año. El número creciente de ingresantes y egresados muestra que el esfuerzo interno y que a pulmón realiza cada uno de los que componen esta Secretaría no es infructuoso. El paso de la pandemia dejó enseñanzas que no se abandonaron, sino que se asumieron y permitieron fortalecer nuestra actividad. Las aulas de posgrado hoy transitan la característica de “híbridas”, confluyendo la presencialidad física con la remota. Somos un “Posgrado de puertas abiertas” con una mano tendida a los profesionales y vemos diariamente como cada uno de los que acuden a nosotros se sienten contenidos por esa mano que se les ofrece, y es así como este Posgrado ha traspasado las fronteras de nuestra Córdoba, señera por allá a fines del siglo XVIII en formación intelectual de excelencia. Hoy seguimos en ese camino que marca nuevos rumbos de expansión en el saber con los mismos estándares que nos señalaron aquellos primeros maestros.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos 0351- 4332064/4332135/4332069, email: cgradua@derecho.unc.edu.ar, Mas info: www.derecho.unc.edu.ar

Actividades en investigación

Ciencia y Técnica

La Secretaría de Ciencia y Técnica, vinculada a la actividad científica de investigación de la Facultad, informa las actividades realizadas:

a) Proyectos de investigación

Convocatoria 2020-2021: De octubre a diciembre de 2019, se abrió una nueva convocatoria para los Proyectos y Programas de investigación Secyt 2020-2021. Se presentaron un total de 30 proyectos: 2 Consolidar, 7 Estimular y 21 Formar. Los mismos se suman a los 22 proyectos línea Consolidar con vigencia hasta el año 2021.

En abril de 2021 la SeCyT-UNC ha dispuesto, en función de las recomendaciones realizadas a las universidades por parte de los Ministerios de Educación y Salud de la Nación y debido a la situación socio-sanitaria generada a partir de la pandemia por COVID-19 y los cambios y reestructuraciones que debió realizar en particular la Universidad Nacional de Córdoba, prorrogar todos los proyectos de investigación vigentes:

Consolidar de la convocatoria 2018: Extensión de las ejecuciones de proyectos hasta el 31-12-22 y presentación de los informes académicos y rendiciones contables hasta el 31-03-23.

Formar y Estimular de las convocatorias 2020: los proyectos aprobados en esa convocatoria se ejecutaron hasta el 31-12-2022, en tanto que los informes y rendiciones tienen como fecha límite el 31-03-2023.

Consolidar de la convocatoria 2020: Estos Programas y Proyectos SeCyT se podrán presentar hasta el 31-12-2024, siendo la presentación de los informes académicos y rendiciones contables parciales hasta el 31-03-2023 y las finales hasta el 31-03-2025.

Cabe destacar que en la Convocatoria 2020-2021 contamos con 40 proyectos de investigación en ejecución (22 Consolidar, 7 Estimular, y 21 Formar).

b) Apoyos económicos

Los apoyos económicos tienen como propósito colaborar en la organización de Jornadas, Congresos, Workshop y con los museos de la Universidad Nacional de Córdoba, co-financiar publicaciones periódicas producidas en las Facultades, Escuelas, Institutos y Centros de Investigación de la Casa de Trejo, colaborar con las suscripciones a revistas internacionales científico-académicas y la asistencia o presentación de trabajos en eventos científicos (Jornadas, Congresos y Workshop) fuera del país.

En el año 2022, durante la primera convocatoria del año (abril-mayo) se recibió 1 solicitud de apoyo económico para publicaciones, 2 solicitudes de apoyo económico para la realización de eventos y 1 solicitud de apoyo económico para viajes al exterior, mientras que en la segunda convocatoria (septiembre-octubre), se recibió 1 solicitud de apoyo económico para viajes al exterior.

c) Programa de Incentivos a docentes-investigadores

El Programa de Incentivos está instrumentado por la Secretaría de Políticas Universitarias del Ministerio de Educación de la Nación, a través de las Secretarías de Ciencia y Técnica de las Universidades Nacionales. El propósito es promover la investigación integrada a la docencia universitaria a fin de contribuir a la excelencia en la formación de los egresados.

A partir del día 1 de diciembre de 2022 hasta el 1 de marzo de 2023, los docentes-investigadores fueron convocados para la solicitud correspondiente al año 2021.

d) Becas de Maestría, Doctorado, Finalización de Doctorado y Posdoctorales

En los meses de agosto-septiembre de 2022, ambos inclusive, estuvo abierta la postulación a Becas Secyt de Posgrado y se recibieron 1 solicitud de Beca de Maestría, 2 solicitudes de Becas de iniciación de Maestría y una solicitud de beca de Doctorado

e) Becas CIN - Estímulo a las Vocaciones Científicas

A través del “Plan de Fortalecimiento de la Investigación Científica, el Desarrollo Tecnológico y la Innovación en las Universidades Nacionales” (Ac. Pl. Nº 676/08 y 687/09), el Consejo Interuniversitario Nacional (CIN) financia Becas de Estímulo a las Vocaciones Científicas (EVC) para estudiantes universitarios de grado que deseen iniciar su formación en investigación, se realiza en el marco de Proyectos de Investigación acreditados que se desarrollen y cuenten con financiamiento, en el ámbito de las Instituciones Universitarias Públicas (IUP), en disciplinas científicas, humanísticas, tecnológicas o artísticas, habiéndose presentado 3 candidatos.

f) Programa de Modernización Tecnológica

La Universidad Nacional de Córdoba, por intermedio de la Secretaría de Ciencia y Tecnología y la Secretaría de Asuntos Académicos, convoca a la presentación de solicitudes, en el marco del Programa de Modernización Tecnológica (Resolución HCS 559/2005) de la UNC.

En la convocatoria 2022 se presentaron 3 proyectos: “La colación en el Código Civil y Comercial de la Nación y la igualdad de los legitimarios”, por Echegaray de Maussion, “Disputas y debates ambientales en Argentina: la construcción de la política sobre uso de energías renovables y su impacto normativo y político” Derivado Comisión por Marta Julia y Proyecto -Categoría A- Modernización del Equipamiento del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) y de su Laboratorio de Análisis y Procesamiento de Datos e Información Secretaría de Ciencia y Técnica.

La SeCyT UNC ha otorgado, dentro del programa de Modernización Tecnológica, a nuestra Facultad un subsidio para la actualización y adecuación de equipos que será destinado a equipar la sala Dr. Ezio Masoni del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de esta unidad académica.

g) Consejo Asesor de la Secretaría de Ciencia y Tecnología-UNC y Comité de Ética de la SECyT- UNC

Se participaron de las reuniones de ambos comités. Las ordinarias (primer miércoles de cada mes) como en las extraordinarias, en las que se definen todas las políticas relacionadas a la investigación, desarrollo tecnológico y artístico en la universidad.

h) Consejo Asesor de la Secretaría de Innovación y Vinculación Tecnológica

Se participó activamente en el Consejo Asesor de la Secretaría de Innovación y Vinculación Tecnológica de la UNC.

i) Programa Jóvenes en Ciencia

La nueva línea de subsidios es una iniciativa del Ministerio de Ciencia y Tecnología de la provincia de Córdoba y la Universidad Nacional de Córdoba. Apunta a motivar, impulsar y fortalecer la creación y consolidación de equipos de investigación liderados por jóvenes docentes investigadores de hasta 35 años, con el apoyo de tutores. En la convocatoria se presentó un equipo de jóvenes investigadores por la Facultad de Derecho.

Para informes e inscripciones: Caseros 301, planta baja, de lunes a jueves de 10:00 a 15:00hs y viernes de 10:00 a 14:00hs, o por teléfono: 0351-4332011, o por correo electrónico: scytec@derecho.unc.edu.ar. Más info: www.derecho.unc.edu.ar, Facebook en la página Secyt Derecho UNC.

Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales

El Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) organiza distintas actividades de formación y desarrollo en investigación, entre las que se enumeran:

- a) Actividades de formación y debate (cursos, seminarios, jornadas y conferencias) realizadas de manera presencial y/o virtual
 - Seminario: “Cambio climático y Tributación ambiental”. Directora: Prof. Esp. Patricia Alderete.
 - Jornada: “Amparo de salud. Cuestiones procesales en el orden federal y provincial de Córdoba. Director: Dr. Lorenzo Barone.
 - Curso “Una radiografía sobre algunos tópicos de la realidad asiático oriental y africana, desde la Edad moderna hasta el presente. Reflexiones desde el ‘Universo Iberoamericano’”. Director: Dr. José Ramón Pérez Portillo.
 - “Conversatorio sobre capacidad en el marco del Observatorio de jurisprudencia del PIEEDD. Encuentro de construcción de acciones participativas del PIEEDD”. Directora: Prof. Emma Mini.
 - Workshop: “El principio de Igualdad. Nuevas aproximaciones para la Teoría de Derecho del Trabajo”. Directora: Prof. Silvia Díaz.
 - Curso-Taller “Gestionar conflictos con principios de justicia restaurativa”. Directora: Dra. María Cristina Di Pietro.

b) Actividades institucionales realizadas de manera presencial y/o virtual

- Vigésima Tercera Jornada sobre Experiencias en Investigación. Llevada a cabo el día 10 de noviembre del 2022. Se realizó con la ayuda del apoyo económico otorgado por la

Secretaría de Ciencia y Técnica (UNC). La presente edición retomó su tradicional desenvolvimiento de manera presencial. El trabajo estuvo organizado en tres comisiones: Derecho Público, Derecho Privado y Estudios Básicos, que funcionaron en simultáneo en la Sala 3, Sala 7 y Sala Vélez Mariconde de la Facultad de Derecho.

- Jornada “Las Islas Malvinas y del Atlántico Sur: pasado, presente y futuro”. Organizada conjuntamente con la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales de la Facultad, tuvo como objetivo ser un espacio de reflexión y debate en torno a la Soberanía de las Islas Malvinas y del Atlántico Sur, a 40 años del conflicto bélico. Llevada a cabo de manera virtual el día 22 de septiembre de 2022.

c) Aavales

- Curso- Taller “La Teoría de la Decisión en las prácticas jurídicas. Mecanismos para decidir. Prismas ¿Decidir o Argumentar?”. Directora: Dra. María Cristina Di Pietro.
- Seminario “Desafíos procesales y su proyección: proceso electrónico, evidencia digital e inteligencia artificial”. Director: Emilio Albarenga.

d) Asignaturas optativas

- “Tutorías de Investigación”. Prof. Responsable: Dra. María Alejandra Sticca. Prof. Coordinadora: Ab. Esp. Patricia Alderete.
- “Feminismo jurídico. La deconstrucción del derecho positivo”. Profesor Titular: Dra. María Alejandra Sticca. Profesora Responsable: Dra. Mariana Noemí Sánchez.
- “Aspectos de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Perspectiva del empleo”. Profesora Titular: Dra. María Alejandra Sticca. Profesora Responsable: Profa. Carla Saad.

e) Programas y Proyectos

El CIJS cuenta con 6 Programas radicados, a saber:

- “Estrategias procesales para la solución efectiva de los conflictos jurídicos civiles y comerciales”. Directora: Dra. Di Pietro, María Cristina.
- “Programa de estudio sobre Cultura Jurídica Contemporánea”. Directoras: Dra. Parmigiani, Consuelo y Dra. Gómez del Río, María Eugenia.
- “Programa de estudios comparados entre la civilización china e hispanoamericana: la peculiaridad taiwanesa”. Director: Dr. Pérez Portillo, José Ramón.
- “Programa de derecho comercial y de la empresa”. Director: Dr. Richard, Efraín Hugo
- “Programa de Investigación, Estudio y Extensión en Discapacidad y Derechos” (PIEEDD). Directora: Prof. Saad, Carla.
- “Programa de Estudios e Investigación en Género y Derecho”. Directora: Dra. Sánchez, Mariana.

La presente lista se completa con 16 proyectos de investigación que poseen lugar de trabajo en este Centro de Investigaciones.

f) Becas

Becas de Pregrado: del período 2020 se encuentran aprobados cuatro informes finales; los becarios pertenecientes a la convocatoria 2021 se encuentran en el estadio de confección de informe final; y respecto del año 2023, la convocatoria realizada el año pasado incorporó 15 nuevos becarios de pregrado.

Las mismas constituyen uno de los principales objetivos del Programa del CIJS de estímulos de vocaciones científicas y tienen un vínculo fundamental con el dictado de la asignatura opcional “Tutorías de Investigación”.

g) Publicaciones

El CIJS se embarcó en la misión de publicar la 1º Revista Virtual de la Jornada sobre Experiencias en Investigación, la misma, que se encuentra en proceso de publicación, recopila los resúmenes presentados por los expositores y expositoras de la última Jornada.

Actualmente, también se encuentra en proceso de edición el Número XXI de nuestro Anuario.

h) Programa de Modernización Tecnológica

Profesora Responsable: María Alejandra Sticca

Profesora Co-titular: Carla Saad

En el mes de septiembre el grupo de investigadoras conformada por las Dra. María Cristina Di Pietro, Dra. M. Eugenia Gómez del Río, Prof. Carla Saad, Dra. Mariana N. Sánchez, y la Dra. María Alejandra Sticca, asesoradas por el Ing. Juan Carlos Moreno, se presentaron en la Convocatoria realizada por la SeCyT-UNC para el Programa denominado Modernización Tecnológica (PMT), de este modo se obtuvieron fondos que permitirán el equipamiento tecnológico de la Sala Ezio Masoni.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos 0351- 4332059, Caseros 301, Córdoba. Horario de atención: 10:00 a 18:00 hs. Email: cinvestderecho@gmail.com. Más info: www.derecho.unc.edu.ar, Facebook.

Actividades de extensión y relaciones internacionales

La Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales informa la realización de las siguientes actividades:

Área Extensión

a) Cursos y Seminarios

- 1- Entre el 10 y el 18 de octubre del 2022 se llevaron a cabo los “Talleres de Formulación de Proyectos de Extensión desde una Perspectiva Dialógica Participativa” a cargo de la Lic. Sandra Geznet. Se realizaron de manera presencial en la Sala 7 de la Facultad de Derecho.
- 2- “El Conflicto de Ucrania en el Derecho Internacional Público. Visión General, Ambiental y Ciberespacial”. La actividad se llevó a cabo el 18 de octubre del 2022 en modalidad Virtual Zoom y fue propuesta por la Dra. Zlata Drnas de Clement. Disertó la Dra. Alejandra Sticca.
- 3- “Evolución Digital de la Justicia”. Dicha actividad se llevó a cabo en forma conjunta con la empresa Telecom Argentina, el día 20 de octubre del 2022 en el Aula Magna de la Facultad de Derecho. Se desarrolló con un equipo de panelistas que debatieron sobre diferentes temas de actualidad y de interés general.
- 4- “Reflexiones sobre el Milagro Económico Alemán a propósito de la Situación Argentina”. Se llevó a cabo de manera virtual (Zoom), el día 03 de noviembre de 2022. Para dicha actividad se contó con la participación de Ramón Osvaldo Frediani.
- 5- “Después de Ucrania ¿Cambio de Orden? Dicha jornada se llevó a cabo en modalidad virtual (Zoom), el día 28 de marzo de 2023. Disertó la analista internacional, Dra. Graciela Erramouspe de Pilnik.
- 6- “Seminario de Asistente Jurídico”. Actividad que se llevará a cabo entre los meses de abril y septiembre del corriente año.

b) Proyectos de Extensión

- 1- “Desarrollo de tecnologías de la información y la comunicación (TICs) para la capacitación en derechos de acceso ambiental”
Director: Ab. Alejandro Orlando Vera
- 2- “La Violencia familiar y de género desde la perspectiva de los Derechos Humanos”. Directora: Dra. Olga Orlandi.
- 3- “La dimensión digital de la Ciudadanía, retos y nuevos abordajes desde el derecho y el género”. Directora: Alejandra María Pérez Scalzi.
- 4- “Experiencias de extensión: reflexiones jurídicas frente a privaciones de derechos”. Directora: Silvana Begala- CECOPAL (Centro de Comunicación Popular y Asesoramiento Legal).
- 5- “Derechos de los Adultos Mayores”, en el marco del Proyecto “Derecho/s para todos. Alfabetización jurídica para poblaciones vulnerables”. Directora: Silvana Begala, CECOPAL (Centro de Comunicación Popular y Asesoramiento Legal).

c) Proyectos de extensión - Becas SEU

Además de los proyectos de extensión radicados en esta Facultad se postularon varios proyectos a cargo de Profesores de esta Casa de Estudios al programa de Becas a Proyectos de Extensión en la convocatoria realizada por la Secretaría de Extensión de la UNC. Todos los proyectos han recibido las mejores calificaciones y aprobados para recibir el correspondiente subsidio. Los Proyectos son:

- 1- “Ciudadanía migrante: la participación a través del voto”. Directora: Silvana Bengala. Alumnas: Lizeth Salvatierra Álvarez y Marina Liz Beltrán.
- 2- “Estrategias de auto organización sobre lógicas de acceso al trabajo para comunidades trans en el marco de la salud integral. Unidad Productiva - Somos Corteza”. Directora: Dra. Eugenia Gastiazoro. Alumna: Amparo Molar.
- 3- “Hacia la implementación de un lenguaje jurídico claro, sencillo y breve”. Directores: Daniel Enrique Gandia y Daniela Moyano Escalera.

d) Programa de fortalecimiento de la extensión en la Facultad de Derecho

Cumpliendo con las metas institucionales de fortalecimiento de la actividad de extensión universitaria, la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales presento el proyecto de “Fortalecimiento de la Extensión en la Facultad de Derecho” para cuya ejecución se ha recibido el financiamiento proveniente desde la SPU e implementado por Res 60/2021 lo cual nos permitió acompañar a docentes

y estudiantes de nuestra Facultad a través de becas asignadas principalmente a los estudiantes y la adquisición de material informático de apoyo destinado a la realización de actividades de los proyectos de extensión.

Dicho proyecto tendrá su continuidad en el año 2023 ya que, por resolución 162/2022, la Secretaría de Políticas Universitarias (SPU) ha asignado un presupuesto que permitirá realizar una nueva convocatoria entre nuestros profesores, a los fines de presentar proyectos de extensión que recibirán una ayuda económica para su ejecución.

En este sentido la Facultad ha organizado cursos dirigidos a los docentes de la Casa con el fin de brindar capacitación en relación a las etapas y procesos necesarios para la correcta formulación de un proyecto de extensión.

e) Curricularización de la extensión

Uno de los desafíos a los que la Facultad se encuentra abocada es al proceso de curricularización de la extensión. La incorporación de actividades de vinculación con la comunidad en el ámbito del dictado de las asignaturas de grado, exige un esfuerzo de compromiso y creatividad por parte de los docentes que, entendemos, se traduce en experiencias enriquecedoras para los estudiantes. Es así que la Secretaría de Extensión Universitaria abrió la primera convocatoria a apoyos económico para Proyectos de Curricularización de la Extensión por la cual se otorga un financiamiento a las mejores propuestas presentadas. El proyecto presentado por esta Facultad "Abogacía con orientación social" a cargo de la Prof. Silvana Begala ha sido seleccionado entre los mejores puntuados para recibir este subsidio.

f) Participación en procesos de Evaluación 2022

- 1- Programas de becas y subsidios SEU-UNC, 2022. Participaron en la diferentes comisiones: Prof. Silvana Begala (Hábitat y Ambiente), Prof. Alejandra Pérez Scalsi (Salud), Prof. Diego Robledo (Ciudadanía y Derechos Humanos), Prof. Carla Saad (Economía, Producción y Trabajo), Prof. Emma Mini (Educación).
- 2- Evaluación Programa Curricularización de la Extensión. Participo de la comisión la Prof. Emma Mini.

Área Relaciones Internacionales

a) Jornada de Bienvenida de Alumnos Internacionales

En estas circunstancias se realizó el miércoles 29 de marzo la jornada de bienvenida a los alumnos extranjeros que realizan su intercambio en nuestra Universidad organizada por la Pro Secretaría de Relaciones Internacionales de la UNC a la que

asistió la Sra. Pro Secretaria de Relaciones Internacionales de nuestra Facultad de Derecho Ab. Laura Alejandra Calderón. Se llevó a cabo en la Facultad de Lenguas de la Ciudad Universitaria con la asistencia de los coordinadores académicos de cada una de las facultades que recibió a los estudiantes que eligieron nuestra universidad para realizar una movilidad de grado. Se sirvió un desayuno y posteriormente cada país se fue presentando, comentado un poco de sus particularidades locales y de sus inquietudes por conocer Córdoba, Argentina y especialmente nuestra prestigiosa Universidad.

1- Alumnos internacionales recibidos en esta Facultad

SANCHEZ DEL TORO, María	Universidad de Murcia
QUINTO SALOR, Ana	Universidad de Valencia
TRINIDAD BUY, Alejandro	Universidad Autónoma Metropolitana de México
LEON TORRES, Valeria Alejandra	Universidad de Boyacá Colombia

2- Alumnos de nuestra Facultad que realizan Intercambio en el Exterior

- Programa *Emerging Leaders in the Americas* (ELAP) - Gobierno de Canadá. La Pro Secretaría de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Córdoba convoca a estudiantes de grado y posgrado que deseen postularse al Programa ELAP (*Emerging Leaders in the Americas*). Este programa de becas es financiado por el Gobierno de Canadá para promover el desarrollo del capital humano y una nueva generación de líderes de América, reforzando los vínculos entre instituciones de educación superior. Para la convocatoria de movilidad presencial para el año 2023 ha sido seleccionado el alumno de nuestra Facultad Gastón Bocco quien realizará su estancia de estudios en la Universidad de Montreal (Canadá).
- Programa de Movilidad de Estudiantes de Grado entre la Facultad de Derecho UNC y la Universidad Libre de Berlín, Alemania. Fueron seleccionados los estudiantes: Milagros Lucero y Alan Romanenghi quienes se encuentran realizando el intercambio.

b) Programas de Movilidad

- Becas para realizar estudios de master universitario en la Universidad de Carlos III.

- Becas Fundación Carolina. Destinatarios: Docentes Universitarios de la República Argentina.
- Becas Fullbright para graduados.
- Programa de Cooperación Bilateral para el intercambio de estudiantes de grado PIEG.
- Programa de movilidad para estudiantes de grado UNC AL MUNDO.
- Programa de Jóvenes Líderes Iberoamericanos "Fundación Carolina".
- Becas Botín para el fortalecimiento de la Función Pública en Latinoamérica.
- Programa de Intercambio Académico Latinoamericano de Grado - PILA.
- Programa Escala Estudiantil - AUGM.
- Programas de Movilidad para Estudiantes de Pos Grado AUGM.
- Programa de Movilidad Estudiantil UNC AL MUNDO (UNCM) 2022-2023.
- Programa de Cooperación Bilateral para el Intercambio de Estudiantes de Grado (PIEG).
- Programa ERASMUS +.
- Programa de Intercambio para alumnos de grado ESCALA.

Se llevó a cabo el día 21 de marzo a las 15.00hs una Reunión Informativa sobre los Programas de movilidad para alumnos de grado mediante plataforma meet.

Para informes e inscripciones comunicarse al teléfono (0351) 4331099, Independencia 258 1º Piso, Córdoba. Horario de atención: 10 a 14 horas. Más info: email: extyri@derecho.unc.edu.ar.

Actividades para graduados

La Secretaría de Graduados tiene como finalidad brindar a los graduados formación e información permanente y necesaria para su capacitación y desarrollo en la vida profesional.

Consecuentemente con los objetivos de la función de esta secretaría, se pretende desarrollar capacidades en la interpretación y comprensión de conocimientos jurídicos y multidisciplinarios, dar difusión a las opiniones de expertos, propiciar la articulación de conocimientos, transferencias operacionales y la familiarización con nuevos roles profesionales y científicos, destacando principalmente la capacitación en la práctica profesional del graduado, pero a la vez se busca también capacitar y expandir los conocimientos que imparte esta secretaría, al mundo de los estudiantes para que así se vayan formando y vayan adquiriendo habilidades extras para cuando se inserten en el ámbito de los profesionales.

Con ese fin, se receptaron distintas inquietudes de profesores de la facultad y diversas instituciones que se cristalizaron en la organización de seminarios, cursos y jornadas que en este año se realizaron de manera híbrida (virtual y presencial).

Durante el año 2023 llevaron a cabo o están pendientes de realizarse, las siguientes actividades académicas:

1- Seminario: “Formación Profesional para Jueces de Paz”.

Propuesta efectuada por el Ab. Tomas García Faure, teniendo como Director Académico al Prof. Dr. Juan Brüggge. Ésta actividad, dirigida a Jueces de paz, empleados de la Administración Pública, Judicial y afines, profesionales interesados y alumnos avanzados de la carrera de abogacía, tiene como objetivos dotar a los asistentes de herramientas prácticas y nociones de temas relacionados con el derecho público de actualidad, acompañado de jurisprudencia específica, relevante y actual para el ejercicio profesional de los Jueces de Paz. Modalidad virtual, los días lunes 8, 15, 22, 29 del mes de mayo y los días 5 y 12 del mes de junio del correspondiente año, en el horario de 18:00 a 21:00 hs.

2- Seminario en Conmemoración del Día Internacional de la Mujer: “Jornada sobre Derecho Laboral: Violencia y Acoso en el mundo del trabajo: ¿Qué tenemos que ver? Convenio 190: El rol de los actores sociales para la construcción de un ambiente libre de violencia. La capacitación prometida y una deuda pendiente. Trabajo, salario y el derecho al cuidado: debates pendientes en la agenda legislativa y sindical. Libertad sindical y Convenios Colectivos de Trabajo con perspectiva de género”.

Propuesta efectuada por el Ab. Santiago Sain quien conjuntamente fue co-coordinador académico con la Ab. Denise Della Mea, teniendo como Director Académico al Prof. Dr. Carlos A. Toselli.

Ésta actividad, dirigida a abogados, empleados judiciales y operadores jurídicos, tuvo como objetivos dotar a los asistentes de herramientas prácticas y conocimiento sobre los principales aspectos del derecho laboral con perspectiva de género. Contó también con la exposición de la Mgtr. Itatí Demarchi Aballo y la Ab. María Martha Terragno. Modalidad virtual el día 09 de marzo del 2023, desde las 17:00 hasta las 20:00hs. Total de inscriptos: 206

3- Seminario: “Nueva Moratoria Previsional 2023: Requisitos y características para personas en edad jubilatoria, requisitos y características para trabajadores en edad pre jubilatoria- PUAM y otras Moratorias”.

Propuesta efectuada por el Ab. Santiago Sain conjuntamente con el Ab. Pedro Patricio Yanzi Aspell, quienes fueron a su vez Coordinadores Académicos del mismo, teniendo como Director Académico al Prof. Dr. Daniel Brain.

Ésta actividad, dirigida a abogados, empleados judiciales y operadores jurídicos, tuvo como objetivos dotar a los asistentes de herramientas prácticas y conocimiento sobre los principales aspectos de las reformas al Sistema Previsional actual. Contó

también con la exposición del Ab. Esp. Aníbal Paz. Realizada el día 8 de marzo del 2023, desde las 18:30 hasta las 20:00hs. Total de inscriptos: 350

4- Curso: “La Atribución de la Vivienda Familiar Desde una Perspectiva de Género”.

Propuesta efectuada por el Prof. Adjunto en Derecho Privado VI Fabián Faraoni y la Dra. Mariana Sánchez, siendo el primero Director Académico.

Ésta actividad, dirigida a abogados, empleados judiciales y operadores jurídicos, tuvo como objetivos brindar a los asistentes un abordaje teórico-práctico para así profundizar, reflexionar y actualizar los contenidos de la temática propuesta, desde los diferentes escenarios posibles con el análisis de jurisprudencia reciente. Modalidad modalidad híbrida el día 18 de mayo del 2023, desde las 16:00 hasta las 19:00hs.

5- Jornada de Justicia y Derechos Humanos: “A 40 Años de la Recuperación Democrática”.

Propuesta por el Secretario General de la Unión de Empleados de Justicia de la Nación, Regional Córdoba, Dr. Juan Pablo Triputti, dirigida por el Fiscal General Dr. Carlos Gonella.

Ésta actividad, dirigida a profesores, adscriptos, abogados litigantes, funcionarios y empleados del Poder Judicial, estudiantes y todas las personas interesadas en la actividad, contó con las disertaciones de Carlos Gonella, Facundo Trotta y Graciela Geuna.

Fue llevada a cabo en el Anfiteatro 22 de Agosto, el 21 de marzo del 2023, desde las 17:30 hasta las 19:30hs, bajo la modalidad presencial. Total de inscriptos: 206.

6- Congreso sobre Alcoholemia: “Alcohol cero al volante”.

Propuesta próxima a realizarse por el Prof. Dr. Juan Fernando Brügge quien también tendrá a su cargo la Dirección académica del mismo, siendo coordinadores académicos los Ab. Valeria Rodríguez y el Ab. Diego Bichman.

Ésta actividad, dirigida a profesores, adscriptos, abogados litigantes, funcionarios y empleados del Poder Judicial, estudiantes y todas las personas interesadas en la actividad, contará con la participación de expertos disertantes del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de la Provincia de Buenos Aires, jueces de falta, funcionarios y académicos de la Provincia de Córdoba con importante formación y experiencia en la temática propuesta. Modalidad híbrida, tanto de manera presencial en el Salón Vélez Sarsfield como por la modalidad virtual vía zoom el día martes 11 de abril del corriente año de 10:00 a 15:00 hs.

7- Seminario: “El Impacto de las Reformas en el Código Tributario de la Provincia de Córdoba. ¿Hacia dónde va el fisco provincial en el contexto actual?”

Propuesta efectuada por el Prof. Dr. Maximiliano Raijman, coordinada por la Ab. Candelaria Basualdo y co-organizada junto al Observatorio de Tributos de la Universidad Siglo XXI.

Ésta actividad, dirigida a abogados, contadores, empleados de la Administración Pública, Judicial y afines, y a alumnos que hayan aprobado la asignatura Derecho Tributario, tiene como objetivos profundizar conceptos, como por ejemplo el tema presupuesto. Modalidad virtual, jueves 13 de abril del año 2023, desde las 18:00 hasta las 20:00hs.

8- Seminario: “Perspectiva de Género en las Sentencias Laborales”.

Ésta propuesta cuenta con la Dirección Académica y la disertación del Prof. Dr. Carlos Alberto Toselli. Contando a su vez, con la coordinación académica de los Ab. Santiago Sain y Ab. Yamile Nahir Duna.

Dirigida a miembros del Poder Judicial, abogados y operadores jurídicos, tiene como objetivos brindar a los asistentes un abordaje teórico-práctico para así profundizar, reflexionar y actualizar los contenidos de la temática de género en las sentencias laborales, desde los diferentes escenarios posibles con el análisis de jurisprudencia reciente. Modalidad virtual los días martes 11, 18 y 25 de abril del 2023, desde las 17:00 hasta las 20:00hs.

9- Jornada: “Ciberdelitos y Protección de Datos Personales en las Redes Sociales”.

Ésta propuesta cuenta con la Dirección Académica del Prof. Dr. Juan Fernando Brügge y de la “Asociación Civil Abogados Digitales 4.0”. Contando con la coordinación académica de los Ab. Santiago Sain y Ab. Yamile Nahir Duna.

Dirigida a miembros del Poder Judicial, abogados y operadores jurídicos, tuvo como objetivos la realización de capacitaciones que permitan a las personas tomar consciencia sobre el uso responsable de las redes sociales, los derechos y las posibles vulneraciones y/o ataques que pueden producirse en línea, las medidas de ciberseguridad y/o cuidados que debemos tener en cuenta al momento de navegar, entre otros. Modalidad presencial en la Sala Regino Maders de la Ex Legislatura de la Provincia de Córdoba, miércoles 19 de abril del presente año, desde las 18:00 hs.

10- “Justicia y Política en el Consejo de la Magistratura. Violencia y Acoso Laboral en el ámbito de la Justicia. Ética Judicial”.

Propuesta que tendrá como director académico al Prof. Dr. Maximiliano Raijman, a llevarse a cabo el día jueves 13 de abril a las 17:00 hs. Con modalidad presencial en la Sala de los Presidentes, tuvo como disertantes a los Dres. Armando Andruet, Dra. María Noel Costa y el Dr. Miguel Alberto Piedecosas. Actividad dirigida a profesores, adscriptos, abogados litigantes, funcionarios y empleados del Poder Judicial, estudiantes y todas las personas interesadas.

11- “Conversatorio A 40 Años De La Recuperación Democrática 1983/2023 – 40 Años de Defensa de DD.HH”.

Directora académica, Dra. Lyllan Silvina Luque siendo coordinadora académica la Ab. Verónica Cabido y los disertantes la Dra. Carolina Prado, Dra. Marta Juliá, Dra. Graciela Geuna. Actividad dirigida a profesores, adscriptos, abogados litigantes, funcionarios y empleados del Poder Judicial, estudiantes y todas las personas interesadas.

12- “Jornada de Profundización de Derecho de Daños”.

Ésta propuesta organizada por el Centro de Estudios de Derecho de Daños, institución dependiente del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho UNC, contando con la dirección académica a cargo de los Dr. Ramón Daniel Pizarro y el Dr. Fernando Márquez, bajo la Coordinación Académica de la Dra. María Florencia Ramos Martínez.

Dirigida a profesores, adscriptos, abogados litigantes, funcionarios y empleados del Poder Judicial, estudiantes y todas las personas interesadas en la Temática. Modalidad presencial, el día jueves 6 de septiembre del corriente año, en dos bloques, de 10:00 a 13:00hs y de 16:00 a 19:00hs.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos (0351) 4332057/58/60 inte. 351, Obispo Trejo n° 242, 2° piso, Córdoba. Horario de atención: 10.30 a 14 horas. Más info: e-mail: graduadosfdycc@gmail.com.

ALVAREZ RUBIO, J.J. - IRIARTE ÁNGEL, J.L. - BELINTXON MARTÍN, U., (Dir.). *Representación aduanera y comercio internacional en el siglo XXI*, Civitas, Madrid, 2022, 810 páginas.

En ciertas ocasiones, el refranero popular británico tiene razón. En las islas se dice que “you can’t judge a book by its cover”, lo que en castellano se suele expresar con el tradicional dicho “el hábito no hace al monje” y similares. Pues bien, en este caso, el proverbio inglés viene como anillo al dedo porque bajo este título “Representación aduanera y comercio internacional en el siglo XXI”, el lector encontrará, literalmente, un poco de todo, y en ocasiones, nada relacionado con el comercio internacional y con la representación aduanera. Quede bien claro: este no es un defecto. Todo lo contrario. Por ejemplo, el estudio titulado “Domicilio supranacional y garantía de su inviolabilidad en las constituciones de los Estados Miembros de la Unión Europea”, como se puede uno imaginar, trata sobre este tema y no tiene nada que ver con el comercio internacional ni tampoco con la representación aduanera, y es un estudio excelente debido a Cristina Zoco Zabala. De este modo, al no seguir el libro un orden especial ni tampoco versar necesariamente sobre temas cubiertos por su título general, ello libera al autor de esta reseña de la necesidad de seguir una posición sistemática. Conviene, pues, adoptar una técnica puntillista al estilo de Georges Pierre Seurat con toques impresionistas. Es decir, una reseña completamente libre, sin reglas ni esquemas, sin pautas concretas ni un orden definido. El trabajo de Juan José Álvarez Rubio (“Brexit y comercio internacional: una selección de problemas básicos desde la óptica del Derecho internacional privado”) aborda, principalmente, una temática notablemente sugestiva: el Derecho societario internacional antes y después de la salida de la Reino Unido de la Unión Europea. Con el Brexit las empresas británicas han perdido su pasaporte europeo y han iniciado una migración a Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos y otros Estados miembros de la Unión Europea para poder seguir disfrutando de un régimen realmente beneficioso de libre circulación de personas jurídicas y de libertad de establecimiento. El sector financiero mundial necesita las empresas británicas por su posición líder en el sector y así lo deja claro el profesor Álvarez Rubio. El estudio escrito por José Luis Iriarte Ángel penetra en una zona extraordinariamente importante y de rabiosa, candente y contundente actualidad. Una zona jurídica que, sin embargo, ha sido poco tratada por la doctrina de Derecho internacional privado, aparte valiosos precedentes. Se trata de las sanciones internacionales y su incidencia en las operaciones transnacionales de comercio e inversión. La guerra entre Ucrania y Rusia así como otros conflictos armados transfronterizos han puesto de relieve que estas sanciones, -típicas medias punitivas de Derecho público- presentan un impacto colateral en las relaciones jurídico privadas porque afectan a contratos internacionales en vigor entre empresas occidentales y empresas del este de Europa. El estu-

dio de José Luis Iriarte, -equilibrado, multidisciplinar y, en ciertos puntos de su texto, también pionero-, pone de relieve que estas restricciones del comercio de bienes en general, de la tecnología de doble uso, de los equipos para la represión interna y del comercio de armas, así como las restricciones a la libre circulación de capitales provocan un efecto rebote que en ocasiones puede dañar más a las empresas de los Estados que imponen la sanción que a los Estados que teóricamente la deben sufrir. Este es un motivo para la reflexión de todos los expertos en Derecho internacional privado y también en Relaciones Internacionales. En conexión con el tema anterior, Unai Belintxon Martín entra en los misterios de “El comercio y tránsito de armas en la UE. Una reflexión desde el Derecho internacional”. El estudio se centra en el tratado sobre el comercio de armas como pieza angular del sistema y también resulta de interés para todos aquéllos que centran sus esfuerzos en el comercio de productos sensibles, que representa un porcentaje elevado de las transacciones internacionales, tema poco tratado por la doctrina. Con el título “Repensar la gobernanza de la globalización: una revisión crítica de la deslocalización de la producción y del comercio mundiales en tiempos de pandemia”, Sergio García-Magariño pone de manifiesto que la globalización ha traído una deslocalización de la producción mundial. Es un fenómeno que venía siendo ya una constante desde el inicio de este siglo XXI. La pandemia ha agudizado el lado oscuro de la deslocalización global, fenómeno que no sólo comporta una crisis eco-ambiental de alcance mundial y un dumping social internacional bien conocido, sino que ha conducido a serios problemas de desabastecimiento de una vieja Europa que ya no produce bienes, sino que sólo presta servicios, de una vieja Europa cuyas fábricas están vacías porque todo se produce en India, en China y en otros países lejanos. Es evidente que, como pone de relieve este excelente estudio de Sergio García, la gobernanza de la globalización es la clave para que el sistema no quede paralizado como ha sucedido desde la irrupción de la pandemia del COVID 19. Es momento de cambiar de registro para zambullirse nada más y nada menos que en las cuestiones relativas a las actividades caritativas y de donaciones de las ONGs y con alcance mundial en el estudio de Josune Urrosolo, Enrique Martínez y Unai Antón. Se trata de un curioso acercamiento al tema, sin duda estimulante y atractivo en el que se emplea un ejemplo práctico de “exportación de donaciones” a Paraguay. El libro incluye un núcleo duro de estudios dedicados al Derecho aduanero europeo y español. Enrique Martínez aborda la figura del operador económico autorizado, sin duda de gran impacto práctico. Zuriñe Fernández Llamero dedica sus esfuerzos a “El valor de una correcta clasificación arancelaria. Alcance, valía y dimensión” y Pablo Gutiérrez Grijalba se concentra en “El origen de las mercancías en el comercio internacional a la entrada en el territorio aduanero de la Unión-TAU”. El trabajo de Alicia Chicharro Lázaro aborda el tema de la cooperación internacional de la Unión Europea en materia aduanera: acuerdos con países no miembros y convenios internacionales. Los especialistas en Derecho internacional privado suelen pasar de puntillas sobre el Derecho aduanero, este primo lejano que se sabe que existe pero que, quizás por ser puro Derecho Público, causa a veces pavor y otras veces temor

y al que, por eso, no se le suele invitar a cenar en la mesa de expertos en Derecho internacional privado. Ese gran desconocido. El trabajo de Alicia Chicharro Lázaro se centra en el Derecho aduanero no europeo y arroja luz sobre un panorama legislativo de gran importancia práctica y lo hace con claridad y persuasión. Otros acercamientos al Derecho aduanero europeo y español, sin duda valiosos para los especialistas en el sector, son los debidos a Jaime Aneiros Pereira (“Consecuencias tributarias del Brexit para los operadores comerciales españoles”), a Aitor Orena Domínguez (“Las obligaciones tributarias: obligación principal y obligaciones tributarias accesorias. Obligaciones y deberes de la administración tributaria y derechos y garantías de los obligados tributarios. Obligados tributarios y representación”), y a Marina Castro Bosque (“La responsabilidad tributaria del representante aduanero”). La parte final del libro reserva agradables sorpresas al lector. Tres trabajos abordan cuestiones relativas a la compraventa internacional de mercancías (“Algunas cuestiones sobre la ley aplicable al contrato de compraventa internacional de mercaderías en el siglo XXI”, por Diana Gluhaia; “La delimitación del contenido obligacional a través de Incoterms: una apuesta real por la certidumbre jurídica”, por Rafael Lara González; “El lugar de entrega de la mercancía y la determinación del foro especial en los contratos de compraventa internacional”, por Nerea Magallón Elósegui). Estos tres trabajos revisten un valor especial al poner sobre el tapete que este contrato genera una tensión regulativa entre el Derecho material y el Derecho conflictual y que los Incoterms, -una mera regulación privada nacida de la práctica comercial internacional-, aportan con frecuencia una paleta de soluciones jurídicas más sofisticada que los propios sistemas de Derecho internacional privado de estatales y supranacionales. Y como no hay compraventa sin transporte, en “Tendencias actuales en la regulación del transporte terrestre y del transporte multimodal”, Alberto Emparanza Sobejano recuerda al lector que el mundo es un gigantesco pero único mercado en el que el transporte multimodal resulta imprescindible. Del mismo modo, en su estudio titulado “Transporte aéreo y estabilidad económica en el comercio internacional”, Aránzazu Pérez Moriones aborda otros aspectos del transporte internacional con soltura y decisión. Cerca, muy cerca de la compraventa internacional de mercaderías se encuentra siempre también un tema que provoca escalofríos en buena parte de la doctrina de Derecho internacional privado: la reserva de dominio. En “La cláusula de reserva de dominio en los contratos de compraventa de maquinaria industrial: una aproximación desde las nuevas formas de contratación internacional”, es la hora de Marta Casado Abarquero. La reserva de dominio, un tema siempre candente, vidrioso, lleno de aristas y especialmente caleidoscópico, es examinado por Marta Casado con particular interés. El tema se sitúa en el cruce entre el estatuto real y el estatuto obligacional, entre la ley aplicable a los contratos y la ley reguladora de los derechos reales, puesto que el pacto de reserva de dominio pertenece al contrato y es pactada entre las partes, pero produce sin duda un impacto sobre la transferencia de la propiedad del bien reservado. Ello conduce a plantearse los efectos legales de dicha reserva frente a terceros. El estudio es equilibrado y sugestivo y hace notar las ca-

rencias del art. 10 del Código Civil español frente a una figura sofisticada que se emplea con cierta frecuencia en el comercio internacional. Dos contratos muy interesantes son tratados con rigor por Belén García Álvarez: el contrato de logística y el contrato de handling, en uno de los mejores trabajos recogidos en este libro *Compraventa y transporte* llaman siempre a las puertas del seguro y así el lector podrá hallar buenas reflexiones al respecto en “Los contratos de seguros internacionales y comercio internacional”, debido a Leyre Martín Ruiz y Eva Fernández Zurilla. Claro que faltaba el arbitraje, de modo que en “Capacidad cautelar de los árbitros en arbitraje comercial internacional. Situación general y análisis de los reglamentos de las principales instituciones arbitrales internacionales”, Xabier Orbeago Miguel trata el tema de la tutela cautelar transfronteriza en manos de los árbitros, un tema de enorme repercusión práctica cuyo estudio siempre se agradece. En “Aspectos jurídicos del *joint venture* en el transporte internacional”, para cerrar el círculo de estos temas más clásicos del Derecho del comercio internacional, Francisco Mesa Davila ofrece un panorama sugestivo sobre uno de los contratos instrumentales más creativos de la práctica internacional. Este libro incluye también un conjunto de aportaciones que pueden parecer exóticas para los especialistas de Derecho internacional privado -y que sin duda lo son-, pero que añaden matices de realidad al comercio internacional del siglo XXI. Se trata de “El código internacional para los buques que operen en aguas polares y su incidencia en el transporte marítimo” (Iñaki Zurutuza Arigita), “La integración de las personas migrantes en la era de la globalización y el comercio internacional. Algunos aspectos clave” (Unai Belintxon Martín - Irati Gil Garbizu - Eduardo Castilla Baiget - Mainer Belintxon Martín), “El régimen jurídico de la piratería marítima en el siglo XXI: delimitación, represión, enjuiciamiento y otros retos” (Daniel Grafulla Cumba). Las Sagradas Escrituras proclaman que los últimos serán los primeros y los primeros serán los últimos y por eso, para cerrar esta reseña, nada mejor que traer a colación el estudio introductorio al libro, firmado por Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo que lleva por título “Presentación. Derecho del comercio y derecho constitucional: una perspectiva para el siglo XXI”. Este trabajo resulta extremadamente interesante al centrarse en el concepto de “constitución económica”. La llamada constitución económica -un concepto éste estricta y exclusivamente doctrinal- presenta un impacto reflejo muy importante sobre el sistema de Derecho internacional privado de todos los Estados. Ahora bien, la integración de España en la Unión Europea ha hecho que, para España, la constitución económica se encuentre regulada, de manera preferente y primordial, en las normas de Derecho europeo. El Derecho económico europeo ha absorbido prácticamente la totalidad de la constitución económica de los Estados miembros. Este dato resulta extraordinariamente positivo. Una constitución económica debe tener, hoy día, una dimensión internacional y no solamente estatal. La economía actual es mundial, por lo que la constitución económica elaborada unilateralmente por un Estado se revele escasa de miras. Por el contrario, como apunta Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo, la constitución económica española es realmente ya europea y ello hace que la re-

gulación de los mercados en los que operan empresas y consumidores españoles sea, sin duda, mucho más eficiente.

En suma, está el lector ante una experiencia multidisciplinar, ante un experimento intelectual de calado profundo y ante un poliedro de emociones jurídicas que insufla aire nuevo a la regulación del comercio internacional. Lejos de ortodoxias encorsetadas, este libro constituye un acercamiento atrevido y palpitante a la realidad de comercio internacional y por ello debe ser más que bienvenido.

Javier Carrascosa González
Universidad de Murcia¹

ARJONA HERNÁNDEZ, Noelia. *La Inmunidad Soberana en los Espacios Marinos*, Dykinson S.L., Madrid, 2022, 543 páginas.

Esta obra corresponde a la tesis doctoral de Arjona Hernández, dirigida por el Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Sevilla PABLO ANTONIO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, defendida en junio de 2021, habiendo obtenido por unanimidad la máxima calificación: sobresaliente *cum laude*.

Tal como su director de tesis en el Prólogo señala, la preocupación de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en el tema de la inmunidad soberana se centraba casi exclusivamente en los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales. La Convención tuvo en cuenta este tipo de buques en relación con los espacios marinos en los que operaba, su propia naturaleza y la práctica histórica. No era lo mismo la navegación de un submarino sumergido en el mar territorial de un Estado ribereño, que en alta mar o la atribución de responsabilidad internacional en los diferentes espacios marinos, así como de las consecuencias que eventualmente pudieran generar. La tesis, teniendo en cuenta nuevos escenarios que no habían sido tenidos en cuenta en la Convención ni en la literatura jurídica previa -o lo habían sido solo parcialmente- llevó el trabajo de la doctorando a una re-conceptualización de instituciones clásicas, y a la consideración de las que fueron apareciendo con posterioridad.

La obra es difícil de recensionar por la riqueza de elementos, distinciones, entrecruzamientos disciplinarios y fuentes que contiene, por lo que nos reduciremos basarnos en la estructura formal.

El trabajo se divide en Prólogo, Introducción y dos Partes, a más de remarcablemente rica Bibliografía.

La *Introducción* señala los objetivos, los cimientos sobre los que se construye la investigación y los aspectos metodológicos de la misma.

(1) Recensión elaborada para la Revista Electrónica de Estudios Internacionales N° 44 (2022).

La *Primera Parte*, titulada *El vínculo entre la inmunidad de jurisdicción (y ejecución) y el derecho del mar*, se divide en dos capítulos. El *Capítulo Primero* se ocupa de la *Evolución histórica y jurídica del principio de la inmunidad soberana: su incardinación en el derecho del mar* y, en tres subdivisiones, se dedica a las ideas generales, a la inmunidad del buque de guerra y del buque de estado en la práctica judicial de los Estados, y a las convenciones de alcance universal y regional. La autora recuerda que, si bien la inmunidad de los Estados tiene orígenes jurídicos inciertos, frecuentemente se señala que este principio se origina en las monarquías europeas de fines de la era feudal y se plasma en los inicios de la Edad Moderna, donde la mayoría de los Estados eran gobernados por reyes y príncipes que, efectivamente, de una u otra forma, personificaban al Estado. La movilidad de esos monarcas por los distintos Estados de Europa, así como su estancia en los mismos, dio pie a la necesidad de una protección especial que fuera compatible con la dignidad e independencia de cada monarca (p. 41), respondiendo a la máxima “*par in parem non habet imperium*”. A las consideraciones generales sigue una rica y detallada revisión de la práctica de los Estados, lo que lleva a Arjona Hernández a considerar que el examen realizado de la evolución de la práctica judicial de los Estados no reportaba por sí mismo una prueba concluyente de la existencia de un conjunto admitido de normas de derecho internacional en materia de inmunidades de los Estados con respecto a los buques de su propiedad o poseídos o utilizados por ellos. No obstante, dicho examen aportaba un firme indicio o información convincente de la dirección en que la jurisprudencia o la práctica judicial de los Estados se había desarrollado en el pasado reciente. También observó la imposibilidad de ofrecer una conclusión general aplicable por igual a todos los sistemas jurídicos, si bien se podía ver una tendencia a formulaciones normativas (pp. 114-115). Hace presente que, en el plano convencional, la distinción entre buques gubernamentales operados con fines no comerciales y los que se dedican a fines comerciales se remonta, al menos, a la Convención de Bruselas de 1926. El *Capítulo Segundo* se dedica a *La inmunidad soberana en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* y se desarrolla en tres subdivisiones. Tras la introducción, se ocupa de la regulación de las inmunidades de buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales, y a la inmunidad soberana y tráfico ilícito de armas de destrucción masiva en el mar. La autora recuerda que se ha sugerido que la “*completa inmunidad*” para los buques inmunes soberanos en Alta Mar que se establece en los artículos 95 y 96 de la CNUDM, incluye la inmunidad de la jurisdicción prescriptiva de otros Estados (frente a la potestad legislativa de otros Estados). En Alta Mar, como resultado de la exclusividad de la jurisdicción del Estado del pabellón sobre un buque, todos los buques, incluidos los buques inmunes soberanos, son “*inmunes*” a la jurisdicción prescriptiva de otros Estados, excepto cuando en virtud de un tratado, existan obligaciones en sentido contrario. Considera que la situación es más complicada dentro de la ZEE. A diferencia de lo que ocurre en Alta Mar, dentro de la ZEE, la Convención otorga al Estado ribereño jurisdicción exclusiva sobre un gran número de actividades basadas en los recursos marinos, lo que puede dar lugar a una juris-

dicción prescriptiva concurrente sobre los buques. Evidentemente, la inmunidad de ejecución y de injerencia se aplica a los buques inmunes soberanos, pero: ¿son esos buques, inmunes a la jurisdicción prescriptiva del Estado ribereño en asuntos tales como la pesca?, ¿puede un buque con inmunidad soberana renunciar a su inmunidad y permitir que el buque sea detenido y/o enjuiciado por el Estado ribereño por pescar en la ZEE o el derecho del Estado ribereño no se aplica en absoluto al buque con inmunidad soberana? (p. 210-211). Por nuestra parte observamos que la nueva Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar sobre la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de áreas fuera de la jurisdicción nacional (marzo 2023), echa luz a varias situaciones planteadas, sin alejarse de los acertados razonamientos de la tesista.

La *Segunda Parte* trata *La inmunidad soberana de los objetos primarios y secundarios en el derecho del mar: nuevos escenarios* y está desarrollada en tres capítulos que continúan a los de la Primera Parte, ocupándose el *Tercer Capítulo* (primero de la parte segunda) de la inmunidad soberana y vehículos marítimos no tripulados en tres divisiones: premisas conceptuales, diferenciación con los vehículos aéreos no tripulados, inmunidad soberana y estatuto jurídico de los UMVS (Unmanned Maritime Vehicles): ¿algún lugar para ellos en la CNUDM?, e implicaciones en el derecho de la guerra marítima. La tesista recuerda a McDorman, quien señalara que el hecho de que un determinado buque goce de inmunidad soberana es una cuestión de hecho que depende en gran medida de la función del buque, las características físicas y la relación entre el buque y el Estado del pabellón. Se pregunta la autora si a los vehículos marítimos no tripulados se les puede otorgar la inmunidad soberana atribuible a los buques de guerra o a los buques pertenecientes a un Estado (o explotados por él) y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial, recordando que tal como lo señalara anteriormente esa es una cuestión indisolublemente relacionada con el estatuto jurídico de tales vehículos (p. 261). Compara el entorno marítimo con el de la aviación. Recuerda que para ser calificado como buque de guerra o buque de Estado, un vehículo marítimo no tripulado debe ser, ante todo, un “buque”. De ahí que el debate sobre la definición de “buque” es relevante en tanto el *status* de esos vehículos no cuenta con el punto de partida básico: una definición jurídica internacionalmente uniforme de “buque”. El *Capítulo Cuarto* (segundo de la Segunda Parte) desarrolla la equidad e inmunidad de los pecios marinos, haciendo referencia en puntos separados a la inmunidad concedida al patrimonio cultural en general, a la inmunidad de pecios estatales y militares, al conflicto entre la inmunidad soberana y la carga de los buques hundidos (rol de la equidad). Hace presente que “por ‘patrimonio cultural subacuático’ se entiende a todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años”. La autora recuerda a López Martín, quien sostiene que la protección que el Derecho internacional otorga a los bienes de Estado es la inmunidad de ejecución, en el sentido de su inembargabilidad, y no

en el de jurisdicción (p. 365). Señala más adelante que, si bien la distinción entre los buques de guerra y los buques de Estado destinados a fines no comerciales, por un lado, y los buques de Estado en servicio comercial, por otro, es fundamental para la inmunidad; esa diferenciación no está clara, en particular en el contexto del patrimonio cultural subacuático (p.380). La tesis, que enfoca las aproximaciones más actuales y postmodernas, recuerda que Losier introduce el principio de equidad, al señalar una construcción restrictiva de la inmunidad del Estado, argumentando que, dado que el colonialismo y la negación del derecho a la libre determinación debe considerarse una violación de *ius cogens*, los tribunales no deberían reconocer los derechos de propiedad del Estado del pabellón, y por tanto la inmunidad, derivada de la dominación colonial (pp. 424-425). El *Capítulo Quinto* (tercero de la Parte Segunda) y último del desarrollo de la obra se centraliza en la inmunidad de los cables submarinos de comunicación, ocupándose del régimen jurídico de los cables y de su inmunidad. Arjona hace presente algunas posiciones doctrinarias. Entre ellas, la que sostiene que, a diferencia de los buques de guerra (por ejemplo, los submarinos) y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales, los cables submarinos utilizados con fines militares/gubernamentales no comerciales no gozan explícitamente de inmunidad soberana. Sin embargo, recuerda que según expone Ashley Roach, las disposiciones pertinentes de la CNUDM y otros convenios internacionales relativos a la protección de los cables submarinos se aplican igualmente, por lo que los cables militares, independientemente de su propiedad o uso, están sujetos al mismo régimen de derecho internacional que rige los cables submarinos (p. 461).

Entre las *Conclusiones* a las que arriba la tesista (p. 482 y ss.), figuran: -El régimen jurídico internacional de las inmunidades hunde sus raíces en la práctica judicial internacional y se ha ido configurando a través de normas consuetudinarias que posteriormente se han recogido en diversos tratados o reconocido en la jurisprudencia, internacional y nacional. La práctica judicial internacional en la materia es fruto directo de la práctica judicial interna con respecto a la inmunidad de los Estados; práctica judicial interna que comenzó en numerosos países con el reconocimiento de las inmunidades de los buques oficiales armados y que posteriormente ha sido confirmada por tribunales internacionales como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar; -La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar reconoce explícitamente la existencia de buques inmunes soberanos; indica que ciertas actividades deben ser llevadas a cabo por buques de guerra o buques relacionados; establece, en determinadas situaciones, las medidas que pueden adoptar los Estados ribereños con respecto a los buques inmunes soberanos que no cumplen con las normas pertinentes (en este sentido, parece difícil señalar el punto exacto en el que las medidas tomadas por un Estado ribereño para garantizar la salida de un buque inmune se han convertido en excesivas); reafirma la responsabilidad jurídica internacional de los Estados del pabellón de los buques con inmunidad soberana por el incumplimiento de la Convención y, en determinadas situaciones, de las leyes

de los Estados ribereños y por último, indica que los buques inmunes soberanos están exentos de las disposiciones de la Convención relativas a la contaminación del medio marino. Sin embargo, cuestiones clave como el alcance de la inmunidad que existe para un buque de guerra u otro buque de Estado destinado a fines oficiales no comerciales y la aplicación del derecho internacional de responsabilidad estatal, no se tratan en la CNUDM y se remiten al derecho internacional consuetudinario. Pero las leyes nacionales en materia de inmunidad y la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (CNUIJ) adoptan con claridad la vía de conceder a los Estados una “inmunidad restrictiva”, tipificando una serie de supuestos *ratione materiae* en los cuales los Estados no pueden invocar la inmunidad. No obstante, la inmunidad aplicable a los buques de Estado en la CNUDM va más allá de la mera inmunidad en el marco de los procedimientos judiciales señalados en el artículo 16 de la CNUIJ. La inmunidad prevista en la CNUDM parece aplicarse por igual a los buques de guerra y a los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial; - El estatuto de los vehículos aéreos no tripulados, ha sido resuelto, pudiendo ser calificados de aeronaves de Estado. Podría concluirse que el hecho de que un vehículo marítimo no tripulado sea un buque en virtud de la CNUDM queda a discreción del Estado contratante. Los Estados, cuando han deseado restringir la definición del buque pertinente para un uso particular lo han hecho en los convenios de la OMI más específicos; -Si los UUVs se clasifican como bienes de Estado distintos de los buques de guerra o buques de Estado, por ejemplo, como “dispositivos militares”, su inmunidad dependerá de la que gozan los bienes del Estado en general; -Los pecios constitutivos de patrimonio cultural subacuático de un Estado, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario codificado en la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (CNUIJ), no pueden ser objeto de ninguna medida de ejecución en otro Estado; etc.

Tal como lo señaláramos precedentemente, la Bibliografía en sentido estricto y la documentación y jurisprudencia consultadas son por su riqueza exhaustiva un aporte en sí mismas.

La autora ha hecho presente en sus palabras introductorias que deseaba proporcionar al lector un placer similar al de la lectura de una novela. Diría yo, ha colocado en oleaje libre e inspirador esta porción del derecho marítimo, abriendo nuevos interrogantes a partir de las valiosas certezas alcanzadas.

Zlata Drnas de Clément

DE MATTEO, David - SCHERR, Kyle C. (Eds.) *The Oxford Handbook of Psychology and Law*, Oxford Academic, 2023, on line en <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780197649138.001.0001>

Tal como lo señala la presentación de la obra, se trata de un volumen actualizado que brinda una amplia cobertura de temas de psicología y derecho. El campo de la psicología jurídica se puede dividir ampliamente en dominios aplicados y experimentales (vg. Psicología, Derecho, Psicología Forense, Psicología Experimental, Psicología Aplicada, Psicología Clínica).

El *Prefacio* -preparado por David de Matteo y Kyle C. Scherr- hace presente que, a pesar de las diferencias entre la psicología y el derecho, las dos disciplinas tienen una rica historia de trabajo simbiótico en una variedad de contextos clínicos, legales y de investigación. Este libro se centra en esa intersección de la psicología y el derecho, a la que nos referimos como el campo de la psicología-derecho (psicología jurídica). El campo de la psicología y el derecho ha crecido considerablemente en las últimas décadas y la gama de temas que se encuentran bajo el paraguas de la psicología y el derecho es sorprendentemente amplia, por lo que -conforme lo señalan los editores- la edición de este Manual presentó *varios* desafíos y requirió varias decisiones con respecto a la estructura y el contenido del libro.

El campo de la psicología-derecho se compone de dos disciplinas distintas pero complementarias. Los psicólogos y abogados provienen de diferentes culturas, con diferentes intereses, diferentes enfoques para resolver problemas, diferentes metodologías de investigación, diferentes actitudes hacia la confrontación y el argumento, y diferentes formas de llegar a la "verdad". Los psicólogos y abogados también tienen diferentes tipos de educación y formación. La educación jurídica facilita la comprensión del análisis de casos, la interpretación de las leyes, la evolución de las tradiciones jurídicas, las formas de estructurar los argumentos y los métodos para resolver disputas, mientras que la educación en psicología se centra en la comprensión de la cognición y el comportamiento humanos, el desarrollo de habilidades de investigación y estadística, competencia y (a veces) el desarrollo de habilidades de evaluación e intervención. El Derecho tiene reglas especiales con respecto a la evidencia y la prueba. Se basa en gran medida en el precedente y la aplicación de principios legales a hechos específicos con el objetivo de resolver los conflictos que necesitan resolución. Por el contrario, la psicología analiza los problemas a través de una lente empírica, utilizando herramientas basadas en la psicometría y metodologías rigurosas para evaluar sistemáticamente las preguntas y rara vez llega a una "determinación final".

El trabajo se divide en términos generales en tres secciones. La *primera sección*, "Psicología fundamental-Derecho", incluye cinco capítulos que tienen básicamente dos objetivos: -resaltar temas que vinculan significativamente los aspectos aplicados y experimentales de la psicología-derecho, y presentar temas emergentes y

de vanguardia en psicología y derecho que continuarán creciendo y dando forma significativa a futuros programas de investigación y reforma de políticas.

La *segunda sección* titulada “Psicología Aplicada-Derecho”, incluye veinte capítulos que brindan cobertura de temas relacionados con la prestación de servicios forenses (definidos en sentido amplio) en contextos legales penales y civiles. Esta sección consta de tres partes: -*“Consideraciones generales” que se ocupan de las cuestiones de relevancia para la práctica de la psicología aplicada y el derecho, abordan un marco para las evaluaciones forenses de salud mental, la práctica ética de la psicología forense y la redacción de informes forenses, las que brindan líneas fundamentales para los otros capítulos de esta sección del *Manual*; -*“Psicología Forense Penal y Civil” que incluye capítulos sobre evaluaciones forenses de salud mental en diversos contextos penales y civiles; -*“Consulta e Intervención” incluye capítulos que consideran la importante contribución que realizan los psicólogos aplicados en los ámbitos de la consulta y la intervención.

La *tercera sección* de este *Manual*, titulada “Psicología experimental-Derecho”, incluye diecinueve capítulos que brindan percepciones, juicios, toma de decisiones y comportamientos que son relevantes para contextos penales (y algunos civiles). Aunque existe cierta superposición de contenido a lo largo de la secuencia de eventos en contextos criminales, esta sección está organizada de manera flexible utilizando un formato cronológico desde la ocurrencia hasta la investigación, pasando por la resolución y el período post. Por ello, esta sección experimental está presentada en tres partes: -*“Testigos y víctimas”, que comprende temas derivados de áreas tradicionales y bien establecidas, tales como temas relacionados con la identificación de testigos presenciales, entrevistas forenses y toma de decisiones legales entre víctimas y testigos; -*“Recopilación y seguimiento de pruebas en casos penales”, que incluye capítulos que abordan los aspectos investigativos de la resolución de casos penales y, al igual que la Parte I, la Parte II ofrece varios temas emergentes relacionados con temas como la custodia durante el interrogatorio, las barreras para detectar el abuso sexual infantil y cómo los inocentes pueden ser objeto de actos delictivos; -*“Resultados penales”, que incluye capítulos que abordan los procesos asociados con la resolución de casos penales y cuestiones posteriores a la condena, tales como condenas injustas, acuerdos de culpabilidad, mala conducta de los fiscales, sentencias de minorías.

A los cuarenta y cuatro capítulos de este *Manual*, contribuyen más de 115 autores y coautores de una variedad de entornos académicos, de investigación, clínicos, legales y otros profesionales, algunos de ellos bien conocidos con reputaciones bien establecidas que ya han hecho contribuciones significativas al campo de la psicología y el derecho, y también de profesionales principiantes y otros investigadores y académicos que están emergiendo como futuros líderes en sus respectivas áreas de contenido.

Entre los distintos capítulos, se destaca el relativo a “Justicia Preventiva” de Christopher Slobogin de la Facultad de Derecho de Vanderbilt. En esta contribución la justicia preventiva está dirigida principalmente a la prevención individual en lugar de disuadir a la población en general o garantizar que los delincuentes reciban su merecido. El trabajo está fuertemente influenciado por la biología y el medio ambiente en el entendimiento que las tendencias antisociales pueden reducirse mediante intervenciones apropiadas. Se basa en gran medida en las evaluaciones empíricas del riesgo de reincidencia y las necesidades de intervención y resta importancia al objetivo de calibrar las sanciones según la culpabilidad de los infractores. Después de describir la justicia preventiva en forma esquemática, explica por qué el momento actual podría ser un momento propicio para reconsiderar este enfoque como una alternativa a nuestro actual sistema de justicia penal. Luego explora una serie de temas relacionados con la justicia preventiva que los investigadores psicológicos podrían investigar, lo que abre un campo de trabajo intenso y expansivo a los profesiones sociales.

SR

FAURE, Michel (Ed.) *Elgar Encyclopedia of Environmental Law*, EE Elgar on line, 12 volúmenes, 2023, <https://doi.org/10.4337/9781785369520>

Tal como lo señala la propia editorial en su presentación, la *Enciclopedia Elgar de Derecho Ambiental* brinda en versión digital una visión actualizada y completa del dinámico campo del Derecho ambiental. Está organizada en 12 volúmenes en torno a temas de alto y complejo perfil, entre los que se hallan el agua, la energía y el cambio climático, los que reflejan algunos de los problemas más apremiantes que enfrentamos hoy. Cada volumen investiga los elementos clave del derecho, los conceptos esenciales y las últimas investigaciones a través de presentaciones estructuradas y concisas escritas por expertos internacionales. Cada entrada incluye una extensa bibliografía como punto de partida para lecturas adicionales. La combinación de comentarios autorizados y debates profundos y multidimensionales hace de esta obra una herramienta esencial para la investigación y la enseñanza, así como un recurso valioso para los profesionales y los encargados de formular políticas públicas en materia ambiental.

El editor, Michel Faure es Director Académico del Instituto Europeo de Maastricht para la Investigación Jurídica Transnacional, es Profesor de Derecho Ambiental Internacional y Comparado y es Director Académico de la Escuela de Investigación “Ius Commune”, de la Universidad de Maastricht.

Los 12 volúmenes cubren las siguientes temáticas:

1.- *Cambio Climático* (Eds. Daniel A. Farber y Marjan Peeters). Este primer volumen proporciona una discusión integral, con más de 50 entradas estructuradas desarrolladas por expertos de todo el mundo. La cobertura establece los problemas

de mitigación y adaptación en su contexto más amplio, utilizando perspectivas tanto internacionales como nacionales. Los temas centrales incluyen la dificultad de establecer un enfoque de tratado internacional coherente, la importancia de la acción legal nacional y subnacional, el papel potencial de los tribunales internacionales y nacionales, y la importancia de los derechos humanos y la justicia ambiental.

2.- *Toma de decisiones en el Derecho ambiental* (Eds. Lee Paddock, Robert L. Glicksman y Nicholas S. Bryner). Este segundo volumen abarca los niveles internacional, nacional y local e involucran a todas las ramas del gobierno. Los temas incluyen: el uso de tratados, herramientas de derecho consuetudinario, elaboración de normas, acceso a la información, estructuras regulatorias, mecanismos comerciales y basados en el mercado, monitoreo e informes, programas voluntarios y regulación privada, análisis de impacto ambiental, participación pública y justicia ambiental, etc.

3.- *Biodiversidad y Protección de la Naturaleza* (Eds. Elisa Morgera y Jona Razzaque). La degradación sin precedentes de los ecosistemas y especies vitales del planeta, y el consiguiente daño a la variabilidad de la vida en la Tierra, son uno de los problemas más apremiantes que enfrenta la comunidad internacional. El propósito de este tercer volumen de la Enciclopedia es proporcionar una evaluación crítica del derecho internacional de la biodiversidad frente a los intentos fallidos de reducir la tendencia mundial a la pérdida irreversible de la biodiversidad y la necesidad de aumentar los esfuerzos, incluso a través de impulsores indirectos de cambio tales como instituciones, gobernanza y marcos legales.

4.- *Cumplimiento y aplicación de la ley ambiental* (Eds. Lee Paddock, David L. Markell y Nicholas S. Bryner). Uno de los problemas clave para cerrar la brecha entre los requisitos legales y los resultados de sostenibilidad son las deficiencias en los programas de cumplimiento y aplicación. Las entradas están estructuradas en torno a temas clave, que incluyen: causas de acción de derecho consuetudinario, redacción de reglas exigibles, requisitos de supervisión y presentación de informes, aplicación administrativa, aplicación judicial civil, evaluación de sanciones civiles y responsabilidad penal.

5.- *Tratados ambientales multilaterales* (Eds. Malgosia Fitzmaurice y Attila Tanzi con Angeliki Papantoniou). Este volumen presenta una descripción general y un análisis selectivo de los acuerdos ambientales multilaterales (AAM) tanto globales como regionales, abarcando los aspectos normativos de la protección, conservación, gestión, uso y explotación de los recursos vivos y naturales en diversas áreas: biodiversidad, pesca, el medio marino, recursos de agua dulce compartidos, atmósfera, cambio climático, obligaciones y derechos procesales y derechos humanos, regiones polares, etc.

6.- *Principios de Derecho Ambiental* (Eds. Ludwig Krämer y Emanuela Orlando). Los principios del derecho ambiental, como el de quien contamina paga, el principio de precaución o las responsabilidades comunes pero diferenciadas, han tenido una función muy importante en la conformación y evolución del derecho ambiental que

se ha desarrollado en los últimos cincuenta años. Sin embargo, su estatus, contenido, fuerza vinculante y funciones en la ley siguen siendo en gran parte inciertos. Este volumen examina la práctica internacional, regional y nacional aplicada en diferentes partes del mundo. Reúne más de cincuenta contribuciones de todos los continentes.

7.- *Derechos humanos y medio ambiente* (Eds. James R. May y Erin Daly). Este volumen ofrece perspectivas originales al enfocarse en cuatro temas que arrojan nueva luz sobre el tema de los derechos humanos ambientales: los desafíos de identificar las fuentes legales fundamentales para la protección de los derechos humanos y el medio ambiente, el reconocimiento de la indivisibilidad de los derechos humanos y el derecho ambiental, la centralidad del derecho a la dignidad humana como la estrella polar del derecho de los derechos humanos, y la singularidad de las particularidades geográficas.

8.- *Instrumentos de política en derecho ambiental* (Eds. Kenneth R. Richards y Josephine van Zeben). Este volumen de la Enciclopedia proporciona una guía completa de los instrumentos de política ambiental, examinando sus características, aplicaciones, fortalezas y limitaciones, así como brindando una visión general de los temas más significativos relacionados con su adopción y efectividad. Con entradas escritas por destacados académicos internacionales, ofrece una visión indispensable de los temas transversales que son comunes a las discusiones de tales instrumentos de política.

9.- *Ley de energía, cambio climático y medio ambiente* (Eds. Martha M. Roggenkamp, Kars J. de Graaf y Ruven C. Fleming). Este volumen proporciona una descripción general de los principales elementos del derecho energético desde una perspectiva global. Basado en un análisis en profundidad de la cadena energética, ofrece información sobre los impactos del cambio climático y los problemas ambientales en la legislación energética y el sector energético.

10.- *Derecho del Agua* (Eds. Joseph W. Dellapenna y Joyeeta Gupta). Este volumen de la Enciclopedia brinda una cobertura completa y detallada de los significados y roles cambiantes del derecho de aguas, desde lo local hasta lo global. Examina las reglas de propiedad, derechos de uso y resolución de disputas que abordan el acceso, la asignación y la protección de los recursos hídricos.

11.- *Derecho comercial y ambiental* (Eds. Panagiotis Delimatsis y Leonie Reins). Este extenso volumen de la Enciclopedia (880 pp.) estudia los conceptos esenciales, reporta la investigación contemporánea y los elementos clave del derecho en la intersección del comercio internacional y el derecho ambiental internacional. Sus entradas sucintas y estructuradas brindan una evaluación definitiva y completa de las interacciones entre estos campos.

12.- *Gobernanza del riesgo químico* (Eds. Adam Abelkop, Lucas Bergkamp, Lynn L. Bergeson y Bethami Auerbach). Este volumen ofrece un amplio análisis de los fundamentos, los conceptos principales y los requisitos sustantivos y procesales de

los regímenes de derecho químico seleccionados en lo que respecta al medio ambiente. Con contribuciones de más de 40 académicos y profesionales expertos en el campo, el volumen se centra en los sistemas regulatorios químicos de jurisdicciones representativas, para brindar una descripción general coherente de esta área del derecho expansiva y a menudo fragmentada.

Tal como lo señalara con relación a esta Enciclopedia Doug Kysar, docente e investigador de la Facultad de Derecho de Yale, EE. UU., en temas que incluyen responsabilidad extracontractual, derecho ambiental, cambio climático, responsabilidad y regulación de riesgos, entre otros: *'Nunca se ha realizado un esfuerzo de investigación de este alcance y ambición en el campo del derecho ambiental (...). Ofrece la evaluación académica más completa y autorizada disponible en este campo'*².

SR

(2) <https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgzGslkqVTtPTnZMKBTLWDzrRbSvd>

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de junio de 2023

